

## Tilburg University

### Dwangmiddelen en rechtsmiddelen.

Groenhuijsen, M.S.; Knigge, G.

*Publication date:*  
2002

[Link to publication in Tilburg University Research Portal](#)

*Citation for published version (APA):*

Groenhuijsen, M. S., & Knigge, G. (Eds.) (2002). *Dwangmiddelen en rechtsmiddelen. Derde interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*. Kluwer.

#### **General rights**

Copyright and moral rights for the publications made accessible in the public portal are retained by the authors and/or other copyright owners and it is a condition of accessing publications that users recognise and abide by the legal requirements associated with these rights.

- Users may download and print one copy of any publication from the public portal for the purpose of private study or research.
- You may not further distribute the material or use it for any profit-making activity or commercial gain
- You may freely distribute the URL identifying the publication in the public portal

#### **Take down policy**

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

## 2 Het stelsel van gewone rechtsmiddelen

*Mr. E.F. Stamhuis*

### 1 Inleiding

Een beschouwing over het stelsel van rechtsmiddelen van het Wetboek van Strafvordering kan vele kenmerken en bijzonderheden behandelen. Men kan het onderscheid tussen gewone en buitengewone rechtsmiddelen als uitgangspunt nemen of de geslotenheid van het stelsel centraal stellen.<sup>1</sup> Ook kan men een algemene definitie van een rechtsmiddel ontwikkelen en van daaruit schematiseren.<sup>2</sup> De bijzonderheden van een rechtsmiddel ten opzichte van de vorige aanleg accentueren kan ook een werkbaar thema opleveren. Zo zijn er vele benaderingen te kiezen. In het thans voorliggende deelrapport wordt gewerkt vanuit de vraagstelling: wie mag wanneer wat? Daarbij zijn de in het strafgeding verwikkelde procespartijen centraal gesteld: de verdachte (eventueel bijgestaan door een raadsman) en het Openbaar Ministerie, ook al zal in slothoofdstuk het slachtoffer van het delict nog wel aan de orde komen.

De bestaansgrond voor een rechtsmiddelenstelsel is het bieden van een correctiemogelijkheid aan de in het strafgeding betrokken partijen. Fouten zijn nu eenmaal niet uitgesloten. Een rechtsmiddel heeft veelal tot gevolg dat de zaak voor een hogere instantie wordt gebracht. Dat dient met name de rechtsgelijkheid in een bepaald geografisch gebied en weerspiegelt niet zo zeer de gedachte dat hogere rechters altijd betere rechters zijn. Wel bevordert de institutionele afstand tussen de rechters van verschillende instanties, dat de tweede beoordeling onbevangen, fris en verschoond van (de schijn van) misplaatste loyaliteit jegens collegae kan plaatsvinden. Een dergelijke tweede ronde, waarin in elk geval (of uitsluitend) aandacht wordt besteed aan de bezwaren, die tegen de in eerste aanleg gegeven uitspraak worden aangevoerd, waarborgt al weer iets beter dat de uitkomst van de strafzaak juist is.

Het zal zijn opgevallen dat we in de titel van dit deelrapport het bijvoeglijk naamwoord 'gewoon' hebben gebruikt. Dat veronderstelt het bestaan van niet-gewone rechtsmiddelen, hetgeen de vraag opwerpt waarin dan

1 Zie over de geslotenheid van het stelsel J. de Hullu in zijn noot bij *NJ* 2002, 230 en 231.

2 Zie bijvoorbeeld in het betoog van H-J. Scholten, *D&D* 32 (2002), afl. 3, p. 261-282.

het verschil zit. Gewone rechtsmiddelen zijn die instrumenten ter beschikking van de partijen, waarmee ze de uitkomst van de zaak kunnen trachten te beïnvloeden en in afwachting waarvan de effecten van de uitspraak worden opgeschort. Met andere woorden, met een gewoon rechtsmiddel kan een procespartij in het kader van de strafzaak nastreven dat het resultaat wordt veranderd, vóórdat de effecten daarvan voelbaar worden. Het contradictoire geding wordt vooralsnog niet beëindigd. Bij de zogenaamde buitengewone rechtsmiddelen moeten we dus denken aan uitzonderlijke ingrepen van andere aard buiten het kader van het geding. Momenteel hebben we daartoe de herziening en de cassatie in het belang der wet. Aan deze en eventueel andere in te voeren ingrepen, zoals na een succesvol beroep op het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, besteden we hier verder geen aandacht.

Concluderend, in dit deelrapport treft men de behandeling aan van de mogelijkheden die de verdachte en het Openbaar Ministerie hebben om een eindspraak in een strafzaak aan te vechten voordat die uitspraak definitief wordt. Daarbij komen de beperkingen en drempels aan de orde alsmede de gevolgen van het ingestelde rechtsmiddel. Voor een aantal deelonderwerpen moeten we naar elders verwijzen. Allereerst zijn de bijzonderheden van het hoger beroep te vinden in het daaraan gewijde deelrapport van Groenhuijsen en De Hullu, elders in dit boek. Verder is gaandeweg gebleken dat het rechtsmiddel cassatie een aparte studie verdient. De standpunten die hierover in dit rapport worden weergegeven zijn dan ook als voorlopig te beschouwen. In het laatste onderzoeksjaar zal een apart deelrapport aan dit onderwerp worden gewijd. Dan zullen ook alternatieven voor cassatie bij de Hoge Raad nader worden onderzocht, zoals in de WAHV thans is ingevoerd: het finale hoger beroep op één Gerechtshof. Hier zetten we de beschouwing voort met de kenmerkende voorzieningen van nationaal recht. Daarna wordt beknopt ingegaan op grondrechtelijke aspecten van internationale origine en de rechtsvergelijking. Tenslotte zijn dan in hoofdstuk 5 de hoofdlijnen van onze voorstellen voor het stelsel van rechtsmiddelen te vinden.

## **2 Kenmerkende voorzieningen van het huidige recht**

### *2.1 Hoger beroep*

Wie van het Nederlandse stelsel van rechtsmiddelen de beeldbepalende kenmerken wil beschrijven kan er niet omheen de eerste aanleg als uitgangspunt te nemen. Dat is op het moment, dat deze bijdrage wordt geschreven (voorjaar 2002) te meer een goed uitgangspunt, omdat met de recente modernisering van de rechterlijke organisatie het stelsel voor berechting van

strafbare feiten gewijzigd is, terwijl nieuwe veranderingen al weer op stapel staan. Al deze wijzigingen hebben ook gevolgen voor de rechtsmiddelen. We zullen daarom trachten een eenvoudig beeld te schetsen van de instanties, waarlangs een gewone strafzaak in het systeem kan gaan wanneer na de eerste aanleg niet in de uitspraak wordt berust. De aard en omvang van de volgende instantie alsmede de drempels en andere kenmerken passeren dan de revue.

De materieelrechtelijke tweedeling in misdrijven en overtredingen vormt al heel lang het aanknopingspunt voor een tweedeling in de berechting in eerste aanleg tussen kantonrechters en rechtbanken. Er zijn wel wat uitzonderingen maar de bekende hoofdlijn is: misdrijven worden bij de rechtbank aangebracht en overtredingen bij de kantonrechter. Deze laatste figuur is in de recente modernisering weliswaar behouden gebleven, maar toch geeft de vorige zin de stand van het recht niet juist weer. Zoals art. 45 lid 1 RO het nu formuleert nemen de rechtbanken in eerste aanleg kennis van alle strafzaken.<sup>3</sup> De kantonrechter is nu ook een lid van de rechtbank, functionerend in de sector kanton; zie art. 47 lid 1 RO. Welke zaken de kantonrechter te berechten krijgt berust nu op een distributie binnen de rechtbank op grond van art. 382 Sv (nieuw).<sup>4</sup> Dat artikel bepaalt nu de werkzaamheden van de kantonrechter, waarvan de overtredingen nog steeds de hoofdmoot vormen.

Voorheen had het voor de beschikbaarheid van hoger beroep gevolgen, wanneer een overtreding niet door de kantonrechter maar door de rechtbank werd afgedaan. Hoger beroep van een rechtbankvonnis terzake van een overtreding was uitgesloten, met name omdat in het normale geval dat vonnis reeds in beroep gewezen was. Toch kwam het geregeld voor, dat een overtreding in eerste instantie bij de rechtbank aanhangig werd gemaakt, met name om gelijktijdige berechting met de misdrijven mogelijk te maken, waarvoor dezelfde verdachte eveneens vervolgd werd. Wanneer de verdachte daartegen geen bezwaar maakte kon de rechtbank dat slechts verstaan als afstand van een instantie en mocht ze zichzelf niet onbevoegd verklaren terzake van die overtreding. Deze prorogatie van rechtspraak was geregeld in art. 349 lid 2 Sv. In de huidige opzet zijn kantonrechter en rechtbank in de rechterlijke organisatie geen verschillende instanties meer en dus is ook art. 349 lid 2 Sv aangepast. Er kan geen sprake van onbevoegdheid meer zijn, maar slechts van verwijzing naar de kantonrechter, waartoe de rechtbank

3 Zie *Stb.* 2002, 1, een tekstpublicatie van de Wet op de rechterlijke organisatie zoals die luidt met ingang van 1 januari 2002.

4 Onderdeel van art. 43 Aanpassingswet Modernisering Rechterlijke Organisatie; *Stb.* 2001, 584.

ambtshalve of op verzoek van de verdachte kan overgaan.<sup>5</sup> De gevolgen voor een eventuele volgende instantie zijn teruggebracht tot bepaalde vonnissen, waarop we zodadelijk terugkomen. In zijn algemeenheid kan men niet meer van afstand van instantie spreken, omdat een vonnis van de rechtbank terzake van een overtreding gewezen als zodanig niet meer van hoger beroep uitgezonderd is.

Uit art. 404 Sv (nieuw) en art. 60 lid 1 RO volgt dat de rechtbanken geen taak meer hebben in strafrechtelijke appellen. Alleen de hoven oordelen in strafzaken over het hoger beroep tegen vonnissen die daarvoor vatbaar zijn. Hiermee komen we op een belangrijk systeemkenmerk, namelijk dat in de regel alle vonnissen van de eerste aanleg aantastbaar zijn, doordat ze behoudens een enkele uitzondering vatbaar zijn voor hoger beroep. De uitzondering op deze regel wordt gemaakt voor de zaken van gering belang, de bagatellen. Aanvullend daarop is nog een blokkade voor hoger beroep opgeworpen voor de verdachte die van de hele tenlastelegging is vrijgesproken. Het eventuele belang, dat hij bij een herbeoordeling van de zaak zou kunnen hebben, wordt niet zwaar genoeg geacht om daartoe appel open te stellen. Deze toestand representeert het algemene beginsel, dat voor een rechtsmiddel wel een belang vereist is. In datzelfde perspectief kan men twijfelen of de verdachte wel belang heeft bij hoger beroep tegen een nietigverklaring van de dagvaarding. Het is evenwel wettelijk niet uitgesloten. Ook aan een hoger beroep, ingesteld door het Openbaar Ministerie dat in eerste aanleg volledig in het gelijk gesteld is, valt niet onmiddellijk een concreet belang te ontdekken. Toch zijn er genoeg voorbeelden van gevallen waarin dat laatste toch wel het geval is, om welke reden een algemene uitsluiting van dat appelrecht niet tot ontwikkeling kwam. Hierbij valt alleen al te denken aan het zogenaamde volgappel, ingesteld om de eventuele procedurele gevolgen weg te nemen van het feit dat alleen de verdachte hoger beroep heeft ingesteld.

Het instellen van incidenteel beroep is als zodanig niet in de wet uitgewerkt. Voor de ene partij geldt niet een verlengde termijn wanneer vernomen wordt dat de andere partij hoger beroep heeft aangetekend. De regeling van art. 409 lid 2 en 3 Sv komt nog het dichtste in de buurt van het incidenteel appel. Wanneer alleen de officier van justitie appel heeft ingesteld, wordt dat appel aan de verdachte betekend. In afwachting daarvan wordt aan het appel nog geen gevolg gegeven. Hierdoor wordt de verdachte voor wie de appeltermijn reeds verstreken is in staat gesteld zich op het hoger beroep te prepa-

5 In de oude en de nieuwe versie van art. 349 lid 2 Sv is de ten opzichte van een misdrijf subsidiair ten laste gelegde overtreding uitgezonderd van de toepassing van respectievelijk onbevoegdheid en verwijzing.

renen. Is met toepassing van art. 408 lid 2 Sv de termijn nog niet verstreken – de verdachte was niet op de hoogte van het tijdstip van de berechting, noch van het vonnis – dan begint door de aanzegging van het beroep van de wederpartij zijn termijn te lopen en heeft hij nog veertien dagen voor appel. Lid 3 van art. 409 Sv voorziet in de gevallen dat de aanzegging van het appel niet in persoon betekend is en heeft in wezen het hier bedoelde effect, dat de verdachte in bepaalde gevallen kan reageren met een eigen hoger beroep.

Of op een zaak de uitzondering op het appelrecht voor de bagatellen van toepassing is, wordt gemeten allereerst naar de materieelrechtelijke categorie en daarna naar de uitspraak die de rechter in de zaak gedaan heeft. Misdrijven zijn naar het oordeel van de wetgever nooit een bagatel.<sup>6</sup> Voor misdrijven gelden dan ook geen drempels of beperkingen, met dien verstande dat de vrijgesproken verdachte hier geen hoger beroep kan instellen. Voor overtredingen daarentegen bevat art. 404 lid 2 en 3 Sv wel drempels. Deze zijn overgenomen uit de oude Wet RO en enigszins veranderd ten opzichte van de stand tot aan 1 januari 2002, welke toestand het resultaat was van een ingreep in het rechtsmiddelenstelsel die eind oktober 2001 in werking getreden was, vooral om de belasting van de strafkamer van de Hoge Raad te verlichten.<sup>7</sup>

Het ijkpunt voor de vraag of een overtreding een bagatel is, wordt naar huidig recht gevormd door de uitspraak van de rechter. Voorheen werd voor het Openbaar Ministerie naar het belang gekeken, dat het blijktens het requisitoir aan de strafzaak hechtte, maar dat is bij de voorlaatste wijziging verlaten. Het belangrijkste argument voor deze wijziging was, dat de waardering door de rechter een juistere maatstaf was, die voor alle partijen gelijk is. Bovendien voorkomt een eenvormige maatstaf, dat er verschillende rechtsmiddelen kunnen openstaan en er dus weer een aparte samenloopbepaling nodig is.<sup>8</sup> Wanneer de kantonrechter terzake van een overtreding vonnis gewezen heeft, is hoger beroep in de volgende gevallen voor alle partijen uitgesloten: a. De rechter heeft met toepassing van art. 9a Sr geen straf of maatregel is opgelegd, of, b. de rechter heeft geen andere straf of maatregel opgelegd dan een boete (of boetes) tot een (gezamenlijk) maximum van € 25. Voor vonnissen van een andere rechter in de rechtbank gelden dezelfde drempels met een verhoging van het boetemaximum tot € 50. Hier stuiten we op het ver-

6 In de Wet op de justitiële documentatie en de verklaringen omtrent het gedrag (art. 4) is deze gedachte terug te vinden in het voorschrift, dat van een veroordeling terzake van een misdrijf steeds een strafblad in het strafregister wordt opgenomen, terwijl dat bij overtredingen pas geschiedt als er vrijheidsstraf is opgelegd.

7 Tekst van de wet in *Stb.* 1999, 467.

8 *Kamerstukken II*, 1997-1998, 26047, nr. 3, p. 21-22 en 25.

schil dat een eventuele verwijzing in de zin van art. 349 lid 2 Sv (nieuw) kan maken. Wordt niet naar de kantonrechter verwezen, dan is de drempel voor hoger beroep hoger.

De voor hoger beroep vatbare vonnissen worden in volle omvang heroverwogen door het gerechtshof. In afwachting daarvan ontberen ze gezag van gewijsde en worden dus niet ten uitvoer gelegd. Wat de beslissingsruimte van het appelgerecht betreft is deze alleen gebonden aan het feit waarop de inleidende dagvaarding betrekking had. Dat feit dient in de zin van art. 68 Sr te worden opgevat, hetgeen betekent dat binnen die materieel-rechtelijke grenzen in de bewoordingen van de tenlastelegging nog wel wijzigingen mogen worden aangebracht. Ten opzichte van de beantwoording van de voorvragen en de hoofdvragen voor beraadslaging en beslissing heeft het hof volledige vrijheid van beslissen, zij het dat voor bepaalde gevallen procedurevoorschriften in de wet gegeven zijn. We denken hier met name aan de bijzondere eenparigheidsregels van art. 424 Sv, die elders in dit boek in het deelrapport over het hoger beroep nader besproken worden. Deze vormen echter op zichzelf geen beperking op de devolutieve werking van het hoger beroep. De zaak ligt voor een herbeoordeling bij de hogere rechter en die neemt op basis van zijn eigen afweging van alle relevante feiten en omstandigheden een nieuwe beslissing.

Eén beperking mag echter niet ongenoemd blijven. Die hangt samen met de mogelijkheid van enkelvoudige afdoening van het appel. Voor de berechting mag het hof in bepaalde gevallen volstaan met een enkelvoudige kamer. Het nieuwe art. 411 Sv somt deze gevallen op: De zaak moet in ieder geval naar het aanvankelijk oordeel van het Openbaar Ministerie van eenvoudige aard zijn en verder in eerste aanleg zijn berecht door de kantonrechter of de politierechter. Voor die laatste groep zaken geldt thans de beperking tot zaken van alcohol en verkeer (art. 8 en 163 lid 2, 6, 8 of 9 WvW). In een voorgenomen uitbreiding van het aandeel van unus-rechters zal deze clause vervallen.<sup>9</sup> Wat zijn werkgebied ook is, art. 425 lid 2 Sv bevat voor de enkelvoudige appelrechter een verbod op *reformatio in peius*. De positie van de verdachte mag niet verzwaaard worden zonder dat eerst door middel van een verwijzing een meervoudige appelkamer naar de zaak gekeken heeft. In de (nabije) toekomst zal bij invoering van de reeds genoemde uitbreiding deze beperking van de straftoemeting voor de enkelvoudige appelrechter gecombineerd worden met een maximum vrijheidsstraf die in eerste instantie opgelegd is. Straffen van meer dan zes maanden vrijheidsbeneming kan alleen de meervoudige kamer van het hof opleggen.

<sup>9</sup> *Kamerstukken II*, 2001-2002, 28 215, nr. 1-2.

In verbinding met het uitgangspunt, dat de berechting in hoger beroep in volle omvang plaatsvindt kennen we in Nederland het partiële appel alleen als meerdere feiten op één dagvaarding berecht worden. Binnen het ene feit kan de appellant geen beperkingen aanbrengen, aldus art. 407 lid 1 Sv. Met name het aparte strafmaatappel wordt naar huidig recht onverenigbaar geoordeeld met de interne samenhang in het rechterlijk vonnis en met de volle verantwoordelijkheid van de appelrechter voor zijn einduitspraak. Ook het interlocutoir appel is in Nederland in strafzaken niet toelaatbaar. Beroep tegen tussenvonnissen kan alleen gelijktijdig met het eindvonnis worden ingesteld; aldus art. 406 lid 1 Sv. Kortom, ten aanzien van het feit waarvoor de verdachte of het openbaar ministerie hoger beroep heeft ingesteld wordt de zaak in al haar aspecten opnieuw onderzocht en afgedaan.

Voor het verkrijgen van deze behandeling en beslissing hoeft de appellant na het op correcte wijze instellen van het beroep niets meer toe doen. Met name bestaat er geen verplichting om het appel te motiveren door middel van een memorie met grieven. Daartoe bestaat wel de bevoegdheid, zie art. 410 Sv, maar voor de behandeling van de zaak is dat geen voorwaarde. In diverse ressorten is overigens wel de mogelijkheid geïntroduceerd om bij het instellen op een formulier aan te geven waartegen het beroep zich richt. Dat is in beginsel een vrijblijvende aangelegenheid, waarmee met name een efficiënte appointering van de appelzitting bereikt kan worden. Noch de appellant, noch het hof is juridisch gebonden aan de punten die op het formulier zijn aangekruist.

Verder is de verdachte die hoger beroep heeft ingesteld niet verplicht om ter terechtzitting in hoger beroep te verschijnen. Aangezien ons appel is geconstrueerd als een zelfstandige feitelijke behandeling gelden voor de aanwezigheid van de verdachte de zelfde uitgangspunten als in eerste aanleg. Op een geldige appeldagvaarding mag de zaak bij verstek worden voortgezet en afgedaan. Er is geen plicht om te verschijnen. Bovendien is de appelrechter bij verstek evenzeer aan zijn taak gehouden als bij tegenspraak.<sup>10</sup> Het hof moet de zaak opnieuw in volle omvang beoordelen en heeft daartoe ook onbeperkt de mogelijkheid om een eigen beslissing in plaats te stellen van het beroepen vonnis. Vanwege deze combinatie van een toetsing van de eerste aanleg met een eigen zelfstandige beoordeling van de zaak in zijn geheel wordt ons appelstelsel een middenstelsel genoemd. Voor deze en overige kanten van het hoger beroep en de positie van de appelrechter ten opzichte

10 Zie A.J.A. van Dorst, 'Rechtsbescherming en doelmatigheid in cassatie', in: G.A.M. Strijards e.a., *De derde rechtsingang nader bekeken*, Arnhem, Gouda Quint 1989, p. 92



van de eerste aanleg verwijzen we naar het deelrapport 'Hoger beroep' van Groenhuijsen en De Hullu.

## 2.2 *Cassatie*

Het gebruik van het rechtsmiddel cassatie brengt de zaak voor 's lands hoogste rechter, de Hoge Raad, teneinde op de juiste rechtstoepassing te worden beoordeeld.<sup>11</sup> Het is een tot rechtspunten beperkte toetsing door een centrale instantie, bedoeld voor die gevallen dat in lagere aanleg geen verbetering van de eventuele gebreken meer mogelijk is. De wet positioneert het beroep in cassatie dan ook zo, dat dit middel alleen tegen uitspraken in laatste feitelijke aanleg kan worden aangewend. Dit betekent dat het moet gaan om een uitspraak, die reeds in tweede feitelijke aanleg is gegeven of waartegen geen tweede feitelijke voorziening mogelijk is. In lid 4 van art. 427 Sv (nieuw) is tot uitdrukking gebracht, dat bij concursus van rechtsmiddelen de feitelijke heroverweging voorrang heeft boven de tot rechtsvragen beperkte cassatie.

Het doel van cassatie is naar algemeen gevoelen tweeledig: rechtsbescherming in het individuele geval en bevordering van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling. De rechtsbescherming komt tot uitdrukking in het gegeven, dat de in het strafgeding betrokken partijen de mogelijkheid hebben correcties na te streven van verkeerde rechtstoepassing in hun zaak. Aan verkeerde rechtstoepassing verbindt de cassatierechter het gevolg dat de uitspraak vernietigd wordt, tenminste wanneer juiste rechtstoepassing daartoe dwingt en het belang van de betrokkene daarmee gediend is. Een zaak waarin de uitspraak vernietigd is, kan vervolgens door een gerecht waarnaar wordt verwezen of de Hoge Raad zelf opnieuw worden beslist met juiste toepassing van het recht. Zo waarborgt cassatie dat in concrete strafzaken het recht uiteindelijk juist uitgelegd en op de zaak toegepast wordt. De rechtseenheid bevordert de Hoge Raad door in concrete uitspraken aan te geven hoe hij als hoogste instantie de wet of het ongeschreven recht interpreteert en toepast. De lagere gerechten en de justitiabelen weten dan wat naar alle waarschijnlijkheid de uitkomst zal zijn wanneer een zaak op hetzelfde punt tot aan de Hoge Raad wordt doorgezet. Mede hierom, maar sinds de Hoge Raad uitvoeriger inzage geeft in zijn gedachtegang ook vanwege de inhoudelijke overtuigingskracht richt de rechtspleging in het land zich naar de rechtspraak van de Hoge Raad. Dat gebeurt zonder dat rechtens een bindend

11 Zie over een belangrijke episode in de ontwikkeling van het rechtsmiddel A.L. Melai, 'De aanloop tot de cassatie in Frankrijk onder het Ancien Régime', in: J.P. Balkema e.a. (red.) *Liber Amicorum Th.W. van Veen*, Arnhem, Gouda Quint, 1985, p. 189-201.

gezag buiten het kader van de concrete zaak aan een uitspraak van de Hoge Raad toegekend wordt.<sup>12</sup>

Alle uitspraken van de appelrechter terzake van misdrijven zijn vatbaar voor beroep in cassatie. Wat de uitspraken terzake van overtredingen betreft gelden bepaalde beperkingen voor cassatie. Cassatie wordt in art. 427 lid 2 Sv uitgesloten als met toepassing van art. 9a Sr geen straf of maatregel opgelegd is, of geen andere straf of maatregel dan een boete (of boetes) met een (gezamenlijk) maximum van € 250. Het gewicht van deze zaken achtte de wetgever kennelijk onvoldoende om nog een derde rechtsingang te bieden. De uitspraken terzake van overtredingen in eerste aanleg, waarvan geen hoger beroep is toegelaten, kunnen uitsluitend in cassatie worden aangevochten, aldus art. 404 lid 2 Sv, wanneer het feiten uit verordeningen van decentrale overheden betreft. De toetsing in cassatie van vormverzuimen klevend aan deze vonnissen is bovendien beperkt in art. 80 lid 2 RO. Vernietiging is alleen mogelijk op grond van de daar genoemde verzuimen en daarnaast natuurlijk wegens schending van het recht.

Een belangrijke beperking voor alle categorieën is het cassatieverbod tegen vrijspraken van art. 430 Sv. Het huidige wetboek verbiedt al vanaf haar ontstaan het gewone cassatieberoep tegen vrijspraken. De bepaling werd uit de voorganger van het wetboek overgenomen zonder dat er veel woorden ter toelichting werden gegeven. Toch mag niet worden aangenomen dat destijds geen discussie gevoerd werd over deze beperking. Uit de notulen van de Commissie Ort valt te concluderen dat er bepaald wel verschil van mening was en dat de kleinst mogelijk meerderheid beslissend was voor de aanwezigheid van het huidige art. 430 lid 1 Sv.<sup>13</sup> De aanwezigheid van dit verbod wordt door Blok & Besier verklaard met een verwijzing naar de bijzondere eerbied die de wetgever nog steeds meende te moeten opbrengen voor een beslissing van de jury. Die jury bestond echter in 1926 allang niet meer en al evenmin was een jury-proces voor alle strafzaken de gangbare afdoeningswijze in het stelsel waaraan de bepaling kennelijk ontleend was. Voor correctionele en politie-zaken was cassatie van vrijspraken helemaal niet uitgesloten, maar een en ander werd door de wetgever klaarlijk-

12 A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, 4<sup>e</sup> druk, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 1998, p. 98.

13 Notulen Commissie Ort, 48ste - 51ste vergadering, p. 4: bij stemming bleken vijf leden tegen en vier voor de toelating van cassatie tegen vrijspraken te zijn. Simons (idem, p. 2) wilde vooral de 'hoogst weifelende' jurisprudentie ondervangen over de bedekte vrijspraken etcetera., ook al zou dat nadelig zijn voor de verdachte.

lijk over het hoofd gezien, oordelend naar het ongeclausuleerde verbod van art. 430 lid 1 Sv.<sup>14</sup>

Vanwege die bijzondere grond onder de onderhavige bepaling werd zij zo geïnterpreteerd, dat alleen ‘echte’ vrijspraken een belemmering voor cassatie waren. Alleen wanneer de vrijspraak berustte op de vaststelling dat er voor de schuld van de verdachte onvoldoende bewijs was, zou de vrijspraak echt zijn, zuiver. Dat leidde tot een nog steeds bestaand onderscheid in zuivere en onzuivere vrijspraken.<sup>15</sup> Een vrijspraak is zuiver wanneer de rechter tot dat oordeel is gekomen op basis van een correcte opvatting over de tenlastelegging en de rechter ook daaraan mocht toekomen. Die laatste toevoeging betekent, dat de rechter niet tot een formele einduitspraak had hoeven komen. De Hoge Raad formuleert het zelf aldus: ‘Een vrijspraak, gegeven op een geldige dagvaarding, uitgebracht door een ontvankelijk openbaar ministerie, door een rechter die tot het vellen van een oordeel omtrent het al dan niet bewezen zijn van het ten laste gelegde gerechtigd was, kan in cassatie slechts worden getoetst indien de rechter bij het geven van zijn beslissing de grondslag van de tenlastelegging heeft verlaten, en aldus van iets anders heeft vrijgesproken dan was tenlastegelegd.’<sup>16</sup> Zo’n vrijspraak met verlating van de grondslag had eigenlijk een ontslag van rechtvervolging moeten zijn, zo is de redenering, en die zijn wel onderworpen aan toetsing in cassatie. Omgekeerd zijn sommige uitspraken tot ontslag van rechtsvervolging ook onzuiver, doordat zij berusten op een verkeerde lezing van de tenlastelegging. Aangezien die uitspraken eigenlijk een vrijspraak hadden moeten zijn geldt daarvoor dat een cassatieberoep niet ontvankelijk is. Zo beperkt de Hoge Raad het cassatieverbod tot ‘rechtsgeldige’ vrijspraken waarin de verdachte onschuldig aan het tenlastegelegde wordt bevonden. Allerlei vrijspraken die wellicht het etiket rechtsgeldig nog minder verdienen dan de onzuivere vrijspraken vallen toch onder het cassatieverbod. Vrijspraken waarbij de regels van het bewijsrecht door de feitenrechter onjuist zijn toegepast of waarbij tijdens de feitelijke behandeling wezenlijke vormen verzuimd zijn – om twee voorbeelden te noemen – zijn onaantastbaar. We zullen daar in de discussie in hoofdstuk 5 van dit deelrapport op terugkomen.

Waar incidenteel appel in ons systeem ontbreekt kennen we wel het incidenteel cassatieberoep.<sup>17</sup> Art. 433 Sv schrijft in het eerste lid voor dat

14 A.J. Blok & L.Ch. Besier, *Het Nederlandsche strafproces*, deel II, Haarlem 1926, p. 424.

15 Van Dorst 1998 *a.w.*, p. 196-200 geeft een beknopte bespreking.

16 Uit HR 23-06-98 *NJ* 1999, 87 op p. 425 r.k.

17 A.J.A. van Dorst, ‘Het incidentele cassatieberoep’, in: Ch.J. Enschedé e.a. (red.), *Naar eer en geweten*, Arnhem, Gouda Quint 1987, p. 115-130.

wanneer alleen het openbaar ministerie cassatie heeft aangetekend dat aan de verdachte in persoon moet worden aangezegd, tenzij hij kennelijk al op de hoogte is. De verdachte heeft na de bekendwording van het beroep dan nog veertien dagen om zelf ook in cassatie te gaan. Op dat incidentele cassatieberoep zijn dan de voorschriften van het 'gewone' cassatieberoep van toepassing met één belangrijk verschil. Het incidentele beroep deelt in het lot van het principale beroep wanneer dat wordt ingetrokken of niet ontvankelijk verklaard. Het bestaansrecht was immers dat het openbaar ministerie de uitspraak in hoogste instantie ging aanvechten.<sup>18</sup> Wanneer dat vervalt, verdwijnt de grond onder de voeten van het incidentele beroep.<sup>19</sup>

Het wetboek maakt het in art. 429 Sv uitdrukkelijk mogelijk dat tegen een gedeelte van de uitspraak cassatie wordt ingesteld. Dat hangt volgens Blok en Besier samen met het bijzondere karakter van de cassatierechtpraak.<sup>20</sup> De Hoge Raad heeft zich in beginsel te houden aan de wens van de requirant in cassatie, wanneer deze berust in bepaalde delen van de uitspraak en andere juist aanvecht. Of partieel beroep is ingesteld wordt natuurlijk allereerst bepaald aan de hand van de akte van het instellen van cassatieberoep. Aanvullend werkt de Hoge Raad deze beperking zo uit, dat onduidelijkheid over de omvang van het beroep wordt ingevuld met enerzijds de in de middelen aangevochten gedeelten en anderzijds met het belang dat met name de verdachte bij cassatie zou kunnen hebben. Het beroep wordt dan opgevat als niet gericht tegen de niet in de middelen genoemde delen respectievelijk niet tegen de voor de requirant gunstige beslissingen.<sup>21</sup> Tegen tussenbeslissingen kan op zichzelf wel cassatie ingesteld worden, maar alleen wanneer ook de einduitspraak (gedeeltelijk) wordt aangevochten, aldus art. 428 Sv. Een interlocutoir appel laat het wetboek dus niet toe.

De toetsing in cassatie is een combinatie van de aangedragen bezwaren en een ambtshalve toetsing. Art. 440 lid 1 Sv verwoordt de bevoegdheid tot ambtshalve cassatie, waarmee de Hoge Raad dus een zekere vrijheid heeft ten aanzien van de ingediende middelen voor cassatie. Deze vrijheid brengt echter ook een aanzienlijke verantwoordelijkheid met zich mee, aangezien in alle zaken bij een ontvankelijk cassatieberoep gecontroleerd moet worden of er ook gronden voor gebruik van deze bevoegdheid zijn. Een poging van de regering om aan deze vrijheid een einde te maken onder meer vanwege de werklust, maar ook vanwege ongewenste neveneffecten, strandde in de par-

18 Blok & Besier II *a.w.*, p. 438; Van Dorst 1987 *a.w.*, p. 129.

19 Van Dorst 1998 *a.w.*, p. 103-104.

20 Blok & Besier II *a.w.*, p. 422-423.

21 Zie Van Dorst 1998, p. 32-35.

lementaire behandeling.<sup>22</sup> De Hoge Raad heeft voor het gebruik van deze bevoegdheid in een aantal opzichten een beleid zichtbaar gemaakt. Het voert nu te ver om daarop uitvoerig in te gaan.<sup>23</sup> Zoveel is wel duidelijk, dat niet elk gebrek in de aangevochten uitspraak door de Hoge Raad wordt gebruikt om ambtshalve te casseren. Een belangrijk ijkpunt is de bescherming van het belang van de verdachte. Bij beroep in cassatie enkel van het openbaar ministerie wordt niet ten nadele van de verdachte ambtshalve gecasseerd. Verder wordt gekeken naar de kennelijke opvatting die de verdachte zelf heeft over zijn belang (is een verzuim wel aangevoerd?) en naar welk belang hij bij vernietiging zou kunnen hebben als de uiteindelijke beslissing toch niet verandert.<sup>24</sup> Daarnaast wordt vermeld dat de ambtshalve bevoegdheid soms een instrument vormt om gelijkheid in gelijke zaken, met name van medeverdachten te bereiken.<sup>25</sup>

Tenslotte, de toetsing door de cassatierechter voltrekt zich langs de lijnen van de wettelijke cassatiegronden van art. 79 lid 1 RO (nieuw). We hopen daarop in een later rapport nog terug te komen. Gaat de Hoge Raad tot cassatie over, dan handelt hij de zaak verder af volgens de voorschriften van art. 440 lid 2 en 441 Sv. Wat dat laatste artikel betreft, de vermelding dat de Hoge Raad de correctie op de ex art. 358 lid 4 Sv te vermelden wetsartikelen zelf ter hand kan nemen komt in de huidige praktijk wellicht wat overbodig over. Het artikel stamt uit de tijd dat het zelf afdoen om redenen van proces-economie nog niet die ontwikkeling had doorgemaakt welke we vandaag kennen. Ten opzichte daarvan is het zelf verbeteren van de wetsartikelen veel minder verstrekkend en zou evengoed op art. 440 lid 2, eerste zin, Sv kunnen worden gebaseerd. Art. 440 lid 2 Sv maakt een onderscheid tussen zelf afdoen, terugwijzen naar hetzelfde gerecht of verwijzen naar een ander. Het zelf afdoen wordt de Hoge Raad voorgeschreven voor het geval dat daarvoor geen nader onderzoek van de feiten nodig is. De inhoudelijke criteria voor terugwijzen of verwijzen zijn in de huidige wet niet (meer) gegeven.<sup>26</sup> Het enige is, dat na vernietiging een uitspraak afkomstig van een rechtbank de zaak, als niet teruggewezen wordt, naar het hof gaat en niet naar een naburige rechtbank. Het systeem wordt vervolgens sluitend ge-

22 Zie *Kamerstukken II*, 1997-1998, 26 027, nr. 2 voor het voorstel, nr. 3, p. 13, voor de toelichting, nr. 5, p. 6, voor de heroverweging en nr. 6 voor de nota van wijziging.

23 Zie voor de stand eind jaren '80, H.A. van Borselen en G. Mintjes, 'Ambtshalve cassatie in strafzaken', in: G.A.M. Strijards e.a. *De derde rechtsingang nader bekeken*, Arnhem, Gouda Quint 1989, p. 29-51.

24 Zie Van Dorst 1998 *a.w.*, p. 89.

25 Zie *Kamerstukken II*, 1997-1998, 26 027, nr. 3, p. 13.

26 Vervallen bij invoering van wetsvoorstel 25 240, *Stb.* 99, 467.

maakt door de tussenzin, dat deze rechter met inachtneming van de uitspraak van de Hoge Raad opnieuw recht doet. Het resultaat moet immers zijn dat ofwel de Hoge Raad ofwel de rechter waarnaar de zaak wordt gezonden tot een juiste rechtstoepassing komen en een juiste beslissing in de zaak geven. Pas dan kan het suspensieve effect opgeheven en het resultaat van de strafzaak onherroepelijk en uitvoerbaar worden.

### 2.3 Verzet

Ondanks dat het verzet een zeer gering aandeel heeft in de huidige strafrechtspleging kan een korte beschrijving van dit rechtsmiddel niet achterwege blijven. Historisch is het voor de distributie van rechtsmiddelen van belang geweest<sup>27</sup> en mede in het licht van de recente beperking van hoger beroep en cassatie is de plaats van het verzet stelselmatig belangrijker geworden. De herbeoordeling na verzet is, zoals we nog zullen zien, in veel gevallen niet meer aan enig rechtsmiddel onderworpen. De getalsmatig geringe betekenis van het verzet wordt met name veroorzaakt door de wettelijke ingreep in 1935, een bezuinigingsmaatregel die verzet beperkte tot de gevallen waarin geen hoger beroep mogelijk was. Vóór die tijd was het niet ongebruikelijk dat verzet en hoger beroep in één zaak cumuleerden en kwam de verdachte dus tweemaal tegen de uitspraak in het geweer. Na deze wijziging vervult het hoger beroep in een groot aantal zaken de functie van het verzet.<sup>28</sup>

Verzet is in het palet van de gewone rechtsmiddelen een voorziening met een afwijkende kleur. Het is slechts bedoeld voor een speciale categorie einduitspraken namelijk die welke bij verstek zijn geweest. Bovendien heeft het instellen van verzet niet het devolutieve effect, dat de zaak naar een hogere rechter gaat voor heroverweging. Een ontvankelijk verzet leidt tot een herleving van het rechtsgeding voor de rechter welke de aangevochten uitspraak heeft gegeven, aldus bepaalt art. 400 lid 3 Sv. Niettemin heeft het wetboek het verzet bij de gewone rechtsmiddelen ondergebracht, hetgeen met zich meebrengt, dat het rechtsmiddel wel suspensieve werking heeft. Tot daarop is beslist wordt de uitvoerbaarheid van het verstekvonnis opgeschort. Het verzet is beperkt tot de in eerste aanleg gewezen verstekvonnissen, die niet een vrijspraak van de hele tenlastelegging zijn. In die gevallen geldt dat

27 Zie G. Knigge, 'Van afwezend gebleven verdachten', *Groninger Opmerkingen en Mededelingen*, IX (1992) p. 78-115.

28 Van Dorst 1989, *a.w.*, p. 92; H.G.M. Krabbe in het losbladig commentaar van A.L. Melai, *Het Wetboek van Strafvordering*, suppl. 111 (april 1999), aant. 1 bij art. 399-403 Sv.

een bezwaarlijke uitspraak is gedaan terwijl de verdachte nog niet van zijn aanwezigheidsrecht gebruik heeft gemaakt en ook art. 279 Sv – de verdediging door een advocaat – niet toegepast is. In bepaalde gevallen is de verdachte van de veroordeling op de hoogte gebracht door een verstekmededeling in de zin van art. 366 Sv. Wanneer echter de verdachte al op de hoogte was (door betekening of anderszins) moet hij op grond van die kennis tijdig verzet doen.

Het verzet is niet ontvankelijk wanneer het wordt gedaan tegen een uitspraak waartegen hoger beroep open staat; art. 399 lid 3 Sv. Dat komt er in het licht van de appeldrempels op neer, dat verzet open staat tegen vonnissen gewezen ter zake van overtredingen, waarin art. 9a Sr is toegepast of waarin geen hogere (of andere) straf is opgelegd dan een boete van € 25 (kantonrechter) of € 50 (rechtbank anderszins). In het bestaande stelsel heeft ook de officier van justitie in deze gevallen geen hoger beroep, waardoor concursusbepalingen onnodig zijn.

Over de vraag of partieel verzet open staat is de wet niet duidelijk. Krabbe leidt uit het karakter van het verzet af dat een gedeeltelijke behandeling van de zaak na verzet uitgesloten moet worden geacht.<sup>29</sup> Dat zou alleen anders zijn als de verdachte in één zaak voor een misdrijf en een overtreding als gevoegde feiten vervolgd en veroordeeld wordt. Aangezien dan hoger beroep tegen veroordeling terzake van het misdrijf mogelijk is, moet voor de bepaling van het juiste rechtsmiddel de zaak gesplitst worden. Gaat het echter om meer overtredingen dan moet volgens Krabbe het verzet tot gevolg hebben dat de hele zaak opnieuw beoordeeld wordt, ook voor de cumulatieve feiten waarvoor is vrijgesproken. Voor een gelijkschakeling van verzet en hoger beroep is naar zijn oordeel wetswijziging nodig.<sup>30</sup>

Voor de nieuwe behandeling van de zaak moet de verdachte wel verschijnen. Daartoe wordt hem de dag van behandeling aangezegd. Wanneer de verdachte niet verschenen is, kan de rechter bij gebleken verhindering de zaak aanhouden (art. 402 lid 2 Sv) om op een later tijdstip in tegenwoordigheid van de verdachte behandeld te worden. Is echter de dagaanzegging gebrekkig, dan wordt door de rechter een nieuwe rechtsdag bepaald, waarvoor de verdachte wederom een aanzegging ontvangt. Niet verschijnen op een geldige dagaanzegging, die heel goed niet in persoon gedaan kan zijn, leidt tot vervallen verklaring van het verzet. Daarmee wordt het verstekvonnis onherroepelijk. Op het voorbehoud, dat art. 402 lid 1 Sv voor cassatieberoep van het openbaar ministerie maakt komen we zo dadelijk terug. De enige wat

<sup>29</sup> Melai-Krabbe aant. 5 bij art. 399 Sv.

<sup>30</sup> In art. 399 Sv ontbreekt een toevoeging zoals in art. 404, laatste zin, Sv.

de verdachte nog kan doen is cassatie instellen tegen de vervallen verklaring van het verzet. Dat vervult dan de functie van herstelbaarheid als de verdachte ten onrechte verstoken is van zijn verzetbehandeling. De Hoge Raad kan zo bewaken dat de verdachte ten minste één keer toegang tot een rechter geboden is voordat het vonnis onherroepelijk wordt. Het is tegelijk in veel gevallen de enige mogelijkheid.

In zaken waarin verzet open staat is in de regel geen cassatie mogelijk. Niet alleen is de drempel voor cassatie hoger dan voor hoger beroep – € 250 (art. 427 lid 2 Sv) – cassatie tegen rechtbankvonnissen is überhaupt niet mogelijk (art. 404 lid 4 Sv).<sup>31</sup> Dat betekent, dat ook het openbaar ministerie niet in cassatie kan gaan tegen een verstekvonnis waartegen verzet open stond. Het voorbehoud van art. 402 lid 1 Sv is dan ook ten onrechte in de wet blijven staan. Ook wanneer het verzet wel tot een behandeling van de zaak leidt staat daarna alleen een rechtsmiddel open als het vonnis wordt verzwaaard tot boven de appeldrempel. Anders staat noch hoger beroep noch cassatie open. Dat is hoogstwaarschijnlijk de normale gang van zaken, aangezien de inbreng van de verdachte in de zaak zelden tot strafverhoging zal leiden. Bovendien spelen richtlijnen voor veel overtredingen een belangrijke rol.

De behandeling en beslissing van het verzet geldt als een normale behandeling van de zaak alsof de verstekbehandeling niet heeft plaatsgevonden; art. 403 lid 1 Sv. Op het onderzoek ter terechtzitting moet de zaak weer in volle omvang behandeld worden. Het verstekvonnis moet echter niet genegeerd worden. Wanneer de rechter na de behandeling geen behoefte heeft om daarvan af te wijken kan hij het verstekvonnis bekrachtigen. Bij geheel of gedeeltelijk andere uitkomsten gaat hij over tot partiële of gehele vernietiging en doet opnieuw recht. De nieuwe beslissing, of het nu een bekrachtiging of een nieuwe beoordeling is, vormt processueel altijd een vooruitgang, omdat het tot stand gekomen is met inachtneming van het aanwezigheidsrecht van de verdachte en daaraan gekoppeld de andere verdedigingsrechten voor de zitting. In die zin vertonen ze een opmerkelijk contrast met de uitspraken die na twee maal verstek, in eerste aanleg en in appel, gewezen worden.

31 De uitzondering voor overtredingen van verordeningen van lagere overheden laten we hier buiten beschouwing. Die wordt genoemd in art. 404 lid 4 en 427 lid 3 Sv.



### **3 Verdragsrechtelijke aspecten**

De aanwezigheid van een hogere voorziening in strafzaken wordt verdragsrechtelijk weliswaar tot een minimum waarborg voor een behoorlijke strafrechtspleging gerekend, maar de voor Nederland bindende verdragsteksten of de daarop gebaseerde jurisprudentie geven in eerste instantie weinig houvast voor de nadere invulling van een stelsel van hogere voorzieningen. Twee verdragen achten we in het bijzonder relevant. Het IVBPR bevat in art. 14 lid 5 een uitdrukkelijke waarborg van een hogere voorziening, terwijl onder de fairness van art. 6 lid 1 EVRM aspecten van rechtsmiddelen zijn gerubriceerd. De Europese variant van art. 14 lid 5 IVBPR wordt in het Tweede Protocol bij het EVRM geformuleerd. Net als andere staten heeft Nederland dat protocol echter nog niet geratificeerd. In art. 7 van het Tweede Protocol bij het EVRM wordt het recht op 'review by a higher tribunal' erkend, zij het dat in lid 2 uitdrukkelijk uitzonderingen worden genoemd, zoals de 'minor offences'.<sup>32</sup> Hoewel het recht op een correctiemogelijkheid dus wel erkend is, kan men niet zeggen dat het bestaande stelsel van hoger beroep en cassatie voortvloeit uit internationale verplichtingen. Wel zijn er enkele indicaties over de vereisten van een stelsel van hogere voorzieningen, die we hier zullen bespreken. Over de aard van de hogere voorziening treffen we in recente beslissingen van het VN Comité voor de mensenrechten, waarin art. 14 lid 5 IVBPR wordt geïnterpreteerd, wel een indicatie aan. Verder noemen we rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, waarin uitsluitingen en beperkingen op het aanwenden van rechtsmiddelen aan de orde komen. De rechtspraak van dat Hof, die relevant is voor de verhouding tussen eerste aanleg en hoger beroep, komt in het deelrapport gewijd aan hoger beroep aan de orde.

Voor de uitleg van art. 14 lid 5 IVBPR kijken we dus naar de jurisprudentie van het VN Mensenrechtencomité. Het Comité geeft weliswaar aan dat de nationale wetgeving de vorm mag bepalen van een hogere voorziening als gegarandeerd door art. 14 lid 5 IVBPR, maar die vormgeving mag niet zodanig zijn dat een effectief rechtsmiddel ontbreekt in het geval dat de

32 Zie H.G.M. Krabbe, 'De artikelen 2 en 4 van het Zevende Protocol', in: A.E. Hartevelde e.a., *Het EVRM en het Nederlandse strafprocesrecht*, 2e druk, Groningen, Wolters Noordhoff 1996, p. 182-188; J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken*, Arnhem, Gouda Quint 1989, p. 138-147, laat zien dat deze beperking ook onder het IVBPR vermoedelijk wel houdbaar zal zijn.

betrokkene tot straffen met een zekere zwaarte wordt veroordeeld.<sup>33</sup> Over de aard en de omvang van de toetsing heeft het comité zich uitgelaten in de ook in Nederland niet onopgemerkt gebleven zaken *Domukovsky c.s.* en *Vasquez*.<sup>34</sup> In deze zaken waren de klagers veroordeeld tot gevangenisstraffen en enkele zelfs tot de doodstraf. De enige mogelijkheid om dit vonnis aan te vechten was in beide zaken een vorm van cassatie, beperkt tot rechtsvragen. Het Comité oordeelt in beide gevallen, dat het recht op 'review' uit art. 14 lid 5 IVBPR met zich meebrengt dat er een mogelijkheid moet zijn voor volledige toetsing en herziening. Een beperking tot formele en rechtspunten heeft hier tot gevolg dat het rechtsmiddel niet datgene waarborgt waarop de onderhavige verdragsbepaling doelt. Als er maar één hogere voorziening wordt geboden, zo lijken we deze jurisprudentie te moeten begrijpen, dan moet dat een heroverweging in volle omvang zijn, dat wil zeggen dat de feitelijke oordelen van de eerste aanleg, het schuldoordeel en de strafmaat, eveneens aangevochten moeten kunnen worden.

Over de gevolgtrekkingen van deze uitleg voor ons stelsel zal het laatste woord nog niet gesproken zijn. In fiscale boetezaken lijkt het in een tweede feitelijke instantie uit te monden.<sup>35</sup> Het is de vraag of dat inderdaad een dwingend gevolg is. In diverse landen resulteert de hogere voorziening bij de zwaarste delicten (die veelal met lekenparticipatie berecht worden) in een afgeslankte toetsing. Art. 2 van het Zevende Protocol bij het EVRM maakt in lid 2 dan ook uitdrukkelijk een uitzondering voor deze gevallen. Onder dit regime zou de Spaanse regeling (zie *Vasquez*) zeker standhouden. Verder moet worden aangetekend, dat het ontbreken van een uitzonderingsbepaling in art. 14 IVBPR niet zonder meer alle uitzonderingen uitsluit. Voor geringe zaken wordt weliswaar niet expliciet een uitzondering gemaakt, maar aangenomen wordt dat dit wel de bedoeling is.<sup>36</sup> Als dan het recht op een hogere voorziening niet onvoorwaardelijk geldt, kan uit de rechtspraak van het Comité ook nog geen dwingende vormgeving van de hogere instantie voor alle categorieën zaken worden afgeleid. Dat er voor verschillende feiten verschillende voorzieningen zijn wordt door het Comité in *Vasquez* in het voorbijgaan geaccepteerd als niet onverenigbaar met het discriminatieverbod.

33 Zie *Salgar de Montejó v Colombia*, No. R 15/64 (18-12-79) en *Rapheal Henry v Jamaica*, No. 230/1987 (19-11-91). In beide gevallen ging het om vrijheidsstraffen van substantiële omvang.

34 Zie *Domukovsky e.a. v Georgië*, No. 263/1995 (06-04-98), *FED* 1999, 336, en *Gómez Vasquez v Spanje*, No. 701/1996 (20-07-2000), *FED* 200, 683.

35 Zie de voetnoot van Feteris onder *Vasquez* in *FED*.

36 *De Hullu* 1989, p. 138-147; *Kamerstukken II*, 1997-1998, 26 027, nr. 3, p. 4.

Van het EVRM willen we in deze paragraaf een paar aspecten naar voren halen, die voor de in dit deelrapport behandelde vragen van belang zijn.<sup>37</sup> We besteden aandacht aan actuele rechtspraak inzake de eventuele beperkingen van de toegang tot de (hogere) rechter door op de uitspraak in de zaak *Kreuz* in te gaan. Vervolgens komt in de zaak *Eliazer* de toetsing van één specifieke beperking aan de orde, de uitsluiting van cassatieberoep tegen verstekvonnissen in art. 10 lid 2 Cassatieregeling Nederlandse Antillen. Aldus aangeland bij de verstekberechting halen we tenslotte de *Collozadoc*trine nog even weer op uit de herinnering.

In de zaak *Kreuz v. Polen* heeft het EHRM zijn rechtspraak over de eventuele beperkingen van de toegang tot een (hogere) rechter samengevat en herbevestigd.<sup>38</sup> De klager had bezwaar gemaakt tegen het feit, dat de behandeling van zijn beroep (in een civiele zaak) afhankelijk gemaakt werd van de betaling van een enorm hoog griffierecht. In zijn algemene overwegingen benadrukt het Hof, dat beperkingen van de toegang tot de rechter, een in art. 6 lid 1 EVRM besloten waarborg, slechts dan verenigbaar zijn met het verdrag wanneer daarmee een gerechtvaardigd doel nagestreefd wordt en er bovendien een proportionele verhouding bestaat tussen dat doel en de gehanteerde middelen. In dat kader heeft het Hof ook bepaalde voorwaarden geaccepteerd, die aan het instellen van een beroep tegen een vonnis gesteld werden. Daarbij refereert het Hof aan aanvaarding van financiële voorwaarden alsmede van een voorafgaande verloftoetsing.

‘However, in all those cases the Court has satisfied itself that the limitations applied did not restrict or reduce the access afforded to the applicant in such a way or to such an extent that the very essence of that right was impaired.’<sup>39</sup>

Toepassing van deze algemene principes op de zaak zelf resulteert in een toewijzing van de klacht. Het griffiegeld was excessief en berekend op basis van gegevens die voor de zaak slechts zijdeling van belang waren of niet meer dan hypothetisch waren. Op grond van deze punten en de in de ogen van het Hof rigide benadering van de Poolse gerechtelijke autoriteiten komt het Hof tot de conclusie, dat het juiste evenwicht tussen alle belangen hier niet aanwezig was.

37 Zie uitgebreider Rick Lawson, ‘Rechtsmiddelen in en om Straatsburg’, *AAe* 50(2001)11, p. 875-881.

38 *Kreuz v Poland*, EHRM 19-06-2001 no. 28249/95, besproken door Lawson *a.w.* p. 876. Eerdere rechtspraak wordt aangehaald in *Kamerstukken II*, 1997-1998, 26027, nr. 3, p. 4-5.

39 *Kreuz*, slot van par. 54.

Art. 10 lid 2 van de Cassatieregeling Nederlandse Antillen, ook toepasselijk op Aruba, sluit in een bijzonder geval beroep op de hogere rechter uit. Wanneer de zaak door het Gemeenschappelijk Hof van Justitie in hoger beroep bij verstek is berecht, kan de verdachte geen cassatie instellen. Hij zal eerst verzet moeten doen en bij de behandeling van dat verzet verschijnen voordat de cassatieweg open staat. Het EHRM komt tot een toetsing van deze beperking in de uitspraak op de klacht van *Eliazer*.<sup>40</sup> Het recht op toegang tot de rechter, zo roept het Hof in herinnering, is niet absoluut en mag met name voor de hogere rechter aan beperkingen worden onderworpen, mits niet disproportioneel en met een gerechtvaardigd doel. Bijzondere vereisten voor juist een cassatieberoep kunnen in dat kader verenigbaar zijn met art. 6 EVRM. De verdragspartijen zijn niet verplicht tot het instellen van cassatiehoven, maar als zij daartoe zijn overgegaan moeten de waarborgen van art. 6 EVRM beschikbaar zijn. Vervolgens toetst het Hof de beperking van het cassatieberoep in dit concrete geval met inachtneming van zijn rechtspraak inzake verstekberechtting, waarin het ontmoedigen van verstek in het algemeen acceptabel bevonden was. In de bijzondere omstandigheden van het geval vindt het Hof dan geen aanleiding om tot een schending van art. 6 EVRM te concluderen. De raadsman van de verdachte had bij de verstekbehandeling het woord gevoerd en na het verzet had alsnog de mogelijkheid van cassatie gebruikt kunnen worden. Het enkele risico om gearresteerd te worden woog niet zwaar genoeg om het belang van de regeling (ontmoedigen van verstek) te overstemmen. De niet-ontvankelijkheid van het cassatieberoep kan derhalve niet als disproportionele beperking van het recht op toegang tot de rechter beschouwd worden.

In de rechtspraak van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in verband met verstekberechtting is de uitwerking van de eisen voor de behandeling van de zaak (*Lala*) een belangrijke lijn, die elders voldoende is belicht.<sup>41</sup> Voor de vraag welke consequenties art. 6 EVRM heeft voor de correctiemogelijkheden van een verstekvonnis is de lijn, die in de *Colozza*-uitspraak<sup>42</sup> is uitgezet nog steeds van kracht.<sup>43</sup> Redenerend vanuit het aanwezigheidsrecht zoekt het Hof de balans met gerechtvaardigde belangen van de rechtspleging om berechting bij verstek te laten doorgaan. De eisen die een bij verstek veroordeelde verdachte moet vervullen om alsnog een nieuwe behandeling van zijn zaak in tegenwoordigheid uit te lokken, moeten derhal-

40 *Eliazer v. The Netherlands*, EHRM 16-10-2001 no. 38055/97.

41 Zie onder meer H.M.E. Laméris-Tebbenhoff Rijnenberg, *Dagvaarding en berechting in aanwezigheid*, Amsterdam, Thesis Publishers 1998, hoofdstuk 2.

42 EHRM 12-02-85 NJ 1986, 685.

43 Recent in *Krombach v. France*, EHRM 13-02-01 no. 29731/96.

ve binnen de grenzen van het redelijke blijven. Hij heeft immers het recht op een *fresh determination*. Dat betekent dat in de aanleg die hem daarna geboden wordt de *merits*, dat wil zeggen de belangrijke aspecten van zijn zaak opnieuw beoordeeld worden nadat de verdachte zijn mening daarover heeft kunnen geven met gebruikmaking van zijn rechten. De Italiaanse bewijslast voor de verdachte (dat hij niet voor berechting op de vlucht was of dat hij door overmacht afwezig geweest was) vond het Hof te zwaar. Hetzelfde judicium trof de Franse eis om zich voorafgaand aan het bezwaar of beroep vrijwillig te melden voor onderwerping aan voorarrest (Krombach).

## **4 Rechtsvergelijking<sup>44</sup>**

### *4.1 Duitsland*

#### 4.1.1 Rechtsmiddelen tegen vonnissen

##### 4.1.1.1 Inleiding

Het Duitse stelsel, dat in eigen land met grote tevredenheid wordt toegepast,<sup>45</sup> kent een tweetal soorten gewone rechtsmiddelen: het bezwaar (Beschwerde c.q. Antrag) en het beroep (weer onderverdeeld in Berufung en Revision). Aangezien het bezwaar vooral van belang is voor de beslissingen in het vooronderzoek zullen we dat hier nauwelijks behandelen en de aandacht met name richten op Berufung en Revision, de rechtsmiddelen waarmee vonnissen kunnen worden aangevochten. Deze zijn, zoals hierna zal blijken, in belangrijke mate vergelijkbaar met ons duo hoger beroep en cassatie. Voor het (lees)gemak zal ik hierna Berufung met hoger beroep aanduiden en Revision met cassatie. Onderscheiden van de strafvorderlijke kolom van instanties kent Duitsland de mogelijkheid van een beroep op een constitutioneel hof, het Bundesverfassungsgericht, om een grondrechtenschending vervat in – onder meer – een rechterlijke beslissing aan de kaak te stellen.

44 Noot van de redactie: Het verslag van de vergelijking met het administratieve procesrecht zou hier ook opgenomen worden, maar blijft ten gevolge van ziekteverlof van de onderzoeker achterwege. We verwijzen naar M. Schreuder-Vlasblom, *De Awb; het bestuursprocesrecht*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 2001, hoofdstuk 6, en het losbladige *Bestuursprocesrecht*, Lelystad, Koninklijke Vermande 2000, hoofdstuk 7 (aanvulling 5, sept. 2000).

45 Recent hebben onze oosterburen een groot onderzoek naar hun rechtsmiddelenstelsel gepubliceerd: M. Becker-J. Kinzig (Hrsg.), *Rechtsmittel im Strafrecht*, Freiburg, Max Planck Institut 2000; zie Scholten *a.w.* p. 277.

Voor gebruik van deze mogelijkheid is wel vereist dat de wettelijke mogelijkheden om de beslissing aan te vechten zijn uitgeput. We komen aan het slot van dit hoofdstuk op deze bijzonderheid terug. Voorafgaand komen na hoger beroep en cassatie enkele onderwerpen aan de orde, die in verband met het stelsel van rechtsmiddelen van belang zijn. Bijvoorbeeld wordt met het oog op de beroepsmogelijkheden in het derde spoor aandacht besteed aan het aanvechten van een Strafbefehl en een Bussgeldbescheid op grond van de Ordnungswidrigkeitengesetz. Ook komt de kostenveroordeling in verband met het aanwenden van een rechtsmiddel aan de orde.

In de beschikbaarheid van de verschillende rechtsmiddelen zien we een afspiegeling van de verschillen in berechting in eerste instantie. In Duitsland bestaan er diverse gerechten in eerste aanleg. Het Amtsgericht (in twee varianten) en het Landgericht zijn normaliter competent om strafzaken in eerste aanleg af te doen. In uitzonderingsgevallen van staatsgevaarlijke delicten is het Oberlandesgericht bevoegd. Wat de distributie van gewone zaken betreft is de straftoemeteringruimte van de diverse gerechten bepalend. Wanneer een straf tot twee jaren gevangenisstraf te verwachten is gaat de zaak naar de enkelvoudige kamer van het Amtsgericht, de Strafrichter, en bij zaken met een verwachting tot maximaal vier jaren is de meervoudige kamer bevoegd, bestaande uit één professionele rechter en twee lekenrechters, de zgn. Schöffen.<sup>46</sup> Wanneer meer dan vier jaar vrijheidsstraf te verwachten is, het te berechten feit voorkomt op een speciale lijst (voor het zgn. Schwurgericht, m.n. levensdelicten) of wanneer de zaak van bijzonder betekenis is, wordt deze aangebracht bij het Landgericht om te worden berecht door een Strafkammer, gevormd door drie beroepsrechters en twee lekenrechters.<sup>47</sup>

Het hoger beroep bij het Landgericht staat alleen open tegen vonnissen van het Amtsgericht. Tegen de vonnissen van het Landgericht en het Oberlandesgericht is alleen cassatie mogelijk. Het cassatieberoep van een vonnis van het Landgericht wordt behandeld door het Oberlandesgericht. Het Bundesgerichtshof ontvangt de cassatieberoepen tegen vonnissen van het Oberlandesgericht (en de straks te noemen verwijzingen van cassatiezaken van een Oberlandesgericht in verband met de rechtseenheid). Deze distributie van rechtsmiddelen heeft als consequentie, dat de zaken van het grootste

46 Bij omvangrijke zaken kan een tweede beroepsrechter participeren en wordt een zgn. Erweitertes Schöffengericht gevormd; Bernhard Kramer, 'Grundbegriffe des Strafverfahrensrechts', *Ermittlung und Verfahren*. 4. Aufl., Stuttgart, Berlin, Köln, W. Kohlhammer, 1999, p. 90.

47 Kramer *a.w.*, p. 91. Als de omvang of de aard van de zaak het toelaat kan met twee beroepsrechters worden volstaan, maar weer niet voor feiten, die op de genoemde lijst voorkomen, de Schwurgerichtdelikte.

gewicht slechts één feitelijke instantie doorlopen, terwijl voor de zaken met een gewoon of licht kaliber een tweede volledige instantie open staat. Het is een beeld dat we in meer landen tegenkomen. In Duitsland wordt ter onderbouwing van deze stand van zaken aangevoerd, dat een tweede volledige instantie op zijn plaats is omdat in het Amtsgericht grote hoeveelheden zaken in relatief korte tijd moeten worden afgedaan. Een toetsing in volle omvang van de vonnissen is dan wel op zijn plaats.<sup>48</sup> Daartoe is kennelijk minder aanleiding voor vonnissen van het Landgericht omdat de kans op fouten daar minder groot is. Bovendien wordt in de literatuur ook gewezen op de argumenten tegen een verlenging van het feitelijk onderzoek door middel van hoger beroep. De kwaliteit van het bewijs neemt af door tijdsverloop, het duurt langer voordat er een onherroepelijke uitspraak in de zaak is en dergelijke. Men moet een tweede feitelijke instantie dus alleen openstellen als er zwaarwegende redenen voor zijn.<sup>49</sup>

#### 4.1.1.2 Hoger beroep

De behandeling en beslissing van het hoger beroep geschiedt steeds door de zgn. ‘kleine Strafkammer’ van het Landgericht, een meervoudige kamer samengesteld uit een (of twee) beroepsrechters en twee Schöffen. Wanneer in deze zaken, die dus in eerste aanleg bij het Amtsgericht waren aangebracht, cassatie wordt ingesteld is het Oberlandesgericht bevoegd om met zijn strafafdeling, de door drie beroepsrechters gevormde Strafsenat, als cassatierechter op te treden. Voor zaken die in eerste aanleg bij het Landgericht of het Oberlandesgericht gediend hebben is alleen cassatie mogelijk. Dat beroep wordt behandeld en beslist door de Strafsenat van het Bundesgerichtshof, bestaande uit vijf leden van het Hof.<sup>50</sup>

Wanneer we nu preciezer gaan kijken naar de beschikbaarheid en de gevolgen van het rechtsmiddel hoger beroep, moet ten eerste opgemerkt worden dat beide partijen, de verdachte en de Staatsanwaltschaft, hoger beroep kunnen instellen; § 296 StPO. Abs. 2 van die paragraaf bepaalt daarbij uitdrukkelijk dat de Staatsanwaltschaft ook een rechtsmiddel kan aanwenden in het belang van de verdachte. Als staatsorgaan heeft zij een ambtelijke verplichting om te waken voor de juiste toepassing van het recht. Dat kan het

48 Kramer *a.w.*, p. 285.

49 Zie W. Gollwitzer in Peter Riess (red.), Löwe-Rosenberg Strafprozessordnung etc. Grotskommentar, par. 296 - 332 StPO, 24. Aufl., Berlin, New York, De Gruyter, 1988, vor par. 296 Rdn 3, p. 3, en par. 312 Rdn 1, p. 156.

50 Zie voor een schema Kramer *a.w.*, p. 89.

belang van de verdachte in enge zin zelfs overstijgen, aangezien dit rechtsmiddel ook toelaatbaar is tegen de wil van de verdachte.<sup>51</sup> Het belang van de verdachte in ruime zin moet wel voor ogen staan bij de aanwending van het rechtsmiddel in zijn belang. De beweerde schending van het recht moet dus wel bezwaarlijk voor de verdachte zijn. De onderhavige bevoegdheid wordt gezien als uitvloeisel van de, uit het Franse recht overgenomen taak om op de rechtstoepassing door de gerechten toe te zien.<sup>52</sup> In de literatuur wordt overigens vermeld, dat deze bevoegdheid niet of nauwelijks gebruikt wordt.<sup>53</sup>

In Duitsland geldt ook het adagium: *point d'interet point d'action*. Met het aanwenden van een rechtsmiddel kan de verdachte alleen rechtens gerespecteerde belangen nastreven. Dat heeft tot gevolg, dat hij tegen een vrijpraak (*Freispruch*) geen beroep kan instellen, ook niet als de motivering ondeugdelijk is of als 'Schuldunfähigkeit' als grond voor de vrijpraak gegeven is.<sup>54</sup> Voor de Staatsanwaltschaft wordt dit vereiste van een rechtens respectabel belang aangepast aan de bijzondere plaats van dit orgaan in de strafrechtpleging. Daarom wordt dat belang niet steeds bepaald door het standpunt in eerste aanleg. Een hernieuwde afweging van het algemeen belang na de eerste aanleg kan namelijk ten grondslag liggen aan het instellen van een rechtsmiddel door de Staatsanwalt.

Voor de verdachte en de Staatsanwaltschaft geldt bij bepaalde boetebedragen wel een bijzondere drempel voor het instellen van hoger beroep, namelijk de 'Annahme der Berufung' op grond van § 313 StPO. Deze bijzonderheid is in 1993 ingevoerd om het aantal ongefundeerde appellaten terug te dringen. Wanneer aan de verdachte geen boete van meer dan 15 dagen is opgelegd, moet hij eerst een soort verlovstation passeren. Datzelfde geldt bij beroep tegen een vrijpraak voor de Staatsanwaltschaft die ter zitting een boete van niet meer dan dertig dagen heeft gevorderd. Voordat in zo'n zaak een beroep in behandeling wordt genomen, vindt vooraf een beoordeling van de toelaatbaarheid plaats. Deze beslissing wordt door het appelgerecht genomen met gebruikmaking van alle stukken van het geding. De beslissing is niet met een gewoon rechtsmiddel aanvechtbaar; § 322a StPO. Het criterium is of het beroep wel of niet kennelijk ongegrond is, 'offensichtlich unbegründet'. Kennelijk ongegrond is een beroep wanneer voor

51 Gollwitzer *a.w.*, par. 296 Rdn 30, p. 25.

52 Kramer *a.w.*, p. 77; Gollwitzer *a.w.*, par. 296 Rdn 13, p. 19; Kleinknecht/Meyer-Gossner *a.w.*, p. 996.

53 Dahs *a.w.*, p. 534, noemt het een 'verkümmertes Mauerblümchen'.

54 Gollwitzer *a.w.*, par. 296 Rdn 12, p. 19; Dahs *a.w.*, p. 523; Kleinknecht/Meyer-Gossner *a.w.*, p. 991.



ieder die de stukken kent zonder diepgaand onderzoek duidelijk is, dat het vonnis feitelijk niet aanvechtbaar is en tijdens het onderzoek geen verzuimen zijn voorgevallen die grond voor cassatie zouden opleveren. Teneinde deze toetsing mogelijk te maken moet de appellant dus in deze gevallen zijn beroep toelichten, terwijl er in het algemeen geen verplichting tot het indienen van beroepsgronden is; slechts een mogelijkheid, § 317 StPO.<sup>55</sup> Een conclusie uit dit verlofsysteem is, dat in deze zaken een puur strafmaatappel niet mogelijk is.

Nadat nu is vastgesteld wanneer en onder welke voorwaarden of beperkingen hoger beroep mogelijk is, komen we nu toe aan de gevolgen van het instellen van hoger beroep. Ten eerste geldt dat de uitspraak niet in kracht van gewijsde gaat en dus niet ten uitvoer gelegd kan worden. Dit wordt het ‘Suspensiveffekt’ genoemd.<sup>56</sup> Ten tweede brengt het beroep de zaak in volle omvang binnen het bereik van het appelgerecht, dat op grond van zijn eigen onderzoek van de feiten en het recht opnieuw in de zaak moet voorzien. Op dit zgn. ‘Devolutiveffekt’ zijn enkele uitzonderingen c.q. beperkingen te vermelden.

Wanneer de appellant zijn beroep expliciet heeft beperkt blijktens een daartoe afgelegde verklaring, zijn de buiten het beroep gelaten onderdelen van het vonnis voor de appelrechter onbereikbaar en worden ze onherroepelijk. Deze verklaring over de omvang van het beroep kan bij het instellen, in de aanloop naar de appelzitting of bij de aanvang van de behandeling worden afgelegd. Na aanvang is voor de beperking van het appel de instemming van de wederpartij noodzakelijk.<sup>57</sup> Wanneer zo’n wilsuiking van de appellant niet voorhanden is geldt het beroep als onbeperkt ingesteld, aldus § 318 StPO. Gangbare beperkingen zijn bijvoorbeeld: bepaalde feiten uit de meervoudige tenlastelegging c.q. veroordeling zijn weggelaten; het beroep is tot de strafmaat beperkt. Het appelgerecht kan echter een beperking naast zich neerleggen wanneer het aangevochten deel van de beslissing zo sterk met andere delen samenhangt, dat een gescheiden toetsing niet mogelijk is. De interne logica van het vonnis maakt het met name onmogelijk om uitsluitend het bewijsoordeel aan te vechten. Dat deel is immers het fundament voor de bepaling van alle rechtsgevolgen. Een beroep daartegen omvat dus automatisch het hele vonnis.<sup>58</sup> Verder is er rechtspraak waarin de hogere rechter een

55 Zie over de Annahme Dahs *a.w.*, p. 542; Kramer *a.w.*, p. 285.

56 Gollwitzer *a.w.*, vor par. 296 Rdn 21, p. 8.

57 Toepassing van par. 303 StPO; zie Gollwitzer *a.w.*, par. 303 Rdn 4, p. 64.

58 Zie Kramer *a.w.*, p. 286; Gollwitzer *a.w.*, par. 318 Rdn 1-110, p. 176-211; Dahs *a.w.*, p. 544-545.

bepanking tot de rechtsgevolgen kan doorbreken, wanneer hij van oordeel is dat de feitelijke vaststellingen van de vorige instantie fundamenteel gebrek-  
kig zijn.<sup>59</sup> Dat moet echter wel als een uitzondering gezien worden op de  
regel dat beperkingen in het beroep de ruimte voor de beroepsrechter bepa-  
len.

Het rechtsmiddel hoger beroep brengt de zaak pas binnen het bereik van  
de appelrechter, wanneer dat rechtsmiddel tijdig is ingesteld. Daarover be-  
slist in Duitsland niet de appelrechter, maar de *iudex a quo*. § 319 StPO  
brengt (uitsluitend!) dit deel van de ontvankelijkheidsvraag onder bij de  
rechter die over de zaak heeft beslist. Het doel van deze voorziening is de  
appelgerechten te ontlasten en de afloop van de zaak te bespoedigen. Het  
Amtsgericht beoordeelt deze kwestie in raadkamer en geeft een beslissing  
waartegen de appellant binnen een week bezwaar kan indienen bij het appel-  
gerecht. De tenuitvoerlegging kan echter wel doorgaan. Dat hogere gerecht  
is geenszins gebonden aan het oordeel van de eerste instantie, noch in zaken  
die na een bezwaar tegen een niet-ontvankelijkverklaring zijn voorgelegd,  
noch in zaken waar de rechter van de eerste aanleg tot tijdigheid had gecon-  
cludeerd en de zaak meteen had doorgestuurd. Het appelgerecht beoordeelt  
altijd ambtshalve de ontvankelijkheid in volle omvang, ook die voorwaarden  
die van de toepassing van § 319 StPO zijn uitgesloten.<sup>60</sup>

Een derde beperking van de taak van de appelrechter om naar eigen be-  
vind van zaken een nieuwe uitspraak te doen ligt in het ‘Verschlechterungs-  
verbot’ van § 331 StPO. Wanneer alleen de verdachte in appel is gegaan<sup>61</sup>  
geldt het verbod van *reformatio in peius*. Dit verbod heeft blijkens de be-  
woordingen van de wet betrekking op de rechtsgevolgen van de beslissing.  
Die mogen qua aard en hoogte niet ten nadele van de verdachte veranderd  
worden. Deze beperking tot de rechtsgevolgen werkt in de praktijk zo uit,  
dat de straf niet verzwaaard mag worden. Een ruimere bewezenverklaring of  
een kwalificatie voor een ernstiger feit is echter wel toelaatbaar. De bedoe-  
ling van deze voorziening moge duidelijk zijn – de vrees voor verzwaring  
mag niet afhouden van een op zichzelf gerechtvaardigd appel – maar is zo-

59 K.H. Gössel in Peter Riess (red.) Löwe-Rosenberg Strafprozessordnung etc. Grosskom-  
mentar, par. 407 - 448 StPO, 25. Aufl., Berlin; New York, De Gruyter, 2000, par. 410 Rdn  
14, p. 100-101.

60 Bijvoorbeeld: het hoger beroep van de verdachte tegen een vrijspraak kan door het Amts-  
gericht niet tegengehouden worden, zolang het maar tijdig is ingesteld. Zie Gollwitzer  
*a.w.*, par. 319 Rdn 4-5, p. 212-213.

61 Dit geldt ook voor de zelden voorkomende toepassing van par. 296 Abs. 2 StPO: hoger  
beroep door de Staatsanwaltschaft in het belang van de verdachte.

doende wel contrair aan de bedoeling van het Annahme-vereiste.<sup>62</sup> Hoe de rechter de zwaarte van de verschillende strafsoorten moet wegen wordt bepaald door de wettelijke volgorde van strafsoorten (vgl ons art. 9 Sr) en niet door de subjectieve beleving van de veroordeelde. Verder biedt binnen één strafsoort de uitdrukking in eenheden natuurlijk voldoende houvast. Tenslotte, van dit verbod is het opleggen van een plaatsing in een psychiatrisch ziekenhuis of een jeugdinstelling blijkens Abs. 2 van § 331 StPO uitdrukkelijk uitgezonderd.

Het hoger beroep is in het Duitse stelsel een tweede volledige instantie. Met ‘volledig’ wordt gelet op het bovenstaande bedoeld dat én de feitelijke én de rechtsoordelen van de rechter in eerste aanleg aan de appelrechter kunnen worden voorgelegd. Wat de behandeling van het appel betreft geldt dat deze verloopt als de eerste aanleg, behoudens enkele bijzonderheden. Eén van de meest opvallende bijzonderheden is wel, dat de behandeling geen voortgang krijgt als de verdachte, hoewel correct opgeroepen, niet verschenen is en zich evenmin heeft laten vertegenwoordigen (voorzover wettelijk mogelijk).<sup>63</sup> § 329 StPO bepaalt dat het beroep van de verdachte in deze situatie zonder behandeling verworpen moet worden, tenzij de afwezigheid voldoende verontschuldigd is. Op het moment dat de niet geëxcuseerde afwezigheid blijkt heeft de appelrechter geen discretie, in die zin dat hij het gewicht van de zaak zelf zou mogen laten meewegen.<sup>64</sup> De schuldeloosheid kan tijdens de behandeling zelf al blijken, maar ook door de verdachte binnen een week na betekening van de uitspraak worden aangevoerd via een verzoek tot Wiedereinsetzung im vorigen Stand (zie verderop). Het oordeel over de verontschuldiging van de afwezigheid moet als een uitzondering begrepen worden, hetgeen betekent dat bij twijfel in het voordeel van de verdachte moet worden beslist. Het gaat er ook niet om of de verdachte zich voldoende geëxcuseerd heeft, maar of hij op grond van de omstandigheden voldoende verontschuldigd is.<sup>65</sup> Zo nee, dan wordt onmiddellijk de behandeling beëindigd. Wanneer echter de Staatsanwaltschaft naast de verdachte of alleen beroep heeft ingesteld wordt de zitting wel voortgezet met de behandeling van dat beroep buiten tegenwoordigheid van de verdachte.<sup>66</sup>

62 Kramer *a.w.*, p. 288.

63 Dit geldt niet voor een appelbehandeling na verwijzing door de cassatierechter; par. 329, Abs. 1, tweede zin, StPO.

64 Gollwitzer *a.w.*, par. 329 Rdn 60, p.277.

65 Kramer *a.w.*, p. 287.

66 Met onder meer als consequentie, dat bepaalde proceshandelingen waarvoor normaliter toestemming van de verdachte nodig is, nu zonder diens toestemming uitgevoerd kunnen worden; par. 329 Abs. 2 StPO.

Hoewel dus het beroep van de verdachte verworpen wordt, is niet uitgesloten dat bij de behandeling van het appel van de Staatsanwaltschaft de aanwezigheid van de verdachte ter terechtzitting in een later stadium toch wenselijk is. Men denke hierbij aan het geval van een strafverzwaring van zodanige aard, dat de rechter meer over de persoon van de verdachte te weten wil komen. Een aanhouding van de behandeling met oproeping (eventueel onder dwang) van de verdachte doet zijn appelrecht echter niet herleven.<sup>67</sup>

De bedoeling van dit samenstel van voorzieningen is de versnelling van de definitieve afhandeling. Wanneer de afwezigheid de behandeling zou verhinderen, zou dat tot vertraging leiden in elk geval voor de afhandeling van de appellen van de vervolging. Bovendien mag worden aangenomen dat een in gebreke blijvende appellant kennelijk geen belang heeft bij de behandeling van het appel en dus afstand doet van de gevolgen van het ingestelde rechtsmiddel.<sup>68</sup> Niettemin moet de wet hier eng uitgelegd worden, omdat er een inbreuk wordt gemaakt op fundamentele principes van de strafrechtpleging, zoals het recht op toegang tot de rechter en de rechterlijke plicht tot 'Sachaufklärung'. Op grond van deze beginselen mag tegen een afwezige verdachte in beginsel niet geprocedeerd worden.<sup>69</sup> Als het onvoldoende geexcuseerde verstek niet kan worden vastgesteld is de uitzondering van § 329 StPO niet aanwezig en wordt de zaak gewoon aangehouden om op een later tijdstip in tegenwoordigheid van de verdachte te worden voortgezet. Bij hervatting van zo'n zaak kan overigens § 329 StPO alsnog worden toegepast als van voortgezette, niet verontschuldigde afwezigheid blijkt.<sup>70</sup> Een eenmaal in tegenwoordigheid van de verdachte aangevangen behandeling van het hoger beroep maakt de toepassing van de hier besproken voorziening onmogelijk. Dus, wanneer de verdachte na een schorsing alsnog wegblijft kan de versnelde verwerping niet meer worden uitgesproken.

De behandeling van de feiten moet in hoger beroep in beginsel geheel opnieuw gedaan worden. Nieuw bewijs is ook onbeperkt toelaatbaar. Op het onmiddellijkheidsbeginsel, dat bij de behandeling in eerste aanleg een sterke

67 Gollwitzer *a.w.*, par. 329 Rdn. 83, p. 283.

68 Kleinknecht/Meyer-Gossner *a.w.*, p. 1054.

69 Gollwitzer *a.w.*, par. 329 Rdn. 1-2, p. 262-263. De wet biedt slechts mondjesmaat ruimte voor verstekberechting; par. 232 en 233 StPO, welke beperkingen dus vervallen als par. 329 StPO wordt toegepast; Gollwitzer *a.w.*, par. 329 Rdn. 82, p. 282.

70 Ook in het geval dat de appelrechter bij schorsing een bevel tot medebrenging ex par. 236 StPO heeft gegeven is dit van toepassing. Het bevel verhindert de toepassing van par. 329 StPO bij de hervatting niet; Gollwitzer *a.w.*, par. 329 Rdn. 51, p. 275-276. Hiermee wordt tevens duidelijk, dat de ontvankelijkheid voorafgaat aan de toepassing van par. 329 StPO. Bij niet-ontvankelijkheid zou er immers reeds bij de eerste zitting tot verwerping besloten kunnen worden. Aldus ook Gollwitzer *a.w.*, par. 329 Rdn. 63, p. 278.

werking heeft, zijn in hoger beroep uitzonderingen mogelijk. Met name het verhoor van getuigen en deskundigen, die in eerste aanleg reeds hun verklaring hebben afgelegd, kan in hoger beroep worden vervangen door het voorlezen van hun verklaring ter terechtzitting. Met toestemming van de verdediging en de Staatsanwaltschaft is dit steeds mogelijk. Voor toepassing van deze efficiënte aanpak zonder toestemming volgen uit § 325 StPO enkele beperkende voorwaarden. Met name kan deze weg niet bewandeld worden als de getuigen of deskundigen reeds opgeroepen zijn of als de verdediging een verzoek daartoe gedaan heeft.<sup>71</sup> Het appelgerecht behoudt de bevoegdheid om een getuige toch ter zitting een verklaring te laten afleggen, welke bevoegdheid onder meer gebruikt moet worden bij verklaringen van beslissende betekenis, wanneer de juistheid van de schriftelijke weergave in twijfel getrokken wordt of wanneer getuigen elkaar blijkbaar tegengesproken hebben. Kortom, wanneer er cruciale feitelijke afwegingen gemaakt moeten worden dient de appelrechter daarvoor de verklaringen onmiddellijk aan te horen.

De beslissing in hoger beroep wordt net als de behandeling geregeerd door de voorschriften die voor de eerste aanleg gelden, met een enkele aanvulling respectievelijk uitzondering. Eén daarvan, § 329 StPO, is reeds besproken. Hier komt alleen de algemene voorziening van § 328 StPO nog kort aan de orde. De appelrechter geeft alleen zijn eigen beslissing in de plaats van het vonnis in eerste aanleg voor zover het hoger beroep gegrond bevonden wordt, dat wil zeggen voor zover een ander oordeel wordt gevormd. Bij een gelijke uitkomst moet het beroep uitdrukkelijk verworpen worden. Het oordeel in hoger beroep moet dus uitdrukkelijk afgezet worden tegen de aangevoerde bezwaren. Voor zover er van verschillende kanten bezwaren gemaakt zijn, kan dat in één beslissing gebeuren, waarin dan het eigen oordeel van de rechter (voor zover afwijkend van de eerste aanleg) verbonden wordt met een gevolgtrekking voor de ingestelde beroepen. Wanneer de appelrechter zelf een oordeel geeft wordt het beroepen vonnis vernietigd, 'aufgehoben'. Zo wordt bereikt dat er geen twee tegenstrijdige uitspraken in een zaak blijven bestaan.

Tot de toepassing van § 328 StPO komt de appelrechter vanzelfsprekend alleen bij een ontvankelijk beroep. Een niet-ontvankelijkverklaring behoort dus ook tot de mogelijke uitspraken na de behandeling in hoger beroep. Veelal zal bij schending van de toepasselijke voorschriften al eerder tot niet-ontvankelijkheid besloten zijn. Op de voorafgaande beoordeling van de tijdigheid wees ik hierboven al. Daarnaast biedt § 322 StPO de mogelijkheid

71 Kramer *a.w.*, p. 287; Kleinknecht/Meyer-Gossner *a.w.*, p. 1046-1048.

om de niet-ontvankelijkheid voorafgaand aan de feitelijke behandeling aan te nemen in een aparte beschikking. Tegen dit oordeel kan de appellante zich door middel van bezwaar verzetten. Op die wijze kan het Oberlandesgericht nog correcties aanbrengen.

Sinds 1987 heeft de appelrechter nog maar weinig mogelijkheden om de zaak terug te sturen naar de eerste aanleg. Zelfs in geval van serieuze gebreken in de feitelijke behandeling laat de wet niet toe, dat de eerste aanleg wordt overgedaan. De appelrechter geeft zijn behandeling en beslissing in de zaak als vervanging van de eerste aanleg, ongeacht of die gebrekkig is op niet. De enige uitzondering daarop bevat Absatz 2 van § 328 StPO. Wanneer de rechter in eerste aanleg zich ten onrechte bevoegd heeft geacht om de zaak af te doen, moet na opheffing van het vonnis door de appelrechter teruggewezen worden naar de juiste instantie. De onbevoegdheid kan onder meer volgen uit de regels voor relatieve competentie. Wat de absolute competentie betreft volgt een terugwijzing alleen wanneer de rechter in eerste aanleg zijn straftoemetingsgrenzen heeft overschreden (zie boven). Voor de verdachte blijft in zo'n geval het 'Verschlechterungsverbot', mits van toepassing, voor de berechting na terugwijzing nog steeds van kracht.

#### 4.1.1.3 Revision

Het rechtsmiddel Revision (cassatie) is opengesteld tegen alle uitspraken, die niet zelf in cassatie gegeven zijn. Daarbij is een bijzonderheid van het Duitse recht, dat, anders dan bij ons, uitspraken waartegen hoger beroep open staat, niet uitgezonderd zijn. Het is dus mogelijk om met weglating van het hoger beroep meteen cassatie in te stellen, de zgn. Sprungrevision naar § 336 StPO, waarop we straks nog terug komen. Langs welke weg de zaak bij de cassatierechter komt doet er verder niet toe voor de aard van de toetsing. Revision is cassatie in dezelfde zin als in Nederland, dat wil zeggen beperkt tot een toetsing op verkeerde rechtstoepassing. Het oordeel over schuld of onschuld is aan de cassatierechter onttrokken.<sup>72</sup> Niettemin ontbreekt een categorische uitsluiting van cassatie tegen vrijspraken.

Hoewel in de literatuur de accenten verschillend gelegd worden, staat wel vast dat cassatie in Duitsland eveneens een tweeledige doelstelling heeft: rechtsbescherming in het individuele geval en bevordering van de rechtseenheid. Aangenomen wordt dat het ene niet over het andere mag domineren. Dat heeft met name voor cassatie ingesteld door de verdachte bepaalde gevolgen. Hij kan in cassatie alleen opkomen tegen schending van een rechts-

72 Kramer *a.w.*, p. 289.

norm welke (mede) ter bescherming van zijn belangen geschreven is. Hoezeer ook cassatieberoep wegens schending van een norm van andere aard tevens de rechtseenheid zou kunnen dienen, toch is het beroep niet toelaatbaar. Daarbij moet onmiddellijk toegevoegd worden, dat de Duitse cassatiegerechten niet over de bevoegdheid beschikken om alsnog door middel van ambtshalve toetsing de rechtseenheid na te streven. De hier beschreven relativiteitseis, de zgn. Rechtskreistheorie, levert derhalve een substantiële beperking van de mogelijkheden van de cassatierechter op. Deze beperking is ook van kracht bij beroep van de Staatsanwaltschaft in het belang van de verdachte; zoals gezegd een uitzonderingsgeval. Normaliter dient het cassatieberoep van de Staatsanwaltschaft juist wel principieel de rechtseenheid, gelet op de bijzondere taak van dit orgaan als hoedster van de wet.<sup>73</sup> Een beperking van de beroepsmogelijkheden met de eis dat een vervolgingsbelang gediend moet zijn is derhalve niet aan de orde.

Evenals bij hoger beroep is het ook bij cassatie aan de *iudex a quo* gelaten om de ontvankelijkheid van het ingestelde rechtsmiddel te beoordelen. Ruimer dan bij hoger beroep gaat het bij cassatie om alle formele ontvankelijkheidseisen. Daartoe worden gerekend de instellingstermijn (een week), de eis van schriftelijke aanwending, de werking van een eventuele afstand van beroep en de eis van een door een advocaat ondertekende schriftelijke onderbouwing van het beroep. Voor het laatstgenoemde schriftelijke stuk is overigens niet de termijn van een week toepasselijk. Na de ontvangst van het gemotiveerde vonnis heeft men een maand de tijd om dit stuk in te dienen; § 345 StPO. Toetsing aan al deze formaliteiten berust dus bij het gerecht wiens beslissing aangevochten wordt. De bedoeling hiervan is om de cassatiegerechten die beroepen te besparen, die niet eens aan de formele eisen voldoen.<sup>74</sup> De beslissing terzake van de ontvankelijkheid heeft de vorm van een beschikking en kan via gebruik van het rechtsmiddel bezwaar aan de hogere rechter, dat is de cassatierechter, worden voorgelegd.

De gronden voor cassatie zijn in het Duitse wetboek limitatief opgesomd. Daaruit moet de klager in cassatie een keuze maken voor de ondersteuning van zijn beroep. Op de inhoudelijke kant van de cassatiegronden<sup>75</sup> en de details terzake van het toetsingsbereik van de Duitse cassatierechter (beperkt tot de middelen; § 352 StPO) komen we later terug in een deelrapport, geheel gewijd aan cassatie. Hier worden met name nog enkele procedu-

73 Kramer *a.w.*, p. 290.

74 Kramer *a.w.*, p. 294.

75 Zie hierover P.J.P. Tak & J.W. Lensing, *Vormverzuimen*, Arnhem, Gouda Quint 1992, p. 7-35.

rele bijzonderheden vermeld. Bij de beoordeling van de gegrondheid van het cassatieberoep is van belang, dat de oordeelsvorming in twee stadia kan plaatsvinden. § 349 StPO somt namelijk een aantal mogelijkheden voor versnelde afdoening van het cassatieberoep op. Een eerste toetsing van de gegrondheid wordt daarbij genoemd. Wanneer de Staatsanwaltschaft van oordeel is dat het cassatieberoep kennelijk ongegrond is, kan het een gemotiveerde voordracht tot verwerping bij eenvoudige beschikking doen. Deze voordracht wordt de klager in cassatie meegedeeld. Daarop kan deze binnen veertien dagen schriftelijk een eigen standpunt kenbaar maken aan het gerecht. Wanneer het cassatiegerecht vervolgens unaniem van oordeel is, dat het standpunt van de Staatsanwaltschaft juist is, gaat het over tot verwerping door middel van eenvoudige beschikking en volgt geen behandeling van het beroep. Deze beschikkingsvorm betekent dat gemotiveerde verwerping van de bezwaren niet vereist is. Een korte verwijzing naar de toepasselijke rechtsregel of rechtspraak vindt wel plaats, maar veelal is in de voordracht van de Staatsanwaltschaft al een onderbouwing te vinden. Overigens is het niet toegestaan om met behulp van § 349 StPO in het cassatieberoep van één persoon te schiften tussen de middelen die wel en die niet de moeite waard zijn.<sup>76</sup> Wel is het mogelijk dat in dezelfde zaak het beroep van de ene partij verkort wordt afgedaan, terwijl dat van de andere wel tot een normale behandeling en beslissing aanleiding geeft.

Versnelde afdoening van het cassatieberoep is ook mogelijk, wanneer de formaliteiten naar het oordeel van het cassatiegerecht niet in acht genomen zijn. Daarbij moet men denken aan de vormen voor het instellen van het beroep alsmede voor de indienen van cassatiemiddelen. In wezen is deze variant een correctie van de vorige rechter, aangezien die een eerste oordeel over de ontvankelijkheid geeft (zie boven). Verder is ook bij gegrondheid van het beroep een versnelde afdoening mogelijk. Absatz 4 van § 349 StPO noemt het geval dat het door of namens de verdachte ingestelde cassatieberoep door het cassatiegerecht unaniem gegrond bevonden wordt. Ook dan is een vernietiging van het aangevochten oordeel en verwijzing zonder verdere behandeling toegelaten. Voor toepassing van deze vorm is niet noodzakelijk, dat de Staatsanwaltschaft een voordracht van die strekking heeft gedaan.

Wanneer de cassatierechter de uitspraak vernietigt, leidt dat in de regel tot terugverwijzing naar de rechter van wie de uitspraak afkomstig was of naar een gerecht van gelijk niveau. De zaak wordt opnieuw beslist na een hernieuwde feitelijke behandeling. Wanneer naar het zelfde gerecht wordt teruggewezen, moet deze behandeling en beslissing wel in een andere sa-

<sup>76</sup> Kleinknecht/Meyer-Gossner *a.w.*, p. 1129 (45).



menstelling plaatsvinden; § 354 StPO. Vanzelfsprekend moet hierbij de uitspraak van het cassatiegerecht in acht genomen worden. Met name wanneer de cassatierechter een deel van de aangevochten uitspraak in stand gelaten heeft (vanwege een beperkt ingesteld beroep of vanwege een bevestigend oordeel) is de beoordelingsruimte van de verwijzingsrechter beperkt. Daarbij kan niet alleen in de onderscheiden onderdelen van het vonnis worden gedifferentieerd, zelfs binnen het bewijsoordeel kan aangegeven worden wat vast ligt en op welk punt de rechter opnieuw moet oordelen.<sup>77</sup>

Hierboven in de inleiding bleek al dat Duitsland meer dan één cassatiegerecht kent. Per land is er het Oberlandesgericht en daarnaast is er nog het federale Bundesgerichtshof.<sup>78</sup> Aangezien de bedoeling van cassatie ook is de rechtseenheid te bevorderen en er maar één federaal wetboek van strafrecht en idem dito van strafvordering is, moet de vraag gesteld worden hoe uniforme uitleg van het recht wordt nagestreefd. Het Gerichtsverfahrgesetz geeft daarvoor de volgende voorziening in par. 121 Abs. 2. Wanneer een Oberlandesgericht bij de beantwoording van een rechtsvraag het voornemen heeft van één der andere cassatierechters af te wijken, is het verplicht de zaak voor te leggen aan het Bundesgerichtshof. Dat mag weer achterwege blijven als de kwestie reeds door een eerdere uitspraak van het Bundesgerichtshof of het Bundesverfassungsgericht wordt beslist. Zo wordt bereikt dat de lijnen steeds bepaald worden door de federale hoogste rechter(s), zonder dat alle zaken daar eindigen.<sup>79</sup>

Voordat we de paragraaf over cassatie afsluiten moeten we nog even stilstaan bij de Sprungrevision. Aangezien tegen een vonnis in eerste aanleg van het Amtsgericht én hoger beroep én sprongcassatie mogelijk is, bestaat er behoefte aan voorschriften, die deze concursus van rechtsmiddelen oplossen. Die geeft het wetboek in § 335 Abs. 3 StPO. Wanneer de ene partij hoger beroep heeft ingesteld en de andere cassatie, gaat hoger beroep voor.<sup>80</sup> Hoger beroep is de meest omvattende vorm van heroverweging. Het ingestelde cassatieberoep van de andere partij wordt dan niet geconverteerd tot hoger beroep, maar wel als zodanig behandeld. Dat wil zeggen dat bij de beoordeling de appelrechter ook op de in het beroep aangevoerde bezwaren

77 Kramer *a.w.*, p. 298.

78 Par. 348 StPO voorziet in het geval dat de cassatie bij de verkeerde rechter is ingesteld. Deze neemt een verwijzingsbeslissing, waaraan het verwijzingsgerecht gebonden is. Dat geldt zelfs wanneer het OLG naar het BGH verwijst; Kleinknecht/Meyer-Gossner *a.w.*, p. 1126 (45).

79 Kleinknecht/Meyer-Gossner *a.w.*, p. 1535-1536.

80 Vgl Dahs *a.w.*, p. 533: de verdachte kan door het instellen van hoger beroep het overslaan van een tweede feitelijke instantie door de Staatsanwaltschaft frustreren.

een beslissing moet geven. Wanneer de appelrechter op de zaak een volledige beslissing heeft gegeven vervalt het cassatieberoep. Het blijft tot dat moment wel wachten voor het geval het hoger beroep ingetrokken of niet-ontvankelijk verklaard wordt. Het kan dus zijn dat de beweerde schending van het recht door de appelinstantie wordt hersteld. Daarna kan opnieuw de afweging gemaakt worden of men nog prijs stelt op cassatie. De eerdere keuze voor Sprungrevision heeft geen gevolgen voor de beschikbaarheid van cassatie na behandeling van het hoger beroep.<sup>81</sup>

#### 4.1.2 Kosten van het rechtsmiddel; § 473 StPO

Bij de Duitse voorzieningen die van belang zijn voor het gebruik van een rechtsmiddel hoort ook de regeling van de kosten. § 473 StPO geeft namelijk speciale bepalingen voor een kostenvergoeding, wanneer een rechtsmiddel is ingesteld. Deze bepaling bouwt voort op § 465 e.v. StPO, waarin het mogelijk gemaakt wordt enerzijds dat de veroordeelde verplicht wordt tot het bijdragen in de kosten van het proces, anderzijds dat de vrijgesproken verdachte een vergoeding van zijn proceskosten toe te kennen. Tot de kosten worden gerechtskosten gerekend, alsmede de kosten die door de procespartijen zijn gemaakt. Aangenomen wordt dat het risico van de kostenvergoeding een relevante factor is voor de vraag wanneer van een beschikbaar rechtsmiddel gebruik gemaakt wordt.<sup>82</sup> Het vormt derhalve een component in het Duitse stelsel van hogere voorzieningen en wordt om die reden hier beknopt besproken,

Iedere procesdeelnemer, waartoe op de eerste plaats de verdachte en de Staatsanwaltschaft gerekend worden, is verplicht de kosten te betalen van het hoger beroep of de cassatie, wanneer dat rechtsmiddel later weer wordt ingetrokken. Wanneer na intrekking de uitspraak onherroepelijk wordt – de wederpartij heeft geen rechtsmiddel ingesteld – is het gerecht waar de zaak berust<sup>83</sup> bevoegd tot een zelfstandig kostenbesluit. Wordt de zaak op een rechtsmiddel van de wederpartij nog wel voortgezet, dan kan ook de hogere rechter de kostenveroordeling voor het ingetrokken rechtsmiddel combineren met zijn voorziening in de hoofdzaak. Met degene die zijn rechtsmiddel intrekt wordt gelijk gesteld de betrokkene die zonder succes hoger beroep of

81 Dahs *a.w.*, p. 543; Kleinknecht/Meyer-Gossner *a.w.*, p. 1082 (45).

82 Dahs *a.w.*, p. 530.

83 Dat is de *iudex a quo*, wanneer de intrekking plaatsvindt voordat de zaak is doorgezonden naar de hogere rechter. Anders is het rechtsmiddelengerecht bevoegd. Zie H. Hilger in Löwe-Rosenberg Grosskommentar Strafprozessordnung par. 464-473 StPO, 25 Aufl., Berlin; New York, Walter de Gruyter 2000, par. 473 Rdn. 7, p. 211.

cassatie heeft ingesteld. Daarmee wordt bedoeld, dat in hoger beroep of cassatie het beroep geheel wordt verworpen. Voor de gedeeltelijk succesvolle beroepen geeft § 473 Abs. 4 StPO een aparte regeling. Volgens deze bepaling is de billijke verdeling van de kosten richtsnoer voor het rechtsmiddelgerecht bij de beslissing over de vraag welke kosten voor de staatskas zijn en welke door de gedeeltelijk teleurgestelde klager gedragen moeten worden. Aan de literatuur ontleen we het volgende voorbeeld. De verdachte stelt onbeperkt hoger beroep in tegen de veroordeling, maar ‘wint’ alleen een strafverlaging. Hij draagt dan zijn eigen kosten alsmede de gerechtskosten, maar niet de kosten aan de zijde van de Staatsanwaltschaft gemaakt.<sup>84</sup>

Absatz 2 van § 473 StPO regelt nader dat de kosten bij beroep van de Staatsanwaltschaft ten laste van de Staat komen, wanneer het rechtsmiddel wordt ingetrokken of zonder succes is. Slaagt dat rechtsmiddel wel dan hangt het van het vervolg af waar de kosten worden gedragen. Wordt bijvoorbeeld in hoger beroep de in eerste aanleg vrijgesproken verdachte alsnog veroordeeld, dan is de toestand gelijk aan de eerste aanleg en worden de §§ 465 e.v. StPO toegepast. Wordt in cassatie een gedeeltelijke veroordeling vernietigd, dan worden bij de uitspraak na verwijzing dezelfde bepalingen toegepast.

Zoals we al gezien hebben kan het rechtsmiddel te allen tijde beperkt worden ingesteld. Dat roept de vraag op of de partiële onherroepelijkheid nog gevolgen heeft voor de kostenveroordeling. § 473 Abs. 3 StPO geeft aan dat voor de kosten van de appellant de staatskas opdraait wanneer het beperkte ingestelde beroep succes heeft, dat wil zeggen het beoogde doel wordt er mee bereikt. Terzake van de overige kosten worden de algemene bepalingen toegepast en hangt het maar van de einduitkomst af. Heeft de verdachte bijvoorbeeld met zijn strafmaatappel succes, dan wordt de kostenveroordeling in eerste aanleg wel aangepast, maar heeft de veroordeelde geen wettelijk recht op vrijstelling van de kosten. Dit voorbeeld maakt tevens duidelijk hoe moeilijk het is om vast te stellen of een beroep geheel of gedeeltelijk succes heeft. Wanneer is een strafmaatappel geslaagd?<sup>85</sup>

84 Zie Hilger *a.w.*, par. 473 Rdn. 47, p. 230.

85 Zie Hilger *a.w.*, par. 473 Rdn. 22-26, p. 218-220, en Rdn. 34-35, p. 223-225.

#### 4.1.3 Wiedereinsetzung im vorigen Stand

Het middel van Wiedereinsetzung im vorigen Stand is geclassificeerd als een buitengewoon rechtsmiddel voor de verdachte,<sup>86</sup> in wezen bedoeld om schuldeloos verzuim van termijnen te kunnen herstellen. Het is dan ook geregeld bij de algemene bepalingen over de termijnen. Aanvullend heeft de wetgever op verschillende plaatsen de Wiedereinsetzung opgesteld voor andere gevallen, zoals schuldeloos verstek bij het onderzoek ter zitting. Wiedereinsetzung wordt hoofdzakelijk voor de volgende termijnen aangewend:<sup>87</sup> termijn voor het aanwenden van een gewoon rechtsmiddel; termijn voor indienen van cassatiemiddelen; termijn voor verzet tegen het Strafbefehl; termijn voor de het verzoek tot Wiedereinsetzung.

Het middel wordt beschouwd als een belangrijke mogelijkheid om de grondwettelijk gewaarborgde rechtsbescherming, waaronder met name de toegang tot de rechter, aan individuen te garanderen. Om die reden mogen de eisen voor schuldeloosheid ook niet onevenredig opgeschroefd worden.<sup>88</sup> Niettemin wordt van de verdachte wel enige vorm van inspanning verwacht en is in de rechtspraak een genuanceerde verdeling van inspanningsverplichtingen en risico's ontwikkeld.<sup>89</sup> In sommige gevallen voorziet de wet zelf. Verzuim bijvoorbeeld in de wettelijk verplichte informatie over het rechtsmiddel heeft automatisch schuldeloosheid tot gevolg.<sup>90</sup> De toewijzing van een verzoek tot Wiedereinsetzung is niet verder aan te vechten en heeft tot gevolg dat de wegens termijnverzuim ongeldige handeling alsnog geldig wordt. Tegen een afwijzing staat onmiddellijk bewaar open bij het hogere gerecht.

De Wiedereinsetzung moet binnen een week worden verzocht. Deze termijn vangt aan zodra de verhindering voor het naleven van de wettelijke

86 Volledigheidshalve wordt hier vermeld dat de Wiedereinsetzung voor alle procesdeelnemers open staat, met uitzondering van de Staatsanwaltschaft die dit middel ook niet in belang van één van de anderen kan aanwenden; Kleinknecht/Meyer-Gossner *a.w.*, p. 138. Doordat het hier om een buitengewoon rechtsmiddel gaat geldt de kostenregeling van par.473 Abs. 1-4 StPO niet. Par. 473 Abs. 7 StPO geeft een vervangende regel: de kosten worden gedragen door de verzoeker, omgeacht de beslissing op het verzoek. Hiervan zijn uitgezonderd de kosten gemaakt ten gevolge van ongefundeerde tegenspraak van de wederpartij. Zie Hilger *a.w.*, par. 473 Rdn. 100-101, p. 249-250.

87 Dahs *a.w.*, p. 649-650.

88 Kramer *a.w.*, p. 298; Kleinknecht/Meyer-Gossner *a.w.*, p. 138, 144; G. Wendisch in Löwe-Rosenberg Grosskommentar Strafprozessordnung par. 1-47 StPO, 25 Aufl., Berlin, New York, Walter de Gruyter 1999, par. 44, Rdn. 30, p. 341-342.

89 Zie Dahs *a.w.*, p. 650-652; Kleinknecht/Meyer-Gossner *a.w.*, p. 138-140.

90 Par. 44 Abs. 2 StPO; zie Kleinknecht/Meyer-Gossner *a.w.*, p. 141 en Kramer *a.w.*, 299.

termijn is weggevallen. Met name valt dan te denken aan het geval, dat de verdachte alsnog op de hoogte wordt gesteld van de veroordeling of het Strafbefehl, dat hem opgelegd is. In het verzoek moet de verdachte aanneemelijk maken dat hij inderdaad buiten zijn schuld om verhinderd was om de onderhavige termijn te respecteren. Met het indienen van het verzoek is overigens niet automatisch ook de verzuimde handeling verricht. Die moet gelijktijdig volgens de formaliteiten worden voltooid. Zo cumuleren dus geregeld een verzoek tot Wiedereinsetzung met het instellen van hoger beroep. Aangezien over de Wiedereinsetzung door het appelgerecht wordt beslist is dan de beslissing over de ontvankelijkheid in één hand.<sup>91</sup>

Een bijzonder geval waarin Wiedereinsetzung apart is opengesteld betreft de berechting bij verstek in eerste aanleg. Hierboven bleek al, dat verstekberechting in het Duitse stelsel een uitzondering vormt op een zwaarwegend beginsel. De gevallen waarin dit tegen de wil van de verdachte toelaatbaar is zijn dan ook beperkt. De wet opent deze mogelijkheid in § 232 StPO alleen voor lichte feiten. Binnen die categorie valt een zaak onder meer, wanneer een geldboete van niet meer dan 180 dageenheden te verwachten is. In zo'n geval mag de rechter de zaak toch afdoen, ook al is de verdachte op de dagvaarding niet verschenen. De dagvaarding moet wel geldig zijn uitgebracht, maar zelfs daarop is nog een uitzondering voor de toepassing van verstekberechting gegeven. Absatz 2 van § 232 StPO sluit de dagvaardingsvorm van openbare bekendmaking<sup>92</sup> uit van toepassing van berechting *in absentia*. Teneinde het recht op toegang tot de rechter te verzekeren kan de verdachte vervolgens een verzoek tot Wiedereinsetzung doen, wanneer hij de zitting wel had willen bijwonen maar buiten zijn schuld niet op de bestemde tijd en plaats is verschenen, noch door een raadsman is vertegenwoordigd.<sup>93</sup> § 235 StPO bepaalt dat Wiedereinsetzung mogelijk is onder de zelfde voorwaarden als bij termijnverzuim. Binnen een week na de ontvangst van het verstekvonnis dient het verzoek tot Wiedereinsetzung gedaan te worden met daarin de onderbouwing van de stelling, dat de verdachte schuldeloos niet ter zitting is verschenen. De eis van schuldeloos verstek is steeds vervuld in de gevallen dat de verdachte van de dagvaarding geen kennis gekregen had. In § 235 StPO wordt dat bepaald met daarbij de eis, dat dit de

91 Par. 46 StPO.

92 Zie Laméris-Tebbenhoff Rijnenberg *a.w.*, p. 159-161.

93 Par. 234 StPO laat vertegenwoordiging door een schriftelijk gemachtigde raadsman toe. Hoewel dit niet uitdrukkelijk bepaald is, gaat men er wel van uit dat deze vertegenwoordiging een Wiedereinsetzung uitsluit; W. Gollwitzer in P. Riess (red.) Löwe-Rosenberg Grosskommentar Strafprozessordnung par. 213-237 StPO, 25 Aufl., Berlin-New York, Walter de Gruyter 1997, par. 235 Rdn. 2, p. 326.

verdachte bij mededeling van het verstekvonnis hierover geïnformeerd moet worden. Gevolg van de Wiedereinsetzung in dit speciale geval is namelijk, dat het vonnis van de rechter in eerste aanleg vervalt. Bij verval van het vonnis moet de rechter opnieuw de zaak behandelen en opnieuw rechtdoen, ook wanneer het nieuwe oordeel niet afwijkt van het verstekvonnis.<sup>94</sup> Voor dat nieuwe vonnis geldt vervolgens het normale rechtsmiddelenregime.

Tegen verstekvonnissen staat ook gewoon hoger beroep open. De voorwaarden voor een verstekbehandeling brengen immers met zich mee, dat de toepassing praktisch beperkt is tot het Amtsgericht. Rechtsmiddelen kunnen bij deze categorie vonnissen dus cumuleren. Het is niet ongewoon dat het verstekvonnis de verdachte pas bereikt na verloop van de termijn voor hoger beroep. De verdachte kan dan een verzoek tot Wiedereinsetzung in de zin van § 235 StPO gepaard laten gaan met het instellen van hoger beroep. Terzake van de eventueel verlopen beroepstermijn zal hij tegelijk een ‘gewone’ Wiedereinsetzung kunnen verzoeken. Zo maakt hij optimaal gebruik van de mogelijkheden het vonnis aan te vechten en de wet dwingt hem niet tot een keuze. Wanneer de Wiedereinsetzung ex § 235 StPO wordt afgewezen heeft hij het hoger beroep nog. Wanneer het verstekvonnis wel vervalt is het hoger beroep ook zonder object en wordt doorgehaald.<sup>95</sup> Mutatis mutandis geldt op grond van § 342 StPO hetzelfde voor het gelijktijdig verzoeken om Wiedereinsetzung en het instellen van sprongcassatie. Wel is uitdrukkelijk bepaald, dat het enkel instellen van cassatie geldt als afstand van Wiedereinsetzung; § 342 Abs. 3 StPO.

Een tweede bijzonder geval van Wiedereinsetzung betreft de hierboven genoemde toepassing van § 329 StPO. Bedoeld is de verwerping van het hoger beroep van de verdachte wegens verstek op de appelzitting. Hier kan de verdachte zich met Wiedereinsetzung voorzien van een correctiemogelijkheid. Opnieuw gaat het om de gevallen dat de verdachte schuldeloos is weggebleven en pas na uitspraak in hoger beroep daarvan verneemt. Na incorrecte dagvaarding voor de appelzitting moet het verzoek tot Wiedereinsetzung in elk geval worden toegewezen, maar ook bij correcte dagvaarding zijn er gevallen denkbaar. Het gevolg is dat de hele appeluitspraak vervalt, inclusief de beslissing op het eventuele appel van de Staatsanwaltschaft. Men moet de zaak op het hoger beroep opnieuw berechten.<sup>96</sup>

94 Gollwitzer *a.w.*, par. 235 Rdn. 13, p. 328.

95 Zie Dahs *a.w.*, p. 546.

96 Kleinknecht/Meyer-Gossner *a.w.*, p. 1061-1062; Dahs *a.w.*, p. 550.

#### 4.1.4 Rechtsmiddelen tegen het Strafbefehl

Het Strafbefehl is een beslissing van het Amtsgericht tot oplegging van een straf na een voordracht door de Staatsanwaltschaft, welke na een summier onderzoek enkel op grond van de stukken gegeven kan worden. De verdachte wordt vooraf niet gehoord. Deze afdoeningswijze is bedoeld voor de lichtere categorie delicten en kan slechts tot een beperkt aantal lichtere sancties leiden. Voor de bespreking van het Strafbefehl als zodanig verwijzen we naar elders,<sup>97</sup> hier wordt uitsluitend de stand van zaken belicht wanneer de beslissing van de rechter met een rechtsmiddel aangevochten wordt.

Mede gelet op het beperkte, schriftelijke karakter van de procedure ligt het voor de hand dat de verdachte tegen de oplegging van een Strafbefehl bezwaar kan maken. Hij heeft immers grondwettelijk het recht op toegang tot de rechter (art. 19 GG) en tot dan toe is hem die mogelijkheid nog niet geboden. § 410 StPO geeft de persoon aan wie het bevel is opgelegd dan ook het recht om verzet (Einspruch) aan te tekenen. We zullen daar zodadelijk enkele details van bespreken. Ook de Staatsanwaltschaft beschikt over een middel om tegen een haar onwelgevallige beslissing op te komen. Tegen de afwijzing van de voordracht kan de Staatsanwaltschaft onmiddellijk bezwaar indienen (Beschwerde) wanneer de afwijzing berust op onvoldoende aanwijzing van schuld; § 408 Abs. 2 jo. 210 StPO. Heeft de rechter andere bedenkingen tegen de voordracht, dan wijst hij die niet af maar gaat op die basis over tot een normale feitelijke behandeling van de zaak. Liggen deze reserves in de sfeer van de kwalificatie van het feit of de voorgedragen sanctie, dan vindt eerst een melding aan de Staatsanwaltschaft plaats. Die kan haar voordracht naar de voorkeur van de rechter aanpassen, waarna vanzelfsprekend toewijzing volgt. Als daarentegen aan de voordracht wordt vastgehouden gaat rechter eveneens over tot de feitelijke behandeling.<sup>98</sup> Voor deze behandeling gelden de normale regels, hetgeen met name meebrengt dat de verdachte daarvoor wordt gedagvaard. Voor het daadwerkelijke begin van de feitelijke behandeling moet derhalve een tijdstip bepaald worden. De rechter kan niet onafgebroken doorgaan. Tot gedeeltelijke toewijzing van de voordracht is de rechter niet bevoegd. Dientengevolge is met deze varianten het scala van mogelijkheden om correctie van de beslissing van de rechter na te streven compleet.

97 Derde interimrapport Sv 2001 (A.R. Hartmann); P.J.P. Tak, *Strafbefehls en Bussgeldverfahren*, 's Gravenhage, Staatsuitgeverij 1980; A. den Hartog & E.F. Stamhuis, *Onderhandelen in strafzaken*, Arnhem, Gouda Quint 1996, p. 17-23.

98 Zie par. 408 Abs. 3 StPO.

Voordat we tot nadere bespreking van de behandeling van het verzet van de verdachte overgaan volgt nog een enkele opmerking over de gevolgen van bezwaren van zijde van de Staatsanwaltschaft. Tegen de overgang naar een feitelijke behandeling kan zij niets ondernemen. Tijdens de behandeling van de zaak vervult de Staatsanwalt zijn normale taken. Hij kan nog proberen de rechter ervan te overtuigen dat de kwalificatie en sanctie zoals voorgedragen de beste waren, maar er kunnen ook omstandigheden blijken die hem tot een ander standpunt brengen. De rechter is binnen zijn straftoemetingsgrenzen (zie de inleiding bij dit hoofdstuk) natuurlijk vrij in het vormen van zijn oordeel.

De afdoening van het bezwaar in de zin van § 408 Abs. 2 StPO vindt plaats bij het naasthogere gerecht, in casu het Landgericht, zonder een mondelinge behandeling. Krachtens § 308 StPO wordt de in de voordracht genoemde verdachte op de hoogte gebracht van het bezwaar wanneer dat nadelig voor hem dreigt uit te pakken. Verwerping van het bezwaar van de Staatsanwaltschaft mag derhalve plaatsvinden zonder dat de verdachte gehoord wordt, omdat hij daardoor immers niet in een slechtere positie gebracht wordt.<sup>99</sup> Toewijzing van het bezwaar roept vragen op die betrekking hebben op de aard van de hogere instantie. Betekent toewijzing dat deze hoger instantie nu zelf het Strafbefehl moet geven? Of moet het afwijzende besluit van de eerste rechter worden vernietigd met een terugwijzingsopdracht om alsnog het bevel te geven? Beide varianten worden gezien als een onjuiste inbreuk op de bevoegdheid van de eerste rechter, die immers de voordracht nog verder moet kunnen toetsen en eventueel tot een feitelijke behandeling kan overgaan. Enkele vernietiging door de bezwaarrechter wordt als de juiste oplossing gezien, waarna in de eerste aanleg op de voordracht verder geprocedeerd kan worden.<sup>100</sup>

Het verzet van de persoon tegen wie het bevel is uitgevaardigd wordt ingediend bij de rechter die het bevel heeft gegeven.<sup>101</sup> Een tijdig verzet leidt behoudens hier niet relevante uitzonderingen tot de bepaling van een datum voor een zittingsonderzoek, dat volgens de regels van het 'beschleunigtes Verfahren' verloopt.<sup>102</sup> De voordracht tot het Strafbefehl krijgt de status van

99 Zie par. 308 en 309 StPO; Gollwitzer *a.w.*, par. 308 Rdn. 6, p. 128-129 en Gössel *a.w.*, par. 408 Rdn. 28, p. 53.

100 Gössel *a.w.*, par. 408 Rdn. 24-27, p. 52-53.

101 Overigens hoeft dat niet dezelfde persoon te zijn. Dat hangt van de dienstverdeling in het Amtsgericht af. Vgl. voor de daarmee verband houdende perikelen inzake straftoemeting afwijkend van het eerdere Befehl: Gössel *a.w.*, par. 411 Rdn. 57-58, p. 122.

102 Met name is de toepassing van het onmiddellijkheidsbeginsel veel losser en kan meer op schriftelijke stukken beslist worden. Zie par. 420 StPO en verder Kramer *a.w.*, p. 271-272.



tenlastelegging en het verzet van de verdachte activeert de bevoegdheden van de rechter voor onderzoek en beslissing. Het verzet zelf hoeft niet gemotiveerd te worden. De verdachte geeft immers met zijn verzet niet per definitie aan dat hij inhoudelijk moeite heeft met het Strafbefehl. Hij maakt allereerst gebruik van zijn recht op toegang tot de rechter. Het is wel wenselijk dat de bezwaren van te voren bekend zijn, omdat praktisch mag worden aangenomen dat een verdachte meer wil dan alleen maar de zelfde sanctie, maar dan opgelegd door een rechter. Hij wil veelal dat meer of anders rekening gehouden wordt met zijn visie of met bepaalde omstandigheden dan met de oplegging van het gewraakte Strafbefehl is gebeurd.

Bij de behandeling en beslissing van de zaak is de rechter niet gebonden aan het Strafbefehl. Met name is de daarin bepaalde sanctie voor de rechter niet zijn maximum. Het 'Verschlechterungsverbot' geldt niet voor deze behandeling na verzet, zo blijkt uit § 411, Abs. 4 StPO. In verband daarmee maken we hier twee opmerkingen. Ten eerste kan het dus gebeuren, dat de verdachte tijdens het onderzoek na verzet een verzwaring ziet aankomen. Kan hij het verzet dan intrekken en zo het initiatief tot dit onderzoek terugnemen, zo kan men vragen. Het antwoord daarop geeft het wetboek door in par. 411 Abs. 3 te verwijzen naar § 303 StPO. Intrekking van een rechtsmiddel kan na aanvang van de behandeling ervan alleen met toestemming van de wederpartij (Gegner). Als dus de Staatsanwalt het oorspronkelijke Strafbefehl wel voldoende afdoening van de zaak vindt, kan hij akkoord gaan met de intrekking van het verzet door de verdachte, waardoor een dreigende verzwaring wordt voorkomen. Het Strafbefehl wordt dan onherroepelijk en uitvoerbaar. Ten tweede moet nog de vraag gesteld worden of de verdachte het gevaar van verzwaring kan neutraliseren door partieel verzet in te stellen. In zijn algemeenheid maakt § 410 Abs. 2 StPO de beperking van het verzet tot bepaalde bezwaren mogelijk. Net als bij hoger beroep kan men echter de interne logica in het Strafbefehl niet doorbreken. Een bezwaar tegen het feitelijk oordeel betekent tegelijk dat de daarop gebaseerde rechtsgevolgen nog geen rechtskracht krijgen en door de rechter kunnen worden veranderd.<sup>103</sup> Beperkt instellen van het verzet zal dus geen probaat middel zijn om verzwaring te voorkomen. Overigens moet ter relativering van een en ander opgemerkt worden, dat eerder gesproken wordt van een zekere tegenzin om af te wijken van de voorafgaande beslissing dan van een gretigheid om te verzwa-

103 Hier wordt nogmaals melding gemaakt van de doorbraak van het tot de strafmaat beperkte rechtsmiddel, welke in de rechtspraak wordt geaccepteerd (zie bij het hoger beroep). Gössel tekent aan dat deze praktijk in strijd is met de beoogde snelheid van de afdoening en de ruime toepassing van het Strafbefehl niet zal dienen; Gössel *a.w.*, par. 410 Rdn. 14, p. 101.

ren.<sup>104</sup> Verzwaring van de opgelegde straf als sanctie op het verzet is ontoelaatbaar, hoewel weer niet de eis gesteld wordt dat voor verzwaring ook altijd een ander bewijsoordeel of kwalificatie nodig is. Voor zover er sprake is van een instrument ter ontmoediging van het zonder belang instellen van verzet, dan zit dat in de *kans* op verhoging van de sanctie en niet in de zekerheid.<sup>105</sup>

De toetsing door de rechter na verzet heeft niet het karakter van een bestuursrechtelijke toetsing van het Strafbefehl. Vormverzuimen in dat Befehl leiden ook niet zonder meer tot toewijzing van het verzet. Zolang het stuk nog geschikt blijft om als grondslag voor het onderzoek te dienen mag men verder procederen. De rechter geeft een strafrechtelijke behandeling en beoordeling van het strafrechtelijk verwijt zelf. Ten opzichte van de gangbare procedureregels wijkt niet alleen de bewijspresentatie af door de toepassing van § 420 StPO, ook met het verstek wordt iets lossier omgesprongen. De verdachte mag wegblijven en zich door een gevolmachtigde advocaat laten vertegenwoordigen; § 411 Abs.2 StPO. Van de strenge leer ten opzichte van berechting in afwezigheid werd hierboven al melding gemaakt. Vanwege de geringere betekenis van de onderhavige zaken wordt daarop dus een uitzondering gemaakt, die ook mag voortduren wanneer tegen de beslissing van de rechter hoger beroep wordt ingesteld.<sup>106</sup> Dit belet de rechter evenwel niet om enig stadium van het geding de persoonlijke verschijning van de verdachte te gelasten. Wordt van de ruimere vertegenwoordigingsmogelijkheid geen gebruik gemaakt en blijft de verdachte die verzet heeft aangetekend zelf ook weg, dan wordt het rechtsmiddel zonder verdere behandeling verworpen. Deze toepassing van § 329 StPO, hierboven reeds behandeld, blijft alleen achterwege wanneer het verstek voldoende verontschuldigd is, aldus § 412 StPO.

Tegen de beslissing op het verzet kunnen de normale rechtsmiddelen worden aangewend. Het gaat hier immers om een normaal vonnis van het Amtsgericht. Dat betekent dat hoger beroep en/of cassatie openstaan voor de procespartijen, waarbij nog even het bijzondere verlovvereiste voor hoger beroep in herinnering wordt geroepen, dat voor dit type zaken relevant zal zijn. De beschikbaarheid van de rechtsmiddelen geldt zowel voor de strafoplegging die na het verzet is gevolgd, als voor de verwerping van het verzet wegens niet verschijnen. Daarnaast kan, net als bij hoger beroep, de laatste

104 Dahs *a.w.*, p. 543 maakt melding van 'kleben'.

105 Gössel *a.w.*, par. 411 Rdn. 58, p. 122.

106 Gössel *a.w.*, par. 411 Rdn. 35, p. 116; zie ook Gollwitzer *a.w.*, par. 329 Rdn. 52, p. 276.

beslissing worden aangevochten met een verzoek tot ‘Wiedereinsetzung im vorigen Stand’.

Het verzet tegen het Strafbefehl is geen rechtsmiddel in de zin van § 473 StPO (zie boven). De bepalingen voor kostenverdeling bij geslaagd (partieel) verzet gelden dus niet. Dientengevolge kan bij gedeeltelijke toewijzing van het verzet de oorspronkelijke kostenlast uit het Strafbefehl bij de veroordeelde blijven. Wel bevat de algemene bepaling van § 465 StPO een matigingsbevoegdheid.<sup>107</sup>

#### 4.1.5 Rechtsmiddelen in de administratieve afdoening van wetsovertredingen

In de administratieve afdoening van wetsovertredingen onder de Ordnungswidrigkeitengesetz (OwiG) staat de oplegging centraal van een boetebeschikking (Bussgeldbescheid) door een bestuursorgaan, in veel gevallen de politiedienst.<sup>108</sup> Voor dit deelrapport vormt dat het beginpunt van de beknopte bespreking van het rechtsmiddelenregime voor deze categorie sancties. De bespreking kan kort zijn omdat in belangrijke mate de regeling voor het Strafbefehl van toepassing is.

Binnen een week na ontvangst van de boetebeschikking kan de getroffen verzet aantekenen ex par. 67 OwiG, waarbij op de wijze van verzet de algemene strafprocessuele voorschriften van toepassing zijn. Daarmee komt de zaak voor het Amtsgericht (par. 68 OwiG) en wordt de Staatsanwaltschaft de vervolgende instantie (par. 69 OwiG). In wezen ligt de zaak materieel geheel open voor de rechter. Hij is in zijn algemeenheid niet gebonden aan de beslissing in het Bussgeldbescheid wat de strafhoogte betreft en evenmin aan de kwalificatie als Ordnungswidrigkeit.<sup>109</sup> Zelfs zonder dat tijdens de behandeling nieuwe feiten naar voren gekomen zijn kan de rechter de boete verhogen.<sup>110</sup>

Deze behandeling kan slechts op de stukken plaatsvinden of na een onderzoek ter terechtzitting. De rechter heeft namelijk de mogelijkheid op het verzet te beslissen met een beschikking en daarnaast met een uitspraak, welke verschillende vormen van beslissing tevens een verschil in voorafgaande behandeling representeren, respectievelijk zonder en met een behandeling ter zitting. Deze twee procedurevormen verschillen overigens niet in de toet-

107 Gössel *a.w.*, par. 410 Rdn. 1, p. 95-96 en par. 411 Rdn. 62, p. 123.

108 Hierover Tak *a.w.*, p. 27-39.

109 Dahs *a.w.*, p. 680.

110 Gössel *a.w.*, par. 411 Rdn. 58, p. 123.

singsopdracht voor de rechter. Het is niet zo dat in een schriftelijke procedure de rechter onzelfstandig zou zijn of meer een bestuursrechtelijke toetsing zou uitvoeren. Het enige verschil is, dat bij de schriftelijke afdoening de boete niet verhoogd mag worden; par. 72 Abs. 2 OwiG.

Een afdoening door middel van een beschikking komt allereerst in beeld als de rechter op de stukken het verzet ongegrond oordeelt. Tegen deze beslissing staat dan wel onmiddellijk bezwaar open bij de rechter die de beslissing heeft gegeven. Ten tweede kan de afdoening op de stukken door middel van een beschikking plaatsvinden als de Staatsanwaltschaft en de betrokkene daartegen geen bezwaar hebben. Door middel van een mededeling van de rechter worden dezen in de gelegenheid gesteld hun mening te geven over het voornemen om zonder mondelinge behandeling het verzet af te doen. Het bestuursorgaan dat de boete oplegt kan weliswaar een opvatting over dit voornemen kenbaar maken, maar heeft geen veto.<sup>111</sup> Van belang voor de persoon die verzet heeft aangetekend is de vraag, of hij het voor zijn zaak nodig vindt, dat de feiten rechtstreeks door de rechter worden onderzocht, bijvoorbeeld dat een getuige onmiddellijk zijn verklaring aflegt. Verder telt natuurlijk, dat hij dan wel in het openbaar terecht zal moeten staan en dat hij de bescherming van het Verschlechterungsverbot van par.72 OwiG ontbeert. Tenslotte moet in de afweging betrokken worden, dat de mogelijkheden voor het aanvechten van de uitkomst na een schriftelijke afdoening aan een beperking onderhevig zijn, die voor de uitvoerige afdoeningsvorm niet geldt. De afweging van al deze punten vindt formeel plaats nadat de rechter zijn voornemen heeft geopenbaard. In de praktijk is het is evenwel niet ongebruikelijk, dat de raadsman voor een cliënt die het openbaar onderzoek wil vermijden, zelf initiatief neemt en vooraf contact zoekt met de rechter en de Staatsanwalt om over de schriftelijke afdoening overeenstemming te bereiken.<sup>112</sup>

Wanneer het wel tot een zittingsonderzoek komt, óf omdat de rechter dat zelf wenselijk oordeelt óf omdat één van de procespartijen zich tegen schriftelijke afdoening verzet heeft, vindt een openbare behandeling plaats volgens de regels van het strafproces. Wel zijn er een aantal uitzonderingen in de OwiG gemaakt en in de praktijk veelvuldig benut. Een voorbeeld van dat laatste is, dat alleen in bijzondere gevallen een vertegenwoordiger van de Staatsanwaltschaft ter zitting verschijnt, waar de wet de verplichting tot verschijnen opheft. Bij richtlijn zijn een aantal gevallen genoemd, waarin een bepaald aspect van het algemeen belang tot optreden ter zitting aanleiding

111 Tak *a.w.*, p. 45.

112 Dahs *a.w.*, p. 681-682.

geeft.<sup>113</sup> Uitzonderingen hebben verder betrekking op de verruimde mogelijkheid om zonder aanwezigheid van de betrokkene of diens vertegenwoordiger te procederen. De persoon die verzet heeft aangetekend is alleen verplicht te verschijnen als de rechter dat bepaalt. Tenslotte zijn de op zichzelf reeds vereenvoudigde regels voor de behandeling van het bewijs die gelden in het Strafbefehlsverfahren, nog verder gestroomlijnd om de afdoening ook werkelijk eenvoudig te houden. Met name mag de rechter zelf bepalen welke bewijsmiddelen ter zitting behandeld zullen worden. Richtsnoer daarbij is de rechterlijke *Aufklärungspflicht*, zijn gehoudenheid om de waarheid te achterhalen.<sup>114</sup>

Tegen de beslissing op het verzet staat alleen een aan cassatie verwant rechtsmiddel open, het *Rechtsbeschwerde*, waarop behoudens enkele uitzonderingen de regels voor Revision toepasselijk zijn.<sup>115</sup> Een tot rechtvragen beperkte toetsing kan met behulp van dat bezwaarschrift bij de cassatierechter, het Oberlandesgericht, worden uitgelokt. Par. 79 OwiG geeft een opsomming – in beginsel limitatief – van de gevallen waarin dit mogelijk is. Daarbij zijn een bepaalde boetehoogte genoemd, voor veroordeelde en Staatsanwaltschaft overigens verschillend, en verder bepaalde beslissingen van de rechter op het verzet. Ook de schriftelijke afdoening contra de wens van de betrokkene kan aanleiding vormen voor een bezwaarschrift. Aanvullend opent par. 80 OwiG de mogelijkheid voor een bezwaar, waarmee de rechtsontwikkeling of rechtseenheid gediend is, welke mogelijkheid alleen na een mondelinge behandeling van het verzet mogelijk is. In de praktijk, zo wordt vermeld, voeren de Oberlandesgerichten hierin een zeer restrictief beleid.<sup>116</sup> Zelfs krasse schendingen van het recht leiden niet altijd tot vernietiging, met name niet wanneer de hoogste rechter meent, dat er geen kans op herhaling van de fout bestaat. De rechtsbescherming in het individuele geval is in een dergelijke praktijk volledig ondergeschikt aan de bevordering van de juiste rechtstoepassing in het algemeen.

113 RiStBV no. 287; als bijlage opgenomen in Kleinknecht/Meyer-Gossner *a.w.*, p. 1914 (45). Zie Tak *a.w.*, p. 43.

114 Dahs *a.w.*, p. 682; Tak *a.w.*, p. 44.

115 Zie voor de uitzonderingen Tak *a.w.*, p. 47.

116 Dahs *a.w.*, p. 683.

#### 4.1.6 De bijzondere toegang tot het Bundesverfassungsgericht

Een beschrijving van het Duitse recht in dit deelrapport is niet compleet zonder een korte vermelding van de mogelijkheid van ‘Verfassungsbeschwerde’.<sup>117</sup> Wanneer een persoon meent dat een rechterlijke beslissing van welke aard dan ook tegen de grondwet ingaat, in het bijzonder tegen de grondrechtenparagraaf, dan kan hij zich tot het Bundesverfassungsgericht in Karlsruhe wenden met een klacht. Dit rechtsmiddel heeft een gemengd karakter. In beginsel heeft het geen schorsende werking, maar het kan wel leiden tot een verandering van de rechtsgevolgen van de rechterlijke beslissing, wanneer die met succes wordt aangevochten. Die beslissing wordt vernietigd en de zaak wordt voor hernieuwde afdoening teruggewezen naar het bevoegde gerecht.

Deze rechtsgang staat voor de burger pas open nadat alle normale rechtsmiddelen uitgeput zijn, inclusief de Wiedereinsetzung im vorigen Stand. Tot de mogelijkheden die vooraf benut moeten zijn wordt ook gerekend de zgn. *Nachholung rechtlichen Gehörs* ex § 33a StPO.<sup>118</sup> Bovendien geldt dat bij verwijtbaar verlies van een rechtsmiddel, bijvoorbeeld door termijnverzuim, verkeerde instelling, intrekking etcetera, het individu de weg naar Karlsruhe geblokkeerd zal vinden. Vanwege het specifieke doel om bescherming van grondrechten te bieden is deze procedure niet beschikbaar voor de Staatsanwaltschaft. Juridische conflicten tussen rechter en justitie kunnen er niet mee beslecht worden. Het gerecht wiens beslissing wordt aangevochten heeft ook niet de rol van gedaagde partij. Wanneer er zo’n klacht wordt ingediend is dat gerecht niet verplicht om het bezwaar tegen te spreken. Het kan dat wel doen. Opvallend is nog dat misbruik van het rechtsmiddel bestraft kan worden met een boete van maximaal (in oude valuta) DM 5000.

De voorziening is niet bedoeld voor alle soorten rechtsschendingen. Het Hof moet zich houden aan het gegeven toetsingskader. De toetsingsgrond luidt: schending of principieel verkeerde uitleg van de grondrechten in de beslissing zelf, of strijd met het principe van proportionaliteit of willekeur van de uitwerking van de beslissing. Dat lijkt toch nog vrij veel mogelijkheden te geven voor een klacht in strafzaken. De gevolgen van een strafrechtelijke veroordeling zijn dermate verstrekkend, dat een klacht zeker niet kans-

117 Zie Kleinknecht/Meyer-Gossner, *a.w.*, p. 48-52 voor het hierna gestelde; Kramer *a.w.*, p. 301.

118 Voor die gevallen dat een gebrek in de toegang tot de rechter (art. 103 GG) wordt aangevochten heeft men dit middel gecreëerd om het Bundesverfassungsgericht te ontlasten; Kramer *a.w.*, p. 301.

loos is, als de klager maar blijft binnen de toetsingsgrenzen van het Hof. Dat strafzaken zo zwaar wegen wordt afgeleid uit het feit dat het Hof wel eens een strafrechtelijke veroordeling tot vrijheidsstraf heeft opgeschort, terwijl het normaliter niet bij voorraad ingrijpt in de tenuitvoerlegging van het ge-wijsde.<sup>119</sup>

## 4.2 Frankrijk<sup>120</sup>

### 4.2.1 Inleiding

De berechting in eerste aanleg is in Frankrijk verdeeld over drie gerechten: het tribunal de police, het tribunal correctionnel en het cour d'assises. Voor de distributie van de feiten wordt aangesloten bij het materieelrechtelijke onderscheid in *contraventions*, *delits* en *crimes*, een opklimming in ernst vertegenwoordigend. In de beide eerstgenoemde gerechten vindt de berechting plaats ten overstaan van een of meer professionele rechters, in het cour d'assises is een jury van burgers betrokken. Anders dan in Engeland participeren de leken, negen in getal, zowel in de beoordeling van de schuld als in de strafoplegging. Zij vormen samen met drie professionele rechters het gerecht van eerste aanleg. Er is wel een soort twee-fasen proces, maar het onderscheid is minder strict en in elk geval voor het rechtsmiddelenstelsel niet van principieel belang. De beslissing over de schuldvraag is in de toedeling van de hogere voorzieningen niet afgezonderd van het eindvonnis.

In zijn algemeenheid kunnen de vonnissen van al deze gerechten in hogere aanleg worden aangevochten waardoor hun tenuitvoerlegging wordt opgeschort. Een zaak kan daarbij in de regel twee instanties doorlopen, met het bekende onderscheid tussen een toetsing in volle omvang en een toetsing alleen op juridische punten. Tot voor kort waren uitspraken van het cour d'assises van dit systeem uitgezonderd in die zin dat alleen een beroep op rechtspunten mogelijk was. Vanaf 1 januari 2001 is deze uitzondering opgeheven doordat ook tegen deze vonnissen een vorm van hoger beroep is opengesteld.<sup>121</sup> Bij de introductie van deze wijziging werd met name gewezen op de preventie van rechterlijke dwalingen. Ook art. 7 van het Tweede Protocol bij het EVRM werd als argument aangevoerd om de rechtsmiddelen

119 Kleinknecht/Meyer-Gossner *a.w.*, p. 52; Kramer *a.w.*, p. 301.

120 Bij het hoofdstuk over Frankrijk heeft T. Marguery LLM, voorm. advocaat te Draguignan (F), belangrijke assistentie verleend.

121 Loi no. 2000-516 du 15 juin 2000, art. 81 Journal Officiel du 16 juin 2000, aangevuld door Loi no. 2002-307 du 4 mars 2002, art. 8 Journal Officiel du 5 mars 2002.

tegen dit type vonnissen uit te breiden.<sup>122</sup> Het resultaat is nu, dat de strafzaken (met uitzondering van bagatellen; zie verderop) twee feitelijke instanties en een cassatie-instantie kunnen doorlopen.

Naast de gewone rechtsmiddelen van hoger beroep en cassatie bestaan er rechtsmiddelen, die verwantschap met cassatie in het belang der wet en herziening hebben. Zij kunnen ook tegen onherroepelijke vonnissen aangewend worden. We zullen ons in dit deelrapport beperken tot de Franse vormen van hoger beroep en cassatie tegen einduitspraken. Daarnaast wordt aandacht besteed aan de manieren waarop een verstekvonnis kan worden teruggedraaid. Omdat het onderwerp in een volgend deelrapport nog terug zal komen zullen we van cassatie alleen enkele hoofdlijnen schetsen. De details van de behandeling in hoger beroep zijn elders in dit boek te vinden, in het deelrapport Hoger beroep.

#### 4.2.2 Hoger beroep

Tegen de uitspraken van het tribunal de police staat hoger beroep open voor de verdachte en het openbaar ministerie. Er zijn wel een aantal beperkingen van kracht. Voor de toelaatbaarheid van hoger beroep moet de zaak in één van de volgende categorieën vallen; zie art. 546 CPP:

De op te leggen straf kan oplopen tot € 1500 (of € 3000 bij recidive).

In eerste aanleg is een ontzegging van de rijbevoegdheid opgelegd.

In eerste aanleg is een boete van meer dan € 150 opgelegd.

Het openbaar ministerie kan dus alleen appel instellen tegen een vrijspraak in zaken van categorie a. In dezelfde categorie moet de zaak vallen voor het hoger beroep van de verdachte tegen een veroordelend vonnis, waarin niet een zwaardere straf dan € 150 geldboete opgelegd is of geen ontzegging van de rijbevoegdheid. Deze drempelbepaling laat een combinatie zien van abstracte en concrete belangen in de zaak. Óf de zaak moet in abstracto van voldoende gewicht zijn, uitgedrukt in het strafrisico voor de verdachte, óf de zaak moet in concreto een gerealiseerd belang laten zien, uitgedrukt in de in eerste aanleg opgelegde straf.

Voor de uitspraken van het tribunal correctionnel gelden geen drempels voor het hoger beroep. Wel is het zo dat de verdachte tegen een vrijspraak niet in appel kan gaan, maar zelfs wanneer de straf niet meer dan symbolisch is, heeft hij recht op deze hogere voorziening.<sup>123</sup> Het openbaar ministerie kan

122 Rapport par Mme C. Lazerges, no. 2136, Assemblée Nationale, 12e législature, p. 29-32

123 Cass. Crim. 19-10-71 bull. 268; zie Encyclopedie Dalloz, Repertoire Procédure Pénale, Appel nr. 137 (oct. 1999).



tegen alle vonnissen hoger beroep instellen. Voor het hoger beroep maakt het niet uit of de zaak op tegenspraak of bij verstek afgedaan is. Dat geldt zowel voor het tribunal correctionnel als het tribunal de police.

In het wetboek wordt ten aanzien van beide lagere gerechten apart melding gemaakt van uitspraken van juridische aard, ter onderscheiding van de uitspraak in volle omvang. Daarbij komen kwesties aan de orde, welke in het Nederlandse recht in art. 348 Sv zijn ondergebracht. Heeft de beslissing op deze juridische punten de status van tussenbeslissing, dan is die wel appellabel, maar alleen gelijktijdig met de einduitspraak. Wanneer een uitspraak van dit type een einduitspraak is staat onmiddellijk appel open voor beide partijen. Dus wanneer het gerecht zijn onbevoegdheid uitspreekt of de dagvaarding ontoelaatbaar oordeelt, kan daartegen op gelijke wijze een rechtsmiddel worden aangewend als tegen de afdoening dan de hoofdzaak.<sup>124</sup>

Tegen een veroordeling door het cour d'assises staat hoger beroep open voor de verdachte en het openbaar ministerie. Tegen een vrijspraak kan het Openbaar Ministerie in de persoon van de procureur général opkomen; art. 380-1 en 380-2 CPP. Bij de introductie van het appel in 2000 waren vrijspraken uitgezonderd en kon noch de verdachte noch het openbaar ministerie daartegen beroep aantekenen. Dit werd echter als een onwenselijke toestand ervaren, onder meer omdat hierdoor in zaken van medeplegers voorkomende ongelijkheid niet gecorrigeerd kon worden, maar ook omdat daarmee de samenleving (in welk verband de slachtoffers genoemd worden) ten opzichte van de dader op achterstand stond. Het recht van hoger beroep tegen een vrijspraak werd vervolgens in de wet van 4 maart 2002 bij de procureur général gelegd teneinde een deskundige inschatting van de kansen te verzekeren alsmede eenheid van beleid in het rechtsgebied van een cour d'assises.<sup>125</sup>

Vermeldenswaard is dat het beroep van de verdachte defect wordt wanneer door de voorzitter van het cour d'assises wordt vastgesteld dat de verdachte de benen genomen heeft. Voor de duur van het proces moet de verdachte zich namelijk ter beschikking van justitie stellen.<sup>126</sup> Wanneer hij daarna tot vrijheidsstraf veroordeeld wordt, blijft hij vast zitten. Wordt een appellant-verdachte die daarna door vlucht niet meer beschikbaar is, niet tijdig weer aangehouden, dat wil zeggen voor de aanvang van de appelbehandeling, dan is het appel 'caduc', aldus art. 380-11 CPP.

124 Zie art. 507 CPP.

125 Rapport par M. J-P. Schostek, no. 208, Sénat session ordinaire de 2001-2002, p. 39-40.

126 Zie over het fenomeen van 'se constituer prisonnier' Laméris-Tebbenhoff Rijnenberg *a.w.*, p. 179-180.

Het recht op incidenteel beroep is apart geregeld in het wetboek.<sup>127</sup> Het instellen daarvan wordt als een normale zaak gezien om de straks te bespreken effecten van het hoger beroep te ondervangen. Zodra een partij hoger beroep heeft ingesteld heeft de wederpartij recht op incidenteel beroep. De wet kent zelfs een termijnverlenging toe, bijvoorbeeld van vijf dagen in art. 380-10 CPP, voor het instellen daarvan. Bij hoger beroep van de verdachte is volgappel van het openbaar ministerie gebruikelijk. Het incidenteel appel is wel gekoppeld aan het principale beroep. Wanneer dat namelijk wordt ingetrokken, vervalt ook het incidenteel beroep.

Het hoger beroep heeft schorsende werking. De wet bevat ten aanzien daarvan wel enkele uitzonderingen, maar die zijn voor ons betoog niet relevant. Bijvoorbeeld wordt uitdrukkelijk geregeld, dat de preventieve hechtenis van kracht blijft. Daarnaast heeft het hoger beroep devolutieve werking. De zaak wordt door het appel naar de hogere instantie gebracht, welke na haar eigen onderzoek een nieuwe beslissing in de zaak geeft. Op de beslissingsruimte van het appelgerecht kent het Franse recht enkele uitzonderingen c.q. beperkingen.

Allereerst geldt voor elke vorm van hoger beroep een verbod van *reformatio in peius*, wanneer alleen de verdachte in hoger beroep is gekomen. Het appelgerecht mag binnen de grenzen van de inleidende dagvaarding wel variëren, bijvoorbeeld door een andere kwalificatie aan de feiten te geven, maar tot strafverzwaring kan het niet komen. Deze bescherming voor de verdachte heeft vanzelfsprekend te lijden van de praktijk van incidenteel appel. Juist het tegengaan van deze beperking voor de appelrechter is een belangrijke drijfveer om van de ruimte mogelijkheden tot incidenteel appel gebruik te maken. Op die manier functioneert de kans op incidenteel appel als een ontmoediging voor de veroordeelde om lichtvaardig hoger beroep in te stellen. Zoals gezegd, de inleidende dagvaarding bepaalt wel het feitelijk kader van het geding in hoger beroep. Dat kan niet ten nadele van de verdediging worden veranderd. Zelfs mét instemming van de partijen mag de appelrechter niet afwijken van de grondslag in eerste aanleg.<sup>128</sup>

Het is de appellant zelf die bepaalt in welke omvang de zaak aan de appelrechter voorgelegd wordt. Het hoger beroep kan namelijk beperkt worden ingesteld. In het normale geval zijn deze beperkingen bindend voor het appelgeding. Door middel van incidenteel appel kan de wederpartij echter aan dat geding een ruimer bereik geven. De incidentele appellant is namelijk niet

127 Zie de artt. 380-10, 500 en 547 CPP.

128 Cass. Crim. 21-03-79 Bull. Crim. No. 115; zie G. Stefani, G. Levasseur en B. Bouloc, *Procédure pénale*, 18e druk, Paris, Edition Dalloz 2001, p. 862, n. 5.

gebonden aan de beperkingen van het principaal appel. De beperkingen van het partieel ingestelde appel vervallen echter wanneer de hogere rechter vaststelt, dat er aan de uitspraak in eerste aanleg fundamentele gebreken kleven, bijvoorbeeld onbevoegdheid of onrechtmatige samenstelling van het gerecht van de eerste aanleg.<sup>129</sup> Dan wordt de hele uitspraak vernietigd, waardoor de zaak in volle omvang voor het appelgerecht komt. Dat heeft in zulke gevallen een ‘droit d’evocation’; art. 520 CPP. De appelgeding wordt dan gevoerd alsof het de berechting in eerste aanleg is, inclusief de mogelijkheden van wijziging van de tenlastelegging. Per saldo doorloopt de zaak dan maar één juridisch correcte feitelijke instantie.

Appellen in correctionele en politie-zaken gaan naar een appelkamer van het cour d’appel. Dat hof geeft in een samenstelling van drie professionele rechters zijn oordeel over de ontvankelijkheid en gegrondheid van het ingestelde rechtsmiddel in één gezamenlijke uitspraak en past geen voorafgaande verloffoetsing toe. Appellen van de cour d’assises worden in twee procedurele stappen afgehandeld, met name omdat er geen hoger feitelijk gerecht bestaat.<sup>130</sup> Het appel gaat in de eerste fase naar de strafkamer van het Cour de cassation. Die beoordeelt of het beroep tijdig, op de juiste wijze en door de juiste persoon is ingesteld tegen een vonnis waartegen inderdaad beroep openstaat. Als dat oordeel negatief uitvalt wordt het beroep niet ontvankelijk verklaard. Bij een positieve uitkomst wijst de strafkamer het hof aan, dat met de tweede beoordeling belast zal worden. Dat is veelal een hof in een andere vestigingsplaats, maar de zaak kan ook naar de zelfde locatie teruggewezen worden. Hoe dan ook, de samenstelling van het cour d’assises zal anders zijn, dat wil zeggen andere juryleden en andere rechters. Het aantal juryleden is voor berechting van zaken in tweede instantie twaalf in plaats van negen. De wijze van berechting en beslissing is vervolgens gelijk aan de handelwijze in eerste aanleg. De vrees voor strafverzwaring, een reëel risico telkens wanneer ook het openbaar ministerie (volg)appel heeft ingesteld, is de enige ontmoediging voor verdachten om dit nieuwe rechtsmiddel te gebruiken, dat op zichzelf toch in substantieel uitstel van executie resulteert.<sup>131</sup>

129 Onmogelijkheid van controle op de samenstelling valt hier ook onder; zie Cass. Crim. 14-05-90 Bull. crim. No. 191, aangehaald in Encyclopedie Dalloz, Appel nr. 270.

130 Hier zien we een wat afwijkende vorm van devolutive werking. Het is niet een hoger, maar een ander hof, dat over de zaak oordeelt.

131 Dat uitstel is naar verluid een ander argument tegen het instellen van beroep. Het regime is voor de gedetineerde in Frankrijk in voorarrest aanzienlijk meer belastend dan in de fase van de tenuitvoerlegging van de vrijheidsstraf. Uit de discussie bij invoering valt niet af te leiden of de eventuele extra belasting van de rechtspleging in de afweging is betrokken.

#### 4.2.3 Cassatie

De uitspraken in alle drie typen zaken (*de police, correctionnelle* en *criminelle*) welke in hoogste aanleg zijn gedaan zijn vatbaar voor beroep in cassatie; art. 567 CPP. Dat betekent voor de twee eerste typen dat het gaat om uitspraken door het cour d'appel gegeven, aangezien er anders nog een ander rechtsmiddel openstaat of heeft opengestaan, wat de weg naar de cassatierichter blokkeert.<sup>132</sup> De uitspraken van het tribunal de police, waartegen geen hoger beroep aangetekend kan worden, omdat ze onder de drempel vallen, zijn ook in hoogste aanleg gewezen en vallen derhalve onder het recht van cassatie. Bij de vonnissen van het cour d'assises gaat het om cassatie tegen de uitspraak van het uitgebreide hof, dat in tweede aanleg de zaak heeft afgedaan.

Hoewel een vrijspraak van het cour d'assises ook in hoogste aanleg gewezen kan zijn is cassatie toch niet mogelijk. Deze vrijspraken kunnen alleen door middel van cassatie in het belang der wet worden aangevochten. Een eventuele constatering dat de vrijspraak met schending van het recht tot stand gekomen is heeft dan echter geen gevolgen voor de positie van de voormalige verdachte.<sup>133</sup> Vrijspraken van het uitgebreide cour d'assises gaan derhalve onmiddellijk na de uitspraak in kracht van gewijsde. De feitelijke oordelen van het cour d'appel zijn overigens als zodanig ook onaantastbaar in cassatie.

Qua soorten einduitspraak maakt het wetboek voor de uitspraken van het cour d'appel (of het tribunal de police in hoogste ressort) geen verschil. Alle kunnen in cassatie worden voorgelegd door het openbaar ministerie of de partij die door de beslissing in haar belang getroffen is, ook de vrijspraken. Het belangvereiste betekent voor de verdachte, dat hij alleen tegen een veroordelend vonnis cassatie kan instellen. Een cassatieberoep tegen een veroordelend vonnis kan evenwel ook in strijd met het belangvereiste zijn, namelijk wanneer alleen in het nadeel van de verdachte kan uitpakken.<sup>134</sup>

Voor de beslissingen, die niet ten gronde een oordeel in de zaak geven, geldt dat cassatie alleen openstaat, voorzover ze het einde van de zaak betekenen. Wanneer tussenvonnissen worden voorgelegd is dus in beginsel cassatie uitgesloten. Niettemin, wanneer cassatie is ingesteld door een belanghebbende kan de voorzitter van de strafkamer van het Cour de cassation bepalen dat het beroep toch ontvangen wordt in het belang van de openbare

132 Cass. Crim. 21-04-80 Bull. Crim. No. 114; zie Stefani c.s. *a.w.*, p. 882, n. 6.

133 Zie art. 572 CPP.

134 Stefani c.s. *a.w.*, p. 887.

orde of de goede rechtsbedeling. In deze gevallen moet de voorzitter ambtshalve een beslissing over wel of niet ontvankelijkheid nemen; aldus art. 570, al. 1 CPP. De bevordering van de genoemde belangen mag dus het gebrek aan ontvankelijkheid van het rechtsmiddel amenderen.

De toetsing in cassatie is beperkt tot rechtsvragen, in het bijzonder die rechtsvragen die door de requirant in cassatie met inachtneming van de vormvoorschriften zijn opgeworpen. Behoudens een beperkte mogelijkheid tot ambtshalve cassatie is de hoogste rechter gebonden aan de ingediende middelen.<sup>135</sup> Het beroep wordt na toetsing van de middelen verworpen wanneer ze geen schending van het recht is aangetroffen of wanneer de schending van het recht de betrokkene niet heeft benadeeld. Zou zijn positie bij een juiste rechttoepassing dezelfde zijn, dan is zijn beroep ongegrond. Wanneer het beroep gegrond bevonden wordt, wordt de aangevochten uitspraak vernietigd. Het Cour de cassation kan de zaak zelf afdoen, maar veelal volgt verwijzing naar een gerecht van hetzelfde type als dat de gecasseerde uitspraak heeft gegeven. Dat verwijzingsgerecht is gebonden aan de grenzen van de cassatie, in die zin dat alleen op de vernietigde onderdelen een nieuwe uitspraak gegeven mag worden.<sup>136</sup> Inhoudelijk is de verwijzing echter geen dictaat. Het verwijzingsgerecht kan afwijken van de beslissing van de hoogste rechter. Wanneer dan tegen de nieuwe beslissing opnieuw cassatie wordt aangetekend komt de zaak voor het plenum van het Cour de cassation voor heroverweging en beslissing. Een eventuele verwijzingsrechter is daarna inhoudelijk wel gebonden aan het oordeel van het hoogste gerecht.<sup>137</sup>

#### 4.2.4 Verzet

Aan het slot van dit gedeelte over het Franse recht besteden we nog kort aandacht aan de wijze waarop een verstekvonnis kan worden teruggedraaid door middel van het rechtsmiddel verzet, *opposition*. Verzet is het middel dat de verdachte ter beschikking staat om na berechting bij verstek in zowel positionele als correctionele zaken tegen het vonnis op te komen. Het voert hier te ver om de Franse regeling van verstek nog eens te bespreken.<sup>138</sup> In ieder geval moet vermeld worden dat niet elke berechting bij afwezigheid ook daadwerkelijk als *par default* wordt aangemerkt. De wet regelt diverse ge-

135 Onbevoegdheid van de rechter is bijvoorbeeld een grond om ambtshalve in te grijpen; Stefani c.s. *a.w.*, p. 895.

136 Stefani c.s. *a.w.*, p. 903.

137 Zie Stefani c.s., *a.w.*, p. 905.

138 Zie Laméris- Tebbenhoff Rijnenberg *a.w.*, p. 177-180.

vallen waarin de niet verschijnende verdachte toch geacht wordt op tegenpraak berecht te worden.<sup>139</sup> Deze verdachte kan het vonnis slechts aanvechten met behulp van het hoger beroep. Verzet is voorbehouden voor de wettelijke categorie van verstek, maar is vervolgens niet beperkt tot de eerste aanleg. Ook een appelvonnis bij verstek gewezen kan voorwerp van het verzet worden; art. 512 CPP.

Het verzet heeft tot gevolg dat het vonnis in zijn geheel rechtskracht ontbeert en dus niet ten uitvoer gelegd kan worden.<sup>140</sup> Wanneer vervolgens de verdachte verschijnt op de verzetbehandeling wordt de zaak opnieuw behandeld en beslist. Wanneer de verdachte wegblijft kan dat aan de oproeping liggen. Als dat het geval is wordt opnieuw bij verstek rechtgedaan en kan de verdachte opnieuw verzet aanwenden.<sup>141</sup> Is de verdachte echter wel voldoende op de hoogte van het tijdstip van behandeling, dan heeft niet verschijning tot gevolg dat het verzet vervalst. Art. 494 al. 2 CPP opent echter de mogelijkheid om nog een tweede poging te wagen voor het geval de verdachte tot onvoorwaardelijke vrijheidsstraf is veroordeeld. De bepaling van een nadere zittingsdag gaat dan gepaard met het uitgaan van een nieuwe oproeping en het bevel tot opsporing en voorgeleiding van de verdachte. Heeft dit geen effect of is het achterwege gebleven, dan geldt bij niet verschijning dus, dat het verzet niet doorgezet is. Alleen op grond van uitzonderlijke, in de beslissing te vermelden omstandigheden mag de verzetrechter in zo'n geval een wijziging in het verstekvonnis aanbrengen. Daarbij mag de opgelegde straf echter niet verzwaard worden, aldus art. 494-1, laatste zinsnede, CPP.

Het hier kort aangeduide rechtsmiddel moet onderscheiden worden van de zuivering van het verstek in juryzaken, de zgn. *purge de la contumace*. Het kan voorkomen dat de verdachte ontvlucht is gedurende de berechting, maar de behandeling en de uitspraak hebben toch plaatsgevonden nadat hij op een nieuw verschijningsbevel niet is verschenen. Dat type verstekvonnis is vervolgens niet uitvoerbaar, omdat het vervalst zodra de veroordeelde wordt gearresteerd of zich meldt bij de autoriteiten. De procedure en de uitspraak die zijn voorgevallen na het bevel tot verschijning vervallen van rechtswege en de zaak wordt op de normale wijze afgehandeld. Het gaat hier dus niet zozeer om een rechtsmiddel als wel om een sequeel van het principe

139 Een voorbeeld is de niet verontschuldigde afwezigheid op een geldige dagvaarding; art. 410 CPP.

140 Art. 489 CPP. Een uitzondering op dat gehele verval biedt al. 2 van dat zelfde artikel: verzet kan beperkt worden tot de civiele onderdelen van het vonnis.

141 Zie Stefani *a.w.*, p. 830 n. 2.

dat berechting bij afwezigheid in criminele zaken in beginsel niet aanvaard wordt.

### 4.3 *Engeland*

#### 4.3.1 Inleiding

In tegenstelling tot het Duitse stelsel komt het Engelse recht<sup>142</sup> inzake de rechtsmiddelen niet bepaald overzichtelijk over. Stelselmatige onderscheidingen zoals tussen gewone en buitengewone rechtsmiddelen zijn in Engeland niet tot ontwikkeling gekomen, evenmin als een strak terminologisch onderscheid in verschillende vormen van beroep. De diverse mogelijkheden van *appeal* hebben niettemin een uiteenlopend karakter. Er is een onderscheid tussen beroep tegen het feitelijk oordeel enerzijds en tegen de straftoemeting anderzijds en ook tussen een volledig beroep en een beroep op rechtspunten alleen. Verder bestaat er interlocutoir appel en appel tegen het eindvonnis. Hoewel een groot deel van het recht op het punt van de rechtsmiddelen wel in wetten terug te vinden is, zijn er daarnaast processuele fenomenen uit de common law blijven bestaan, zoals de prerogatieve bevoegdheid van het High Court tot *judicial review* in het kader van toezicht op de rechtstoepassing bij lagere gerechten.<sup>143</sup> Tenslotte moet er melding gemaakt worden van de in 1995 herziene mogelijkheid om buiten de hiërarchie van instanties een veroordelend vonnis opnieuw aan te vechten, thans via een beroep op de Criminal Cases Review Commission.<sup>144</sup> Al met al is het een hachelijke onderneming om van *het* Engelse rechtsmiddelenstelsel een deugdelijk samenvattende beschrijving te geven.<sup>145</sup> Gelet op het onderwerp van dit deelrapport beperken we ons hier tot de rechtsmiddelen tegen beslissingen in wat de normale procesgang genoemd mag worden, met als aangrijpingspunt de tweedeling van de berechting van strafbare feiten in eer-

142 Het hier besproken recht geldt voor Engeland en Wales. Gemakshalve spreken we steeds over Engels recht.

143 P. Murphy (ed.) *Blackstone's Criminal Practice*, 9th ed. London, Blackstone Press 1999 (hierna Blackstone), p. 1629-1630 (D25.19).

144 S. 9 Criminal Appeal Act 1995. Dit middel vertoont verwantschap met ons buitengewone rechtsmiddel van herziening. Vóór 1995 liep deze route via de Home Secretary, die thans nog wel bevoegd is tot gratieverlening.

145 Men kan zich met recht en reden afvragen of met de vele uitzonderingen en nevenschikte mogelijkheden wel van een stelsel gesproken kan worden. We blijven dat woord toch gebruiken als aanduiding van het totale arrangement, waaruit delen nader beschouwd worden, binnen welke delen wel weer van (sub)systematische samenhang gesproken kan worden.

ste aanleg. De onderwerpen die daardoor buiten de boot vallen komen gedeeltelijk terug in een later deelrapport, waarin op het punt van de hoogste voorziening voor de rechtseenheid meer detaillering te verwachten valt, en gedeeltelijk in de rechtsvergelijkende passages van het deelrapport gewijd aan het hoger beroep (zie elders in dit interimrapport).

De berechting van strafbare feiten in eerste aanleg is verdeeld over twee gerechten: het Magistrates' Court en het Crown Court. De verdeling van werkzaamheden vindt vooral plaats naar aanleiding van de categorisering van delicten in de wet en, voor een restant, de common law. Delicten zijn *summary*, *indictable only* of *triable either way*. De eerste categorie gaat altijd naar het Magistrates' Court en wordt berecht zonder de tussenkomst van een jury door een of meer lekenrechters (Magistrate). De tweede categorie gaat altijd naar het Crown Court en wordt berecht door een professionele rechter, met tussenkomst van een jury voor de schuldvraag wanneer de tenlastelegging wordt weersproken. De feiten uit de derde categorie kunnen in beide gerechten berecht worden. Welke van de twee het wordt hangt af van de uitkomst van een procedurele tussenstap (*committal*), waarin de verdachte een dikke vinger in de pap kan hebben. Die tussenstap is hier verder niet relevant – mede omdat de uitkomst niet aan een hogere voorziening onderworpen is. Omdat de straftoematingsbevoegdheid van de beide gerechten verschilt, vertegenwoordigt de categorisering van de delicten ook een gradatie in ernst (in abstracto). De Magistrate mag niet meer dan zes maanden gevangenisstraf opleggen of minder als het wettelijk strafmaximum lager is. Voor geldboetes gelden ook maxima. De lichtere feiten horen thuis in de Magistrates' Court en zijn dus *summary offence* en zo voorts. Wanneer de Magistrate na de feitelijke veroordeling ter zake van een *either way offence* van oordeel is dat de passende straf buiten zijn straftoematingsbevoegdheden ligt, kan hij de zaak voor de strafoplegging verwijzen naar het Crown Court. Dan geldt het eindvonnis als opgelegd door dat hogere gerecht.

We delen de bespreking van de Engelse rechtsmiddelenregeling dus in aan de hand van uitspraken van één van beide gerechten, waarbij nadere onderscheidingen, zoals tussen feitelijke veroordeling (*conviction*) en strafoplegging (*sentence*), vanzelf aan de orde komen. Nadere uitleg van het Engelse twee-fasenproces en het stelsel van *pleas* laten we hier achterwege.



### 4.3.2 Uitspraken van het Magistrates' Court

#### 4.3.2.1 Beroep op het Crown Court

Een beslissing van de Magistrate kan in Engeland in twee gerechten worden aangevochten, het Crown Court en het Divisional Court of the Queens Bench Division. Het eerste gerecht beoordeelt de beslissingen in volle omvang. Bij het tweede kan een appellant alleen terecht met juridische klachten. Op de beoordeling in volle omvang gaan we in deze paragraaf nader in, de behandeling van rechtsklachten komt in de volgende. Vermelding verdient vooraf, dat de Magistrates' Courts Act 1980 (MCA) in s. 111(4) de onderlinge verhouding tussen deze twee rechtsmiddelen goeddeels regelt. Op het moment dat de verdachte c.q. veroordeelde een beroep terzake van rechtsklachten aantekent vervalt het recht van appel op het Crown Court. Is evenwel gekozen voor het appel in volle omvang bij het Crown Court, dan kan daarna toch nog op juridische punten de mening van het Divisional Court uitgelokt worden op dezelfde wijze als dat onmiddellijk na de beslissing van de Magistrate mogelijk was; s. 28 Supreme Court Act 1981 (SCA). We komen daar zodadelijk op terug.

Tegen de uitspraken van de Magistrate stelt s. 108 MCA beroep in volle omvang op het Crown Court open ter zake van de strafoplegging als hij een *guilty plea* heeft afgegeven en ter zake van de feitelijke veroordeling én de strafoplegging als dat niet het geval was.<sup>146</sup> Het rechtsmiddel wordt alleen toegekend aan de veroordeelde, niet aan de vervolging. Een veroordeling terzake van de ten laste gelegde feiten (of de onder deze feiten begrepen alternatieven) kan tweeërlei voorgeschiedenis hebben: een behandeling en beslissing op basis van de bewijsmiddelen of een verklaring van instemming met de beschuldiging, een *guilty plea*, die naar Engels recht de behandeling van het bewijs overbodig maakt. Aangezien dat laatste in de overgrote meerderheid van de zaken in de Magistrates' Court van toepassing is, zullen we beginnen met enkele bijzonderheden van het beroep tegen een veroordeling op basis van een instemming. De toelaatbaarheid van een dergelijk beroep moet als een uitzondering worden beschouwd, omdat het neerkomt op een klacht over een beslissing waar de verdachte mee ingestemd heeft. Normali-

146 De verschillende vormen waarin alternatieve straffen en voorwaardelijke veroordeling bij dit gerecht zijn gegoten laten we buiten de beschrijving. Het appelrecht in deze gevallen wordt in de wet wel geregeld.

ter is een verklaring van instemming een barrière voor hoger beroep.<sup>147</sup> De bewoordingen van de S. 108 MCA laten dit appel ook niet toe. Na een verklaring van instemming kan de veroordeelde immers alleen tegen de strafoplegging in beroep komen. Niettemin, met name omdat gebreken in de totstandkoming van de verklaring alsmede in de veroordeling daarna niet uit te sluiten zijn, kan de verdachte blijkens de rechtspraak toch appelleren.<sup>148</sup> Met dit appel kan de verdachte slechts uitlokken, dat de hogere rechter nader naar de verklaring van instemming kijkt, niet dat de feiten achter de tenlastelegging in hogere instantie worden behandeld. Instemmende verklaringen, die meteen of naderhand als dubbelzinnig moeten worden gekwalificeerd, alsmede die welke onder dwang zijn afgelegd, verdienen correctie. Appel in deze situaties kan ertoe leiden dat het Crown Court de verklaring officieel laat doorhalen en de zaak terugwijst naar de Magistrate met de in beginsel bindende aanwijzing, dat de feiten behandeld moeten worden alsof de instemming niet aanwezig was. Verder mag het ne-bis-in-idem beginsel als zo sterk worden aangemerkt, dat de beweerde schending daarvan bij het Crown Court mag worden aangevochten, ook al is die tweede veroordeling op basis van de instemming gegeven.

In de gevallen, genoemd in s. 108 MCA, moet het beroep binnen 21 dagen ingesteld. Een reglementair ingesteld appel behoeft geen verlof. De Engelse variant van de *Wiedereinsetzung im vorigen Stand* (zie de beschrijving van het Duitse recht in dit deelrapport) biedt (ule) 7 van de Crown Court Rules 1982 (CCR). Als de wettelijke periode is verstreken kan de veroordeelde een verzoek indienen bij het Crown Court om een verlof tot het instellen van appel na afloop van de termijn. Daarbij moet in het verzoek toegelicht worden waarom niet tijdig appel kon worden ingesteld en wat het belang van de verzoeker bij het appel is. Het Crown Court mag namelijk alle kanten van de zaak betrekken bij de vraag of alsnog appel kan worden ingesteld. Het verzoek wordt in beginsel tamelijk vormeloos afgedaan. De verzoeker wordt niet gehoord en voor de beslissing hoeft het gerecht geen motivering te geven.<sup>149</sup> Daarbij moet worden aangetekend, dat er mogelijkheden bestaan, dat de veroordeelde bij de finale afdoening van de zaak niet in de Magistrates' Court aanwezig was. Men denke maar aan de mogelijkheid van

147 Dit verklaart ook het geringe belang van hoger beroep tegen een feitelijke veroordeling van de Magistrate in de rechtspraak. In meer dan 90 % van de zaken wordt een verklaring van instemming gegeven, waarna een appel tegen de feitelijke veroordeling hoogst uitzonderlijk is.

148 Blackstone *a.w.*, p. 1617-1618 (D25.4), waar ook de in de rechtspraak erkende uitzonderingen vermeld worden.

149 Blackstone *a.w.*, p. 1619 (D25.5).

een schriftelijke instemmingsverklaring, gangbaar in verkeerszaken.<sup>150</sup> Deze verstekvonnissen zijn echter beperkt tot geldboetes, aangezien de veroordeling *in absentia* tot vrijheidsstraf of ontzegging van de rijbevoegdheid wettelijk uitgesloten wordt in s. 11(3) en (4) MCA. Het ligt op de weg van de Magistrate om in die gevallen de verdachte op de zitting te laten komen. Zodoende is dan de aanvang van de appeltermijn steeds bekend.

Met of zonder herstel van termijnverzuim, het appel dient steeds te worden ingesteld bij het gerecht dat de aangevochten beslissing heeft genomen met mededeling daarvan aan de vervolgende partij, in veel gevallen de Crown Prosecution Service. Een opgave van appelgronden is niet vereist. Wel moet duidelijk gemaakt worden welke beslissing van de Magistrate wordt aangevochten, de feitelijke veroordeling, de strafoplegging of beide.<sup>151</sup> Duidelijk is dat het beroep dus beperkt kan worden ingesteld. Niettemin is het zo, dat een beperking van het appel tegen een feitelijke veroordeling de strafoplegging niet onaantastbaar maakt, wat het risico van appelleren voor de appellent aanzienlijk zou verkleinen. De bevoegdheden van de appelrechter zijn echter heel ruim omschreven in s. 48(2) SCA. Het Crown Court als hoger beroepsrechter kan de aangevochten beslissing bevestigen, terugdraaien en veranderen. Het kan tevens de zaak terugwijzen naar de Magistrate met mededeling van wat er aan de aangevochten beslissing mankeerde. In het geval dat een terugwijzing echter achterwege blijft, kan de straf dus verhoogd worden, waarbij overigens de straftoemingsgrenzen voor de Magistrate bepalend blijven voor de speelruimte van het Crown Court. Dit risico voor de veroordeelde (in de praktijk overigens niet erg groot) moet gezien worden als een soort tegenwicht tegen de afwezigheid van een algemeen verlovvereiste voor de beroepen tegen vonnissen van de Magistrate.<sup>152</sup>

In de ruime beslissingsbevoegdheden van het Crown Court als appelrechter zit nog een tweede ontmoediging om ongefundeerde appellen in te stellen. De veroordeelde van wie het appel wordt verworpen loopt namelijk het risico te worden veroordeeld in (een deel van) de kosten, door de vervolging gemaakt om het appel te weerspreken. R. 12 CCR bepaalt dat het Crown Court bij de beslissing op het appel de kosten naar eigen goeddunken mag verdelen. Het is een niet onrealistisch perspectief, dat er een financieel

150 Zie Den Hartog & Stamhuis *a.w.*, p. 11-112.

151 R. 7(4) CCR.

152 Blackstone *a.w.*, p. 1621 (D25.6). De binding aan de grenzen voor de Magistrate gaat zelfs zo ver, dat een door de Magistrate gewekt, rechtens erkend vertrouwen door de appellent meegenomen wordt naar de straftoemeting in hoger beroep. Men moet daarbij bijvoorbeeld denken aan vertrouwen gewekt door de suggestie van de Magistrate, dat bij een gunstig reclasseringsrapport geen vrijheidsstraf zal volgen.

staartje zit aan een appel, dat onsuccesvol blijkt te zijn, des te meer wanneer het appelgerecht in het beroep geen substantie kon ontdekken.<sup>153</sup> Heeft de appellant wel succes met zijn beroep, dan kan hem een kostenvergoeding worden toegekend uit de publieke middelen; r. 13 CCR.

Wanneer de appellant verzuimt om bij de appelzitting te verschijnen heeft dat geen gevolgen van rechtswege voor het appel. Zolang met behulp van de vervolging de feiten doorgenomen kunnen worden is de rechter van de tweede instantie in staat om een oordeel te vormen. Met name geldt niet verschijnen niet als intrekking van het appel. Voor intrekking gelden bepaalde vormen (onder meer alleen schriftelijk; r. 11 CCR) en daarvan mag niet afgeweken worden enkel omdat de appellant niet verschijnt. Over intrekking van het beroep ná aanvang van de behandeling beslist weliswaar het appelgerecht, maar ook dan is een verzoek daartoe van de appellant vereist. Ondanks dit alles is het niet verschijnen in de praktijk veelal aanleiding om het appel simpelweg te verwerpen, omdat er geen bezwaren tegen de beroepen beslissing gebleken zijn. Bij deze verwerping van het beroep zal de niet verschijning van invloed zijn op de kostenveroordeling.<sup>154</sup>

De behandeling en beslissing van de zaak in hoger beroep vindt plaats door één lid van het Crown Court samen met twee Magistrates. Zoals gezegd kunnen alle aspecten van de zaak, dat wil zeggen feitelijke en juridische, opnieuw beoordeeld worden. Per saldo gaat men te werk volgens de orde zoals die ook in eerste aanleg wordt gevolgd. Wanneer het om een beroep tegen de feitelijke veroordeling gaat wordt gewoon een presentatie van de bewijsmiddelen gegeven, welke ten opzichte van de eerste aanleg overigens niet beperkt is tot reeds eerder aangevoerd bewijs.<sup>155</sup> Ook nieuwe bewijsmiddelen, pas later beschikbaar gekomen of eerst achtergehouden, mogen in hoger beroep alsnog naar voren gebracht worden. Bij een beroep tegen de strafoplegging vindt een herhaling van de straftoemettingsfase plaats op basis van de feitelijke veroordeling, die voor de appelrechter onaantastbaar is. Wanneer tijdens het strafmaatappel het gerecht tot ontdekking komt dat tegen de feitelijke veroordeling wel het een en ander in te brengen zou zijn

153 De voor Magistrates ontwikkelde strafrichtlijnen spelen in de praktijk een rol in summary zaken. Een appel tegen strafoplegging conform de richtlijn moet extra gefundeerd worden met bijzondere omstandigheden, anders is het zonder rechtens relevant belang.

154 R. 12(6) CCR. Na correcte intrekking van het appel is de veroordeelde ook niet helemaal veilig voor een kostenveroordeling. S. 109(1)(b) MCA maakt het mogelijk dat de kosten van de wederpartij, gemaakt vóór de intrekking bekend gemaakt was, door de veroordeelde gedragen moeten worden. Een beslissing daartoe kan de Magistrate op verzoek van de wederpartij geven.

155 Zie verder het deelrapport 'Hoger beroep' (M.S. Groenhuijsen & J. de Hullu) elders in dit boek.

geweest, hetgeen bij uitzondering wel voorkomt, kan het Crown Court niet rechtstreeks ingrijpen. Een indirecte weg wordt dan wel eens bewandeld. Het Crown Court geeft aan de verdachte spontaan verlof tot appelleren na de termijn op grond van r. 7 CCR (zie boven). De verdachte, wakker geschud, gaat alsnog in beroep tegen de feitelijke veroordeling en op die basis is die beslissing dan bereikbaar geworden voor de appelrechter.

Het Crown Court geeft zijn beslissing op basis van de tenlastelegging, zoals die door de Magistrate is gebruikt als basis voor zijn beslissing. Zelfs wanneer in eerste aanleg ten onrechte wijzigingen aangebracht zijn, is de appelrechter aan de grondslag voor de beslissing in eerste aanleg gebonden. Op basis daarvan neemt het gerecht zijn nieuwe beslissing met de verplichting om ter zake van de tijdens de behandeling opgeworpen twistpunten een motivering te geven. Deze uitzondering op het generaal nogal lage niveau van motiveringsplichten is gebaseerd op een ongeschreven regel van *natural justice*.<sup>156</sup>

#### 4.3.2.2 Beroep op het Divisional Court

Elke beslissing van een Magistrate, die rechtens onjuist is of een overschrijding van competentie betekent (*wrong in law or in excess of jurisdiction*), kan door de vervolging, de verdediging of enige andere partij worden aangevochten voor het Divisional Court of the Queen's Bench Division, kortweg Divisional Court. Uit de omschrijving van de beroepsgrond blijkt al dat het gaat om een tot juridische bezwaren beperkt rechtsmiddel. Het vanzelfsprekende gevolg van deze beperking is, dat feitelijke kwesties en nieuw bewijs, alsmede kwesties van straftoemeting niet aan de orde gesteld kunnen worden. Op het onderwerp straftoemeting moet nog een uitzondering worden gemaakt. De vervolging kan wel met dit rechtsmiddel de gronden aanvechten waarop de Magistrate een bijkomende straf, die in de regel verplicht is, toch achterwege gelaten heeft.<sup>157</sup> Daarnaast kan in een uitzonderlijk geval een veroordeelde de straftoemeting aan de kaak stellen als '*harsh and oppressive*'. De redenering is dan de volgende. Bij de gewraakte strafoplegging zijn zozeer grenzen van de normale discretionaire ruimte overschreden, dat de Magistrate wel een onjuiste toepassing aan het recht móet hebben gegeven. Een dergelijk strafmaatappel is zo tot een juridisch bezwaar geworden. Met feitelijke kwesties wordt een vergelijkbare kunstgreep toegelaten, die

156 Blackstone *a.w.*, p. 1620 (D25.5).

157 Bijvoorbeeld strafpunten op het rijbewijs of ontzegging van de rijbevoegdheid; Blackstone *a.w.*, p. 1624 (D25.13).

we hier als volgt samenvatten. Feitelijke vaststellingen kunnen niet op hun juistheid worden getoetst, maar wel op hun begrijpelijkheid in het licht van het bewijs en op de gevolgtrekkingen die de Magistrate eraan heeft verbonden. In de praktijk komen vooral veel beroepen voor, die betrekking hebben op de geldigheid van de dagvaarding en de toelating of uitsluiting van bewijs.

Uitgangspunt voor de beoordeling van de bezwaren is het rapport van de Magistrate. Zo komen we op de procedure, die gevolgd moet worden. Het rechtsmiddel kan worden aangewend binnen 21 dagen na afloop van de zaak in de Magistrates' Court, door middel van een verzoek aan de *iudex a quo* om een rapport op te maken met het oog op een hogere voorziening. In dat verzoek moet het bezwaar duidelijk zijn omschreven. Normaliter gaat de Magistrate over tot het opstellen van het gevraagde rapport (de *case stated*). In overleg met de Magistrate stelt de griffier (de deskundige ondersteuning van de lekenrechter) een concept op, waarop de partijen mogen reageren. Aan de hand van de reacties wordt een definitief rapport opgemaakt en getekend, dat naar de verzoeker wordt gestuurd. Hiermee kan deze dan naar het Divisional Court gaan om daar het juridisch debat te entameren. Met het oog op deze functie in de procedure dient het rapport de tenlastelegging te bevatten en de feiten, zoals die door de Magistrate zijn vastgesteld. De ondersteunende bewijsmiddelen worden alleen opgenomen wanneer het beroep betrekking heeft op de bewijsvoering zoals hierboven omschreven. Verder moeten de stellingen van partijen over de opgeworpen rechtsvraag en daarbij geciteerde jurisprudentie worden vermeld. Het rapport besluit dan met de beslissing van de Magistrate op het contentieuze punt en de rechtsvraag die het Divisional Court ter beantwoording wordt voorgelegd.<sup>158</sup>

Niet elk verzoek leidt automatisch tot de zojuist beschreven rapportage. Het staat de Magistrate vrij om een verzoek te weigeren, waarvan hij oordeelt dat het geen redelijk belang dient (*frivolous*).<sup>159</sup> Deze afwijzing kan door de verzoeker voorgelegd worden aan het Divisional Court met de vraag om alsnog de Magistrate op te dragen, dat deze het rapport opmaakt. Zo beschikken de betrokken gerechten over de mogelijkheid het ingestelde beroep op de aanwezigheid van een redelijk belang te toetsen. Een tweede optie om tijd- en geldverspilling te bestrijden is de schriftelijke garantie. Wanneer de Magistrate vrees koestert, dat het appel na de rapportage niet verder zal worden doorgezet, kan hij de inwilliging van het verzoek om een rapport afhan-

158 Blackstone *a.w.*, p. 1625-1626 (D25.14).

159 P.J. Richardson (ed) Archbold Criminal Pleading, Evidence and Practice, edition 2000, London, Sweet & Maxwell (hierna Archbold), p. 881 (7-18): *frivolous* means 'futile, mis-

→

kelijk maken van een schriftelijke garantieverklaring. Daarin bevestigt de verzoeker, dat hij het beroep zal doorzetten en de kosten zal betalen, die door het hogere gerecht aan hem zullen worden opgelegd.

De behandeling van de zaak vindt plaats ten overstaan van tenminste twee, maar veelal drie leden van het hof, inclusief de voorzitter, de Lord Chief Justice. Ze bestaat uit een uitwisseling van standpunten over de rechtsvraag, waarbij de eis gesteld wordt dat die standpunten op de feiten uit het rapport gebaseerd kunnen worden. Nieuwe juridische argumenten tegen de aangevochten beslissing zijn onder de zelfde voorwaarde toelaatbaar, mits ze in eerste aanleg inderdaad een adequaat verweer zouden hebben opgeleverd. Voor de beslissing geeft s. 28A SCA een ruime bevoegdheid aan het Divisional Court. Het kan de gewraakte beslissing terugdraaien, bevestigen of verbeteren. Eveneens beschikt het over de mogelijkheid om vervolgens de zaak terug te wijzen naar de eerste aanleg voor een hernieuwde behandeling. Dat kan het Hof doen in het geval een *faire* behandeling van de feiten gewenst en ook nog steeds mogelijk is.<sup>160</sup> Als het standpunt op de rechtsvraag het Divisional Court daartoe aanleiding geeft kan het ook de feitelijke veroordeling of vrijspraak veranderen. Substitutie van een vrijspraak voor een feitelijke veroordeling kan vervolgens aanleiding geven de zaak eveneens terug te wijzen voor een straftoemettingszitting in het gerecht van de eerste aanleg.

Het appel op rechtspunten door middel van het verzoek om een rapport op te maken kan niet alleen worden gebruikt tegen beslissingen van het Magistrates' Court, maar ook van het Crown Court in zijn hoedanigheid van appelrechter. Dat geeft een rechtsmiddel aan de partij die ontevreden is met de uitkomst van het hoger beroep tegen een beslissing van de Magistrate en fungeert zo als een tweede voorziening beperkt tot rechtspunten. Qua procedure en beslissingsbevoegdheid valt als enige bijzonderheid te noemen, dat het concept-rapport door de verzoeker zelf moet worden opgesteld. De wederpartij wordt eveneens in de gelegenheid gesteld een concept in te dienen. Op basis van de ingediende concepten maakt de voorzitter van de appelkamer het definitieve rapport op, dat de appellant dan kan laten beoordelen door het Divisional Court.<sup>161</sup> Voor het overige wijkt de procedure niet substantieel af van wat hierboven reeds beschreven is.

We sluiten de behandeling van de rechtsmiddelen tegen de beslissingen van de Magistrates' Court af met een korte uitweiding over de reeds ge-

←

conceived, hopeless or academic'.

160 Blackstone *a.w.*, p. 1627 (D25.16).

161 Zie r. 26 CCR.

noemde prerogatieve bevoegdheden tot *judicial review* van het High Court. Deze vervullen namelijk een aanvullende functie voor het aanvechten van beslissingen van de Magistrate en van het Crown Court voorzover dat als appelgerecht een beslissing heeft gegeven. Eén van de mogelijkheden kwamen we reeds tegen in het bezwaar dat de appellant kan indienen tegen een weigering om rapport op te maken. Dit is een verzoek om een rechterlijk bevel, dat met de term *mandamus* wordt aangeduid. De twee andere vormen zijn *order of certiorari*, gebruikt voor de vernietiging van een beslissing, en *prohibition*, waarmee een rechterlijk verbod wordt bedoeld om op een bepaalde wijze te handelen.<sup>162</sup> Al deze bijzondere bevoegdheden kunnen dus op verzoek van een belanghebbende worden aangewend tegen beslissingen van de Magistrate in eerste aanleg en het Crown Court in tweede aanleg. Beoogd wordt met deze bevoegdheid dat de lagere gerechten binnen de grenzen van hun competentie datgene doen waartoe ze geroepen zijn en dat substantiële procedurefouten gecorrigeerd kunnen worden. De gronden waarop een verzoek kan worden gebaseerd zijn dan ook foute rechtstoepassing, overschrijding van competentie en schending van de regels van *natural justice*.<sup>163</sup>

Een Divisional Court is geroepen deze vorm van toezicht uit te oefenen. Ten opzichte van het normale beroep op het Divisional Court nemen deze bijzondere varianten een subsidiaire plaats in. Als het beoogde effect ook via de normale weg bereikt kan worden heeft dat in beginsel voorrang en zal het Divisional Court wachten op het inzenden van een rapport van de Magistrate. In zijn algemeenheid zijn er geen beperkingen van toepassing op de bijzondere bevoegdheden, ook al zal bijvoorbeeld het vernietigen van een vrijpraak een uitzondering moeten blijven. Hoewel geen absolute verhindering vormt het verbod van dubbele berechting toch wel een grote belemmering om in zo'n geval in te grijpen.<sup>164</sup>

Het gebruik van het verzoek om *judicial review* is wel aan de beperking van een verlot van het hogere gerecht onderworpen. Binnen drie maanden nadat de reden voor *review* zich heeft voorgedaan moet de belanghebbende een gemotiveerd verzoekschrift indienen om verlot te krijgen. Op basis van dat verzoekschrift toetst een enkelvoudige kamer de beslissing, veelal zonder

162 Aanvullend kan het hof beslissingen nemen om het vervolg van de zaak te bepalen. Na vernietiging kan het bijvoorbeeld zelf in de zaak voorzien, maar ook terugwijzen voor een nieuwe beslissing.

163 Deze gronden zijn gegeven voor de vernietiging, maar gelden *mutatis mutandis* ook voor de beide andere varianten; Blackstone *a.w.*, p. 1631-1634 (D25.21 - D25.24). Een voorbeeld van een regel van *natural justice* is de rechterlijke onpartijdigheid en onbevangenheid.

164 Zie Blackstone *a.w.*, p. 1630 (D25.20) voor voorbeelden waarin een vrijpraak wel werd vernietigd.



hoorzitting en zonder dat de wederpartij haar mening geeft, of er *een prima facie case* is, die de behandeling door het Divisional Court verdient. Een weigering van het verlov kan door de verzoeker worden voorgelegd aan het Divisional Court. Na verlening van het verlov legt de verzoeker in een uitgebreid schriftelijk stuk de zaak voor aan het hof, met verstrekking van afschrift aan de wederpartij. De wederpartij mag namelijk participeren in de zaak. In de regel wordt voor de feitelijke basis volstaan met schriftelijke stukken en komt de zitting neer op het aanhoren van pleidooien van beide zijden. Aanvullend mag het hof de Magistrate of de rechter van het Crown Court, om wiens beslissing het gaat, uitnodigen om gehoord te worden. Daarna volgt dan de beslissing of en hoe metterdaad een van de bijzondere bevoegdheden tot ingrijpen aangewend wordt.<sup>165</sup>

#### 4.3.3 Uitspraken van het Crown Court

##### 4.3.3.1 Beroepsmogelijkheden voor de veroordeelde

De mogelijkheden om de uitspraken en beslissingen van het Crown Court aan te vechten verschillen nogal van de situatie zoals in paragraaf 2 beschreven. In elk geval zijn de rechtsmiddelen anders verdeeld over vervolging en verdediging en bovendien ontbreekt de mogelijkheid van een hernieuwde feitelijke behandeling door een hoger gerecht. Het is dan ook niet mogelijk om in het gedeelte gewijd aan de Crown Court de zelfde indeling te volgen als hierboven. We zullen beginnen met de beroepsmogelijkheden voor de veroordeelde en daarna de middelen bespreken die aan de vertegenwoordiger van de vervolging ter beschikking staan. Aan de interlocutoire appellaten wordt een aparte subparagraaf gewijd. Op deze wijze trachten we tot een heldere beschrijving te komen van dit gedeelte van het Engelse stelsel van rechtsmiddelen.

Aan de veroordeelde verdachte staat beroep op het Court of Appeal (Criminal Division) open tegen de feitelijke veroordeling en tegen de strafoplegging.<sup>166</sup> De beslissingen kunnen in volle omvang worden getoetst, dat wil zeggen op feitelijke en op juridische bezwaren. Wat het aanvechten van

<sup>165</sup> Zie voor de procedure Blackstone *a.w.*, p. 1636-1637 (D25.27).

<sup>166</sup> Ook de uitspraak: *not guilty by reason of insanity* is vatbaar voor hoger beroep van de verdachte, evenals het oordeel dat de verdachte in de toestand was van *unfitness to plead*. In het eerste geval kan het Court of Appeal alsnog vrijspreken of alsnog veroordelen en straf opleggen; zie s. 12 en 13 Criminal Appeal Act en Blackstone *a.w.*, p. 1284 (D22.48). In het tweede geval betekent een afwijkend oordeel dat het proces in eerste aanleg alsnog gevoerd moet worden.

de feitelijke veroordeling betreft is het appel alleen bij wijze van uitzondering toegelaten wanneer de veroordeling op de verklaring van instemming berust, de *guilty plea*.<sup>167</sup> Wanneer de verklaring van instemming berustte op een verkeerd begrip van de tenlastelegging of van de strekking van de verklaring dan wel het gevolg was van ongeoorloofde pressie, kan de veroordeelde in beroep komen. Dat geldt ook in het geval de gegeven feitelijke veroordeling een rechtens verkeerde gevolgtrekking uit de feitelijke verklaring is. Tenslotte worden appellaten toegelaten wanneer de rechter in eerste aanleg een rechtens onjuiste tussenbeslissing heeft gegeven, bijvoorbeeld een weigering tot bewijsuitsluiting, waarna een feitelijke veroordeling zo onontkoombaar was, dat de verdachte om die reden maar instemde met de beschuldiging.<sup>168</sup> Voor het overige zal de appelrechter een grote tegenzin aan de dag leggen om naar de feiten achter de instemmende verklaring te kijken. Onmogelijk is het niet, blijkens de rechtspraak van het hof, maar men kan die zaken niet anders categoriseren dan als zaken met een evident gevaar voor een rechterlijke dwaling. Bij een beroep tegen de feitelijke veroordeling heeft de appelrechter de bevoegdheid om de aangevochten veroordeling te vervangen voor een andere en op basis daarvan straf op te leggen. Het toepasselijke wetsartikel, s. 3 Criminal Appeal Act (CAA), is echter zo geredigeerd, dat dit niet geldt voor een veroordeling na een verklaring van instemming, maar alleen na een jurybehandeling.

Het beroep tegen de feitelijke veroordeling komt in de regel dus na behandeling van het bewijs en beslissing door de jury. Een ingreep van de appelrechter moet dan ook begrepen worden als een bemoeienis met de taak van de jury. Om deze reden is terughoudendheid geboden.<sup>169</sup> S. 2 CAA noemt sinds 1995 als grond voor de ingreep in hoger beroep, dat de veroordeling door de hogere rechter als '*unsafe*' wordt gezien. De rechtspraak gaat uit van de zogenaamde '*lurking doubt*'-test: bestaat bij de rechters van het Court of Appeal op basis van de behandeling in hoger beroep twijfel of de feitelijke veroordeling juist is, in aanmerking genomen alles wat er in eerste aanleg en hoger beroep is voorgevallen. Het appel is evenwel geen nieuwe feitelijke behandeling, maar slechts een behandeling van de bezwaren. Nieuwe feiten zijn alleen onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar. De verdere details van de behandeling en beslissing van dit hoger beroep tegen de feitelijke veroordeling zijn te vinden in het deelrapport 'Hoger beroep', el-

167 Blackstone *a.w.*, p. 1550-1551 (D22.12); Archbold *a.w.*, p. 913-914 (7-103).

168 Dit is nog iets anders dan dat de zaak voor de verdediging er hopeloos uitziet. Het Court of Appeal bedoeld met onontkoombaar 'no legal escape from a verdict of guilty'; Blackstone *a.w.*, p. 1552 (D22.13).

169 Blackstone *a.w.*, p. 1556 (D22.15).

ders in dit boek. Hier zetten we de bespreking van het Engelse recht voort met de mogelijkheid tegen de strafoplegging door het Crown Court afzonderlijk hoger beroep in te stellen.

De veroordeelde heeft het recht om de strafoplegging door het Crown Court aan te vechten voor het Court of Appeal, met uitzondering van een bij wet gefixeerde straf, zoals levenslang voor *murder*. Ook van de zijde van de vervolging is een strafmaatappel in bepaalde gevallen toegelaten. Daaraan wordt in een aparte paragraaf aandacht besteed. Voor de veroordeelde is het appel tegen de strafoplegging op zich zelf niet bijzonder riskant. Niet alleen kan de feitelijke veroordeling niet meer gewijzigd worden, ook de straf kan niet ten nadele van de veroordeelde worden herzien.<sup>170</sup> Voordat echter een dergelijk beroep wordt behandeld moet de veroordeelde diverse stations passeren, maar daarover komen we zo te spreken.

Het Crown Court kan op verschillende manieren toekomen aan de oplegging van een straf. Ten eerste wordt in een zaak die bij het Crown Court dient, na een feitelijke veroordeling door de jury of ten gevolge van een instemmingsverklaring de zaak voortgezet voor de voorzittende rechter. Daarnaast kan de Magistrate na een feitelijke veroordeling (al of niet volgend op een verklaring van instemming) de zaak verwijzen naar het Crown Court om daar voortgezet te worden met de straftoemingsfase. In de inleiding maakten we al melding van deze optie, die gebruikt wordt als de bandbreedte voor straftoemeting van de Magistrate (zes maanden vrijheidsstraf of (in de regel) vijfduizend pond boete) ontoereikend geacht wordt om de juiste straf op te leggen. Tussen beide varianten bestaat een verschil waar het de beroepsmogelijkheden tegen de strafoplegging betreft. Alleen voor de strafoplegging na verwijzing door de Magistrate geldt een wettelijke opsomming van gevallen, waarin beroep tegen de strafoplegging open staat, voor de voortgezette Crown Court zaak niet. De belangrijkste gevallen zijn (s. 10(3) CAA): een gevangenisstraf van zes maanden of meer; een strafoplegging boven het wettelijk strafmaximum; oplegging van een maatregel vergelijkbaar met de ontzegging motorrijtuigen te besturen; oplegging van een maatregel vergelijkbaar met de tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke veroordeling.

Voor alle beroepen tegen de beslissingen van het Crown Court, die tot nu toe zijn behandeld, geldt een verlofstelsel. Dat geldt dus zowel voor het beroep tegen de feitelijke veroordeling als tegen de strafoplegging. Er zijn twee mogelijkheden om dat verlot te bemachtigen: van de *iudex a quo* en van de appelrechter. Wanneer de rechter, wiens beslissing zal worden aangevochten, zelf al van oordeel is dat er concrete en dwingende gronden zijn

170 S. 11(3) CAA.

voor een herbeoordeling, dan kan hij een *certificate* geven waarmee de appellant rechtstreeks toegang tot de appelrechter heeft. Deze toestemming wordt ambtshalve of op verzoek van de veroordeelde gegeven. De rechter mag dit overigens niet gebruiken om zijn onvrede met de uitkomst te ventileren, hetgeen met name relevant is voor beroep tegen de feitelijke veroordeling door de jury. Bij beroep tegen de strafoplegging is er bovendien een alternatieve route voor heroverweging, die de voorkeur verdient. De rechter heeft op grond van s. 47(2) SCA de mogelijkheid om binnen een termijn van 28 dagen het vonnis nog te veranderen.<sup>171</sup> De omstandigheden, die hem tot het verlenen een appelverlof zouden brengen, moeten eerder tot wijziging van de straf leiden. In alle gevallen moet met de bevoegdheid om toegang tot de appelrechter te verlenen terughoudend omgesprongen worden. De literatuur noemt het gebruik voor beroep tegen de strafoplegging zelden gerechtvaardigd, terwijl voor beroep tegen de feitelijke veroordeling vereist is dat de gronden een ‘*substantial chance of succeeding*’ hebben.<sup>172</sup> Is de toestemming verkregen, dan heeft de veroordeelde 28 dagen om hoger beroep aan te tekenen bij het Court of Appeal met vermelding van de gronden waarop het appel gebaseerd is.<sup>173</sup> Een apart verlof is dan niet meer nodig.

De toestemming van de rechter in eerste aanleg kan en zal in veel gevallen dus niet verleend worden. Een beroep op het Court of Appeal is echter nog steeds mogelijk. De veroordeelde kan als alternatief een verzoek tot verlof indienen bij het Court of Appeal zelf. Ook dat moet hij binnen 28 dagen doen en het verzoek moet onderbouwd worden met de gronden waarop het appel zal berusten. Naar aanleiding van dat verzoek beoordeelt een enkelvoudige verlofkamer op basis van de stukken of het verlof verleend dient te worden.<sup>174</sup> Deze kamer toetst of er ‘*reasonably arguable grounds*’ zijn voor het beroep.<sup>175</sup> De toetsing kan op het beroep in zijn geheel, maar ook op een deel van de grieven worden toegepast. Het staat de verlofrechter niet vrij een kans van slagen als uitgangspunt te nemen. Ook als naar zijn oordeel

171 Zie Blackstone *a.w.*, p. 1449-1451 (D17.35-D17.37).

172 Blackstone *a.w.*, p. 1577 (D22.38).

173 Zie r. 2(2)(a) Criminal Appeal Rules.

174 Bij de stukken bevinden zich de ingevulde formulieren van de appellant, waaruit de appelgronden blijken, verdere stukken die zijn ingediend en de schriftelijke weergave van de relevante delen van de zitting in eerste aanleg. Dat laatste stuk wordt door de griffier van het appelgerecht opgevraagd en ter beschikking gesteld aan de partijen nadat het beroep reeds ingesteld is. De veroordeelde beschikt niet zonder meer over een proces-verbaal van de terechtzitting, maar het voert hier te ver om het Engelse procesrecht op dit punt te behandelen; zie Blackstone *a.w.*, p. 1592-1593 (D23.10).

175 Wanneer de verlofrechter de behoefte voelt de vervolgende partij over het aangevoerde bezwaar te horen, mag hij dat als een belangrijke aanwijzing gebruiken dat er een prima

→

verwerping van het beroep waarschijnlijk is moet hij nog wel verlof verlenen als de gronden in redelijkheid verdedigbaar zijn. Is zijn beslissing positief, dan heeft de veroordeelde toegang tot de appelbehandeling, maar dan uitsluitend om de toelaatbaar geoordeelde punten aan te voeren. Bij een negatieve beslissing kan de verzoeker nog een heroverweging vragen van een twee-persoonskamer. In theorie is deze fase uitgebreider omdat een behandeling op een openbare zitting plaatsvindt met de mogelijkheid van partijen om hun standpunt uiteen te zetten. In de praktijk komt het daar vrijwel nooit van, doordat in de regel geen vergoeding voor rechtsbijstand beschikbaar is en ook de vervolging dan niet verschijnt. De beide leden van het hof lezen de stukken nog eens en geven dan hun beslissing. Er is in wezen weinig verschil met de enkelvoudige behandeling.<sup>176</sup>

De hier beschreven gang van zaken is representatief voor het normale geval. Een mogelijkheid van versnelling voor gevallen, dat het appel zo te zien kans van slagen heeft, biedt de bevoegdheid van de griffier om een verzoek om verlof meteen aan een volledige kamer van drie leden toe te delen. Deze kamer vervult dan achtereenvolgens de taak van verlofkamer en appelgerecht. Nadat veiliggesteld is, dat de vertegenwoordigers van beide partijen voor de openbare verlofzitting zullen verschijnen, wordt een zitting bepaald voor de behandeling van het verlof en na verlening onmiddellijk van de hoofdzaak. Zo worden de fasen in elkaar geschoven.<sup>177</sup> Iets dergelijks kan ook passeren bij een beroep zonder een substantieel punt. S. 20 CAA biedt de mogelijkheid om in een verkorte procedure een negatieve beslissing op een aangevoerde appelgrief te geven zonder de partijen verder te horen. Dan is de mogelijkheid om heroverweging aan te vragen ook afgesneden.

Ook bij het Court of Appeal bestaat de mogelijkheid om termijnverzuim te amenderen. Het hof heeft namelijk de bevoegdheid om de termijn van 28 dagen te verlengen; s. 18(3) CAA. Het doet dat op verzoek van de veroordeelde, welk verzoek binnen de termijn of na afloop kan worden ingediend. In beginsel is de beoordeling van dit verzoek geconcentreerd op de redenen waarom niet binnen de termijn de juiste handelingen zijn verricht. Deze verzoeken worden behandeld door een enkelvoudige kamer. De praktijk laat zien, dat alleen op hele sterke argumenten een verzoek tot termijnverlenging kans van slagen heeft.<sup>178</sup> Het uitspreken van een beslissing door het Crown Court vindt steeds in tegenwoordigheid van de verdachte plaats. De aanvang van de termijn is hem dus steeds bekend.

←

facie case voor appel is; Archbold *a.w.*, p. 968 (7-235).

176 Blackstone *a.w.*, p. 1591 (D23.8).

177 Blackstone *a.w.*, p. 1550 (D22.11).

178 Blackstone *a.w.*, p. 1591-1592 (D23.9).

Aanvullend op het verlostelsel (en de versnelde verwerping ex s. 20 CAA) is nog een enkel instrument te noemen om het appelleren zonder redelijke grond verder te ontmoedigen, de welbekende dreiging dat de aftrek van voorarrest zal vervallen. In s. 29 CAA wordt als uitgangspunt gegeven, dat de tijd in detentie doorgebracht in afwachting van de beslissing op het hoger beroep gerekend wordt als executie van het vonnis. Het Court of Appeal mag hierop echter bij uitdrukkelijke beslissing een uitzondering maken, maar dat geldt weer niet als er een *certificate* of een verlov verleend is. Kortom, het is met name in de fase van de enkelvoudige verlofkamer dat zich deze aanwijzing kan voordoen. Het Court of Appeal heeft zich in een zgn. *Practice Direction* uit 1980 verder uitgelaten over de te volgen praktijk, welke nog steeds geldt.<sup>179</sup> Wanneer de verdachte zijn appelgrievens heeft laten opstellen door een advocaat, die bereid was ze te tekenen en in te dienen, heeft hij weinig te vrezen. Deze verdachte moet zich dan wel bij de eerste weigering van het verlov neerleggen en geen heroverweging vragen. Een verdachte, die zonder advocaat te raadplagen zijn gang gaat loopt dus een risico, maar dit is een geval dat in de praktijk niet vaak voorkomt. Het dreigement is kennelijk effectief genoeg.

Is de veroordeelde er in geslaagd toegang tot de appelrechter te verkrijgen, dan heeft hij ook het recht om daarbij in persoon aanwezig te zijn. De benadering van de Criminal Appeal Act is blijkens s. 22 dat een lijst van gevallen wordt gegeven waarin een gedetineerde verdachte geen recht op aanwezigheid kan laten gelden. Bijvoorbeeld heeft hij geen recht op aanwezigheid bij behandeling van het verzoek tot verlov, maar ook bij een beroep, dat op een juridisch bezwaar gebaseerd is, heeft de gedetineerde verdachte bijzondere toestemming van het hof nodig om de zitting te mogen bijwonen. Bij dat perspectief is het niet te verwachten, dat er consequenties verbonden worden aan persoonlijk wegblijven van de appellant. Die troffen wij dan ook niet aan. Wel is het zo, dat een eenmaal ingesteld rechtsmiddel ook vervolgd moet worden. Verschijnt tijdens de behandeling van het appel de advocaat niet om zijn appelgronden toe te lichten, dan zal dat – na een eventuele aanhouding – tot verwerping van het beroep leiden omdat het niet is doorgezet. De aanwezigheid van een representant van de vervolgende instantie is bij beroep tegen de feitelijke veroordeling regel, bij beroep tegen de strafoplegging uitzondering.<sup>180</sup>

Tenslotte moeten we nog weer op een ‘onsystematisch’ element wijzen. In het Engelse recht worden de taken en bevoegdheden van het Court of Ap-

179 Blackstone *a.w.*, p. 1548-1549 (D22.10); Archbold *a.w.*, p. 964-965 (7-226 - 7-228).

180 Blackstone *a.w.*, p. 1597 (D23.15).

peal in beginsel beperkt opgevat. Aangezien het appel als zodanig al een kunstgreep van de wetgever is,<sup>181</sup> kan het Court of Appeal in beginsel geen inherente bevoegdheden uitoefenen zoals bijvoorbeeld de Divisional Court dat kan (zie boven). Niettemin is één prerogatief van dit hof toch wel erkend en ook in de wet (s. 53(2)(d) SCA) uitdrukkelijk in stand gelaten: het bevel tot het opnieuw aanvangen van het proces, in Engelse termen: *writ of venire de novo*. Deze bevoegdheid lijkt erg veel op die, welke normaliter na een geslaagd appel tegen de veroordeling kan worden aangewend, namelijk het bevelen van een nieuwe feitelijke behandeling in de vorm van een *order of retrial*. De omstandigheden waarin de bevoegdheid tot *venire de novo* kan worden aangewend ogen thans in belangrijke mate evenzeer geschikt om een gebruik van het wettelijk appelrecht te funderen. Toch wordt deze aparte bevoegdheid in stand gelaten. Zij kan worden ingeroepen in gevallen dat de verdachte is veroordeeld op basis van een proces dat die naam eigenlijk niet verdient vanwege de fundamentele fouten die er zijn gemaakt. De literatuur gebruikt woorden als ‘*total mistrial*’<sup>182</sup> en ‘*actually no trial at all*’.<sup>183</sup> In geval van een vrijspraak kan deze weg niet bewandeld worden, hoe ernstig de onregelmatigheden ook zijn geweest.<sup>184</sup> Formeel is het verschil met de normale bevoegdheden van de appelrechter, dat de procedure wordt teruggebracht tot het punt vlak voordat de fout passeerde, die nu de grond voor vernietiging is. In de praktijk komt het verschil er op neer, dat er na een *writ of venire de novo* een nieuwe behandeling van de feiten plaatsvindt op dezelfde dagvaarding, terwijl er na een gewone terugverwijzing door het Court of Appeal veranderingen in de dagvaarding kunnen worden bepaald. Hoe dan ook, de beide vormen van ingrijpen zijn zo geconstrueerd, dat ze ondanks de uiterlijke overeenstemming elkaar toch uitsluiten. De veroordeelde staat dan voor de volgende vraag: is de procedurele fout van dien aard, dat de eerste aanleg geacht moet worden niet te hebben plaatsgehad of is de fout minder ernstig en is de eerste aanleg alleen maar aantastbaar. In het eerste geval moet het Court of Appeal gevraagd worden zijn inherente bevoegdheid te gebruiken, in het tweede zijn wettelijke bevoegdheid tot vernietiging in hoger beroep.

181 Archbold *a.w.*, p. 884 (7-26).

182 Blackstone *a.w.*, p. 1569 (D22.23).

183 Archbold *a.w.*, p. 994 (7-289).

184 Archbold *a.w.*, p. 995-996 (7-295).

#### 4.3.3.2 Beroep ingesteld door de Attorney-General

Bij de behandeling van de rechtsmiddelen tegen beslissingen van de Magistrates' Court bleek al, dat de mogelijkheden om rechterlijke vonnissen aan te vechten niet bepaald symmetrisch verdeeld zijn over de veroordeelde en de vervolgende partij. Ook terzake van de uitspraken van het Crown Court als eerste instantie geldt deze asymmetrie. Een vrijgesproken verdachte heeft niets meer te vrezen, omdat het feitelijk oordeel van de jury onaantastbaar is. Ook de strafoplegging was tot ongeveer vijfentwintig jaar geleden voor de vervolging definitief na de uitspraak van de rechter in eerste aanleg. Momenteel staan er twee middelen ter beschikking van de vervolging, in de persoon van de Attorney-General, om aan het Court of Appeal een oordeel over een eindbeslissing van het Crown Court te ontlokken: het verzoek om beoordeling van een rechtsvraag na een vrijspraak en het verzoek om heroverweging van een te soepele strafoplegging.

Het verzoek om beoordeling van een rechtsvraag na vrijspraak stamt uit 1972. Dit rechtsmiddel vertoont verwantschap met onze cassatie in het belang der wet in die zin, dat de uitkomst geen gevolgen heeft voor de positie van de betrokkenen, in het bijzonder de vrijgesproken verdachte. Het is zelf niet toegelaten dat de identiteit van de vrijgesprokene op een of andere manier bekend wordt. Hij wordt door de griffier van het Court of Appeal in kennis gesteld van het verzoek en mag ook een advocaat het verzoek laten tegenspreken, maar zijn feitelijke positie als onschuldige mag geen gevolgen ondervinden. De Attorney-General stelt een verzoekschrift op terzake van een juridisch bezwaar dat hij tegen de handelwijze of de beslissing van het gerecht in eerste aanleg heeft. Het enige wat daarmee te bereiken valt is een mening van het Court of Appeal over hoe in de toekomst moet worden gehandeld. Bescherming van het vervolgingsbelang in de concrete casus is hier niet aan de orde. Het is overigens het expliciete standpunt van het Court of Appeal, dat dit middel niet gereserveerd wordt voor zwaarwichtige kwesties. Ook om te voorkomen dat een mogelijk foute rechtstoepassing van minder gewicht gaat rondzingen onder rechters die in het Crown Court participeren, kan een snelle beoordeling van het Court of Appeal effectief zijn.<sup>185</sup>

Het verzoek om herbeoordeling van een te lichte strafoplegging kwam in 1988 in de wet terecht. Wanneer de Attorney-General, daarop mogelijk-kerwijs geattendeerd door lagere vervolgingsfunctionarissen, van oordeel is dat het Crown Court een persoon een straf heeft opgelegd, die gegeven de feitelijke constellatie van de zaak niet redelijkerwijs passend geacht kan

185 Blackstone *a.w.*, p. 1609 (D24.3); Archbold *a.w.*, p. 996 (7-296).



worden, maar daarentegen veel te soepel, kan hij het Court of Appeal binnen 28 dagen verzoeken om strafverzwaring. Deze mogelijkheid is echter beperkt tot de *indictable offences* en de *offences triable either way*, voorzover ze daartoe zijn aangewezen in secundaire regelgeving. Voor de behandeling van een dergelijk verzoek is vervolgens een verlov van het appelgerecht vereist, waarbij een eerste toetsing wordt uitgevoerd van de redelijkheid van de aangevochten strafoplegging. Bij de uiteindelijke bepaling van de nieuwe straf neemt het Court of Appeal alle omstandigheden in aanmerking, ook die welke aan de rechter in eerste aanleg niet bekend konden zijn. Een heel nieuw feitenonderzoek voert het echter niet uit. Strafverhoging wordt gezien als een zwaar middel, hetwelk alleen wordt toegepast als het publieke vertrouwen in de rechtspleging ermee gediend kan zijn. Het Court of Appeal vervult zelf een gidsfunctie voor de straftoemeting door in *guideline cases* een standpunt te ventileren over richtsnoeren in bepaalde gevallen. Bij de beoordeling van een hernieuwde strafoplegging spelen deze richtingwijzers natuurlijk een belangrijke rol.<sup>186</sup>

#### 4.3.3.3 Interlocutoir appel

In strafzaken van grote omvang of complexiteit en in bepaalde fraudezaken wordt voorafgaand aan de berechting in eerste aanleg een voorbereidende zitting gehouden. In een eerder deelrapport maakten we daar al melding van.<sup>187</sup> Deze voorbereidende zittingen zijn bedoeld om voor zover mogelijk de hoofdprocedure te bespoedigen. Onder meer kan men dan de voorzittende rechter alvast verzoeken om tussenbeslissingen te nemen over kwesties, die anders toch buiten de jury om bevochten moeten worden, zoals bewijsuitsluiting. De wet opent de mogelijkheid om deze beslissingen van de rechter door het instellen van interlocutoir appel voor te leggen aan het Court of Appeal. Daartoe is wel de toestemming nodig van óf de beslissende rechter zelf óf het Court of Appeal in de vorm van een enkelvoudige verlofrecchter.

Het interlocutoir appel staat open voor elke partij, ten nadele van wie de tussenbeslissing van de rechter is gegeven. De wederpartij treedt bij het appel als respondent op. De voorbereidende zitting kan hangende het appel wel worden voortgezet, met name omdat meer dan één onderwerp de partijen bezig kan houden. Het is echter niet toegestaan met het jury-proces te begin-

186 Zie Blackstone *a.w.*, p. 1612-1615 (24.4); Archbold *a.w.*, p. 998-1001 (7-302 - 7-307).

187 Zie de aan Engeland gewijde passages in het deelrapport 'Wijziging van de bezetting tijdens de berechting' (E.F. Stamhuis) in, *Het onderzoek ter zitting, Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*.

nen voordat het appel definitief is beslist.<sup>188</sup> Dat spreekt vanzelf omdat het Court of Appeal de volle vrijheid heeft een tussenbeslissing te wijzigen, terug te draaien of te bevestigen. De situatie, zoals die zal hebben te gelden voor de feitelijke behandeling en beoordeling, kan dus nog veranderen.

Deze weg naar de appelrechter in dit type zaken kan men beschouwen als een niet onbelangrijke compensatie voor de beperkingen van het appelrecht van de vervolgende partij. Er is immers voor die partij geen algemene voorziening beschikbaar om rechtens onjuiste (tussen)beslissingen van de voorzittende rechter aan een hogere instantie voor te leggen. Een voor de vervolging nadelige tussenbeslissing buiten de gevallen, waarin een voorbereidende zitting wordt gehouden, is in veel gevallen onbereikbaar voor enige herbeoordeling in hogere aanleg.

#### 4.3.4 Verwijzing naar de appelrechter door de Criminal Cases Review Commission

Met de inwerkingtreding van de Criminal Appeal Act 1995 op 1 april 1997 kwam de Criminal Cases Review Commission (CCRC) in bedrijf in de strijd tegen rechterlijke dwalingen. Zij trad in de voetsporen van de minister van binnenlandse zaken, die tot dan toe de autoriteit was om over nova te oordelen. De praktijk van deze procedure werd echter onbevredigend ervaren, te terughoudend en afwachtend. Verder was men niet onverdeeld gelukkig met het feit dat een regeringsminister toezicht zou houden op de uitspraken van de onafhankelijke rechterlijke macht.<sup>189</sup>

De werkzaamheden van de CCRC zijn echter wel uitgebreider dan die van de minister. Met name was nieuw dat ook uitspraken voorwerp van hernieuwd onderzoek kunnen worden, die afkomstig zijn van een Magistrate of Crown Court als appelrechter. Een procedure voor deze commissie vervult de rol van voorprocedure voor herziening op grond van nieuwe argumenten en kan op zowel de feitelijke veroordeling als de strafoplegging betrekking hebben. De bezwaren kunnen van feitelijke aard zijn, maar ook een nieuw juridisch gegeven kan grond zijn voor de bemoeienis van de CCRC.

De veroordeelde kan zich op elk gewenst moment tot de CCRC wenden, maar in de regel heeft hij alleen maar succes als hij de beschikbare rechtsmiddelen heeft uitgeput. In het bijzonder moet de zaak voor de appel-

188 Waarbij het nog mogelijk is om na het Court of Appeal de zaak aan het House of Lords voor te leggen (zie par. 5).

189 Kate Malleson, *The Criminal Cases Review Commission: How Will It Work?*, in *Criminal Law Review* [1995], p. 929-937.

rechter behandeld geweest zijn, dan wel moet een poging daartoe ondernomen zijn door verlov te vragen. Alleen in uitzonderlijke gevallen kan van dit vereiste afgeweken worden. De CCRC beoordeelt een verzoek vervolgens op de vraag of er een reële mogelijkheid bestaat, dat op basis van de nieuwe argumenten of feiten de aangevochten uitspraak geen stand zal houden. Dat omvat een beoordeling van de nieuwigheid van de aangevoerde gronden alsmede van de vraag of er een mogelijkheid is dat het appelgerecht de gewraakte beslissing zal vernietigen.<sup>190</sup> Als de CCRC deze mogelijkheid inderdaad ziet, dan verwijst zij de zaak vervolgens naar het appelgerecht, dat op basis van deze verwijzing bevoegd wordt als was er op de normale wijze hoger beroep ingesteld. De afhandeling vindt plaats op de wijze die voor de afhandeling van de diverse appellen gangbaar is.<sup>191</sup>

#### 4.3.5 De toegang tot het House of Lords

De hoogste voorziening tegen rechterlijke beslissingen in Engeland is het beroep op het House of Lords, het Engelse Hogerhuis, waarin voor de behandeling en beslissing van deze beroepen een speciale groep *law lords* functioneert. Op details van de procedure en de competentie van deze hoogste rechter zullen we in een later deelrapport terugkomen. Hier zal slechts beknopt worden aangegeven wat stelselmatig de plaats van de toegang tot deze voorziening is. Daartoe beschrijven we door wie, waartegen en onder welke condities dit rechtsmiddel kan worden aangewend.

Een beroep op het House of Lords staat in strafzaken open voor de veroordeelde en de vervolgende partij beide tegen een beslissing van het Court of Appeal. In de categorie appellabele beslissingen vallen de uitspraken op het hoger beroep tegen de feitelijke veroordeling of de strafoplegging van het Crown Court, maar ook de afdoening in hoger beroep van een interlocutoir appel.<sup>192</sup> Verder is ook tegen beslissingen van de Divisional Court in een strafzaak beroep op het House of Lords opengesteld, mede omdat de gang naar het Court of Appeal dan uitdrukkelijk geblokkeerd is.<sup>193</sup> Het onderhavige rechtsmiddel is niet alleen beperkt tot het aanvechten van de beslissing op juridische gronden, het is bovendien alleen bedoeld voor het beantwoorden van rechtsvragen ‘*of general public importance*’, aldus s. 33(2) CAA. Daar-

190 In zeer bijzondere gevallen mag van de nieuwigheidseis worden afgeweken; *Malleson a.w.*, p. 932.

191 Zie *Blackstone a.w.*, p. 1608 (D24.1); *Archbold a.w.*, p. 934-935 (7-154 - 7-156).

192 Zie s. 33(1) CAA.

193 Zie s. 1(1)(a) Administration of Justice Act 1960 en s. 18(1) SCA; *Blackstone a.w.* p. 1644 (D26.2).

mee komt tot uitdrukking dat de hoogste rechter in Engeland alleen rechtsbescherming biedt als het te beslissen punt de individuele zaak overstijgt. De bevordering van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling domineert hier boven het belang van de klager bij juiste rechtstoepassing.

Ten einde te kunnen bepalen of de appellant wel recht heeft op het schaarse beroep op de hoogste rechter vindt er een verloftoetsing plaats. Allereerst zal de *iudex a quo* op verzoek van de door zijn beslissing getroffen partij beoordelen of er in de zaak inderdaad een rechtsvraag van algemeen belang aan de orde is. Wanneer dat door het gerecht is geaccepteerd wordt een *certificate* verschaft en kan de appellant zijn beroep indienen bij het House of Lords. Bij een afwijzende beslissing kan de appellant een tweede poging wagen door rechtstreeks verlof te vragen aan het House of Lords.<sup>194</sup> Over deze verzoeken oordeelt een Appeal Committee van drie lords, die ieder voor zich de keuze hebben om het verzoek zonder meer toe- dan wel af te wijzen, of om voorafgaand aan de beslissing nog een hoorzitting te beleggen. Als de lords unaniem voor afwijzing zijn wordt het verlof zonder meer afgewezen. Zijn ze unaniem voor toewijzing, dan krijgt de respondent 14 dagen de tijd om tegenargumenten aan te voeren, waarna definitief beslist wordt. Zijn de meningen verdeeld, dan vindt er sowieso een hoorzitting plaats. Op zo'n hoorzitting mogen de appellant en de respondent hun standpunten komen toelichten bij monde van een advocaat. Daarna valt dan de beslissing of wel of niet verlof verleend zal worden.

Met een verlof van óf de lagere rechter óf de verlofcommissie van de hoogste rechter kan de appellant doordringen tot de procedure om zijn bezwaren in rechte voor te leggen. Daar moet opnieuw een advocaat optreden. Veelal wordt aan beide zijden van de diensten van twee advocaten gebruik gemaakt. Eerst wordt een uitvoerig schriftelijk betoog ingediend en daarna vindt nog een hoorzitting plaats. In de aangevoerde bezwaren moet de appellant zich in beginsel beperken tot die onderwerpen, waarvoor het verlof verleend is. De hoogste rechter mag echter zelf toestemming verlenen om andere aspecten van de gewraakte beslissing aan de orde te stellen. Het onderscheid tussen de beide hoofdonderdelen van een veroordelend vonnis mag echter niet genegeerd worden. Bij een beroep in verband met de feitelijke veroordeling mag geen bezwaar tegen de strafoplegging worden opgeworpen.<sup>195</sup>

194 Voor beide verzoeken geldt een termijn van 14 dagen, met de mogelijkheid van verlenging door het gerecht op verzoek van de appellant; zie s. 34 CAA.

195 Archbold *a.w.*, p. 984 (7-260).

De toetsing van het House of Lords is meer dan alleen maar nagaan of het lagere gerecht een verkeerde rechtstoepassing heeft gegeven. In principe is zijn de appelgronden van de Criminal Appeal Act van toepassing,<sup>196</sup> hetgeen bij beroep tegen een feitelijke veroordeling betekent, dat de verkeerde rechtstoepassing ook van dien aard moet zijn, dat de veroordeling ‘unsafe’ is. Het is dus mogelijk dat een verkeerde rechtstoepassing wel blootgelegd wordt, maar dat de uiteindelijke beslissing in stand kan blijven. Bij dit type beroep en bij beroep tegen de strafoplegging komen het House of Lords de bevoegdheden toe het Court of Appeal respectievelijk het Divisional Court ter beschikking stonden, maar het kan er ook voor kiezen de zaak terug te wijzen en de lagere gerechten hun bevoegdheden zelf te laten uitoefenen.

#### *4.4 Conclusies uit de rechtsvergelijking*

In de voorafgaande pagina's is een zeer gevarieerd beeld naar voren gekomen. De onderlinge verschillen en ook de verschillen met ons nationale stelsel zijn op het eerste oog aanzienlijk. Toch lijkt het trekken van een aantal lijnen wel mogelijk. Daarbij is met name interessant, dat de bestudeerde landen alle een differentiatie in de eerste aanleg laten zien, die verder strekkende gevolgen heeft voor het stelsel van hoger beroep en cassatie dan bij ons. Op het moment dat een vergroting van de differentiatie wordt overwogen – en dat stellen wij voor met het drie-sporenmodel – kunnen bepaalde kenmerken van de beschreven stelsels tot verheldering van het beeld leiden en voor bepaalde keuzes alternatieven aandragen.

Het eerste wat opvalt in zowel Duitsland als Engeland is, dat in de zwaarste categorie zaken niet het meest uitgebreide rechtsmiddelenregime van toepassing is. Frankrijk neemt wat dat betreft sinds kort een bijzondere positie in, omdat het de volledige herbeoordeling van vonnissen van het cour d'assises introduceerde. Tot het einde van het jaar 2000 gold ook daar dat de vonnissen in de zwaarste zaken niet aan een tweede feitelijke instantie onderworpen konden worden. In Duitsland is de situatie het meest expliciet beperkt, daar tegen de vonnissen van het Landgericht in zijn hoedanigheid van eerste aanleg alleen maar cassatie openstaat. Engeland biedt voor de zwaarste zaken wel de mogelijkheid van heroverweging van de feitelijke én de juridische kanten van de uitspraken in eerste aanleg, maar het Engelse recht vertoont een grote terughoudendheid en de uitspraken zijn sowieso beschermd.

196 Archbold *a.w.*, p. 984 (7-261).

We leggen vervolgens de vinger bij het spiegelbeeld van deze situatie, namelijk dat in de lichtere zaken, hoe dan ook gecategoriseerd, ruimere mogelijkheden voor correctie geboden worden. Dat heeft vooral te maken met een weging van de kans op fouten, die groter is naarmate minder goed opgeleide of minder ervaren rechters met de beoordeling in eerste aanleg belast zijn en met de massaliteit van de rechtspleging op dat niveau. In lichtere zaken minder mogelijkheden, het is dus zeker geen automatisme. Wel zien we dat de ruimere mogelijkheden niet steeds onbeperkt beschikbaar zijn. Juist in deze categorie worden de drempels aangetroffen (Frankrijk), de toetsingen van het belang in het concrete geval (Engeland en Duitsland) of een ontmoedigingsinstrument in de vorm van de kans op strafverzwaring (Frankrijk).

Berechting bij verstek is in de onderzochte landen meer dan in ons land een stelselmatige anomalie. Dientengevolge wordt er al in eerste aanleg meer aan gedaan om een zaak in tegenwoordigheid van de verdachte te behandelen. Er gelden bijvoorbeeld beperkingen voor zaken die bij verstek kunnen worden afgedaan (Duitsland) of na een verstekberechting kan de eerste aanleg op het rechtsmiddel van de verdachte herhaald worden (Frankrijk). Aparte voorzieningen in de sfeer van de rechtsmiddelen tegen verstekvonnissen moeten dan ook in dat licht worden gezien. Vanuit de lijn in de Colozza-rechtspraak is een herbeoordeling op initiatief van de veroordeelde met inachtneming van diens bezwaren op enig moment een minimum waarborg te noemen, maar die kan op verschillende momenten worden geboden.

Tenslotte maken we nog een opmerking over de behandeling van rechtsvragen en de rol van het OM bij de bevordering van de rechtseenheid. Daarmee richten we de blik alvast op het onderwerp van een volgend onderzoek, de cassatie. Anders dan in Nederland bieden Duitsland en Engeland bij de lagere gerechten – en dus bij de minder gewichtige zaken – de mogelijkheid om meteen rechtsklachten aan een speciaal gerecht voor te leggen. De rol van een justitie-functionaris als hoeder van het recht is daarbij (nog) niet zonder betekenis, maar lijkt wel af te nemen. De uniforme rechtstoepassing in het hele land kan vanouds het beste door een centraal aanstuurbaar overheidsorgaan worden behartigd, maar het lijkt erop dat andere instrumenten voldoende effectief zijn. Voor de veroordeelde staan er dus ook twee wegen open. De keuze tussen een afzonderlijk beroep op rechtspunten enerzijds en een vol beroep anderzijds is evenwel in Engeland en Duitsland niet dwingend. Immers, na een herbeoordeling in volle omvang is het beroep op rechtspunten niet uitgesloten. Een finaal hoger beroep kwamen we niet tegen. In welke mate rechtsbescherming en rechtseenheid hierin met elkaar in conflict kunnen komen moet nader onderzocht worden.

## **5        Voorstellen voor een nieuwe regeling**

### *5.1       Gewone rechtsmiddelen*

Internationaal treffen we zeer verschillende rechtsmiddelen aan, die echter grofweg twee typen vertonen: behandeling van alle facetten van de zaak of onderdelen daarvan versus behandeling van alleen punten van rechtstoepassing of -uitleg. Bij ons loopt dat parallel met het onderscheid tussen hoger beroep en cassatie. Vooralsnog is er geen aanleiding om dat niet ongewijzigd te laten. In de hierna volgende gedachtengang gaan we dan ook primair uit van de gewone rechtsmiddelen hoger beroep en cassatie.<sup>197</sup> In ons eigen stelsel en elders treffen we bovendien nog een voorziening aan die onder bepaalde omstandigheden na een berechting bij verstek kan worden ingeroepen. Er wordt daarmee compensatie geboden voor de punten waarop een berechting in afwezigheid van de verdachte tekortschiet. Deze voorziening, bedoeld om een minimum van contradictoriteit te garanderen, wordt in de regel ook tot de rechtsmiddelen gerekend en krijgt in ons stelsel ook een plaats als het gereanimeerde verzet. We komen daar in een aparte paragraaf op terug.

Nu de kern van de zaak het bieden van een herstelmogelijkheid is, is het de vraag, mede gelet op hetgeen uit de rechtsvergelijking naar voren komt, wat de aard van de herstelmogelijkheid moet zijn. Is het voldoende om in bepaalde gevallen alleen te voorzien in een hogere instantie, die beperkt is tot juridische bezwaren, of moet met het VN-Comité worden aangenomen dat minimaal één volledige instantie dient open te staan (zie paragraaf 3.1)? Op sommige punten heeft het huidige stelsel inderdaad als effect, dat de zaak alleen nog maar in cassatie kan worden getoetst. Dat geldt bijvoorbeeld voor de bijzondere categorie kantongerechtoonnissen van art. 404 lid 2 Sv. De redenen voor cassatie zijn vervolgens bovendien beperkt. Wat de vormverzuimen betreft kunnen alleen de essentialia, opgesomd in art. 80 lid 2 RO tot vernietiging leiden. Verschillende soorten strafbare feiten vragen dus kennelijk om verschillende behandeling, ook in de sfeer van de rechtsmiddelen. Dat blijkt nu reeds het geval te zijn en dat blijft ook voor ons een belangrijk uitgangspunt. Aangezien de differentiatie naar de aard van het feit een centraal kenmerk is van het strafvorderlijk stelsel dat ons voor ogen staat kunnen we die lijn eenvoudig uitwerken. Onontkoombaar is dan de verwerking

197 Met de creatie van een hoger beroep bij één Gerechtshof als laatste remedie voor bepaalde zaken deed een soort mengvorm de intrede, die een groeiende populariteit vertoont.

in het stelsel van de differentiatie in drie afzonderlijke sporen voor afdoening van strafzaken, gekoppeld aan de zwaarte van de verwachte uitkomst.

We gaan eerst over tot een beknopte aanduiding van de eventuele beperkingen, die op de beschikbaarheid van rechtsmiddelen moeten worden aangebracht en de positie van het slachtoffer. Daarna bespreken we de kenmerken van de verschillende gewone rechtsmiddelen. Dan zal blijken, dat we voor het hoger beroep een verandering van uitgangspunt bepleiten. In onze ogen is het voor de corrigerende functie van het rechtsmiddel niet altijd nodig dat een volledige feitelijke instantie wordt doorlopen. De volle nadruk komt te liggen op een voortgezette behandeling in volle omvang, afgestemd op de wensen van de procespartij, die hoger beroep heeft ingesteld. Heeft de verdachte moeite met de strafmaat, dan krijgt dat onderdeel in de behandeling en uitspraak de aandacht en hoeft de rechter zich in beginsel met het bewijs niet meer bezig te houden. Niettemin heeft het hoger beroep voor de héle uitspraak devolutieve werking. De rechter blijft in staat om misslagen op andere punten te corrigeren. Deze lijn wordt verderop ook voor cassatie doorgetrokken. Het accent van de toetsing komt te liggen op de door de requirant voorgedragen middelen, die voor een deel weer voortbouwen op punten die tevergeefs voor de hoogste feitelijke rechter zijn aangevoerd, behoudens straks te bespreken uitzonderingen. Cassatie is uitsluitend bedoeld voor de juridische kwesties, aangezien de feitelijke punten al voldoende aandacht hebben gehad in het traject voorafgaand aan cassatie. Uit het oogpunt van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid is het het meest logisch om de laatste centrale instantie daarmee te belasten op basis van de in feitelijke aanleg vastgestelde feiten.<sup>198</sup> Wanneer dan de aard van de verschillende rechtsmiddelen duidelijk geworden is moet de vraag naar de cumulatie van rechtsmiddelen nog worden opgelost, die hierboven reeds is aangesneden. Die vraag spitst zich met name toe op de bepaling van in bepaalde gevallen als hoogste voorziening moet worden aangewezen: hoger beroep of cassatie. Pas daarna is het beeld van het stelsel in de diverse sporen compleet te maken.

Met een deelrapport over de rechtsmiddelen lopen we deels vooruit op de derde fase herziening rechterlijke organisatie, waarin ook een herijking van het stelsel van rechtsmiddelen wordt aangekondigd.<sup>199</sup> Dat is overigens eerder een positieve dan een negatieve indicatie om in dit onderzoek aan de rechtsmiddelen aandacht te besteden. Juist vanuit een grondslagenstudie valt

198 Zie voor een ander standpunt M. Hildebrandt, Afschaffing van de derde rechtsingang in strafzaken, in *NJB* 1995, p. 853-860, die een belangrijke beperking van de derde rechtsingang bepleit.

199 Discussienota Derde fase van de Herziening Rechterlijke Organisatie, 29-04-94, *Kamerstukken II*, 1993-1994, 23701.



een bijdrage te leveren aan het debat over een ‘princiële herschikking van taken en posities’.<sup>200</sup> Voor zover relevant zal verderop blijken waar wij deels tot andere conclusies komen, deels de modernisering tot nu toe van harte kunnen accepteren. Zij zouden prima kunnen passen in een ontwikkeling in de door ons gewenste richting.

Niet alle vragen worden in dit deelrapport beantwoord. Gaandeweg is gebleken, dat met name de taak en toekomst van de cassatierechtspraak nader aandacht verdient. Voor zover in dit deelrapport standpunten op dit onderdeel worden ingenomen zijn die derhalve voorlopig. We zullen trachten aan te geven waar bij onze grondslagkeuzes belangrijke vragen zich aandienen. Voor het bepalen van de oplossingsrichting is nader onderzoek vereist en verwijzen wij naar het volgende interimrapport. We zijn voornemens daarin aan cassatie een afzonderlijk deelonderzoek te wijden. Eén punt wordt in dit deelrapport al wel uitvoerig behandeld: het cassatieverbod tegen vrijspraken. Daarbij gaat het immers om een uitsluiting van een specifiek rechtsmiddel tegen een bepaalde categorie einduitspraken. Vergelijkbare kwesties worden ook bij het hoger beroep behandeld. Mede in het licht van de gevorderde initiatieven om dat verbod op te heffen wordt reeds nu vanuit ons onderzoek een bijdrage aan het debat geleverd.

## 5.2 *Toegang tot de hogere rechter.*

### 5.2.1 *Drempels en/of andere beperkingen voor de partijen*

Het is in ons land en elders reeds lang zo, dat de wettelijke mogelijkheden om een hogere voorziening in te roepen een afspiegeling zijn van een tamelijk complexe afweging.<sup>201</sup> Vrijwel nooit heeft iedereen onbeperkt toegang tot de hogere voorziening en ook in ons stelsel zal dat niet het geval zijn. Bij het antwoord op de vraag wanneer wel en wanneer niet spelen de volgende factoren een rol. Allereerst komt aan de orde wat er voor de betrokken partijen op het spel staat. Vrijwel even belangrijk zijn de kosten van de beperkte capaciteit van de hogere rechter, die aan de zaak besteed wordt. Verder moet hier geboekt worden dat een rechtsmiddel uitstel van kracht van gewijsde betekent, de tenuitvoerlegging van de uitspraak dus nog niet kan plaatsvinden en de zaak vertraging oploopt. De mate waarin er een kans op fouten bestaat, speelt ook in bepaalde opzichten een rol bij de afweging wanneer een hogere instantie moet kunnen worden ingeroepen.

200 *Kamerstukken II*, 1997-1998, 26027, nr. 3.

201 Vgl. De Hullu 1989 *a.w.*, p. 171.

De beperkingen die gebaseerd zijn op een weging van het belang van de zaak vertonen verschillende gedaantes. Het gegeven dat voor het instellen van een rechtsmiddel vereist is dat de aangevallen beslissing voor de appellant onvoordelig is mag dan in onze ogen nogal vanzelfsprekend zijn, alle problemen zijn er niet mee uit de wereld. Alleen al de vraag of die (on)voordeligheid in abstracto of in concreto moet worden bepaald is niet eenvoudig te beantwoorden. In het huidige wetboek heeft de verdachte geen hoger beroep als hij van de gehele tenlastelegging is vrijgesproken; art. 404 Sv. Deze beperking berust op de abstracte aanname, dat de verdachte het niet beter kan krijgen en hij dus geen belang heeft bij de hogere voorziening. Ook wanneer de verdachte in concreto zou kunnen aantonen, dat zijn belang gelegen is in het verkrijgen van een andere einduitspraak zal zijn hoger beroep thans niet ontvankelijk zijn. Hetzelfde kan worden aangenomen voor het beroep van de verdachte tegen nietigheid van de dagvaarding. In het stelsel van vóór de Wet Vormverzuimen had de verdachte nog een belang omdat een succesvol beroep tegen nietigheid van de dagvaarding in eerste aanleg betekende dat de tenlastelegging niet meer gewijzigd kon worden en de zaak op de bestaande dagvaarding werd voortgezet. Veroordeling op die tenlastelegging had dan de bescherming van art 68 Sr tot gevolg en onder omstandigheden kon dat voor de verdachte gunstig zijn. Nu echter de tenlastelegging ook in appel gewijzigd kan worden, welke mogelijkheid in onze eerdere voorstellen niet op voorhand uitgesloten werd<sup>202</sup>, valt het moeilijker een belang voor de verdachte te construeren bij appel tegen de nietigheid van de dagvaarding. Wij opteren voor ruime grenzen in de wet en een concrete beoordeling van het belang door de beroepsrechter. Men zou er voor kunnen kiezen om een aantal gevallen in de wet te omschrijven waarin de procespartij geen respectabel belang bij het beroep kan hebben. Dat heeft de aantrekkelijkheid van de eenvoud, maar we achten het in onze benadering niet absoluut noodzakelijk. Sterker nog, het aanhaken bij bepaalde categorieën einduitspraken voor de toelaatbaarheid van een rechtsmiddel moet naar onze idee in ieder geval voor cassatie verlaten worden. Toch kunnen we wel billijken dat de wetgever voor bepaalde gevallen die afweging bij de rechter weghaalt. Een wettelijke uitsluiting van bepaalde categorieën einduitspraken zal echter niet zo absoluut moeten zijn, dat daarop geen enkele uitzondering mogelijk is. Als een uitsluiting in de praktijk als ‘nee, tenzij ..’ mag worden toegepast komt er nog geen relevant belang in de knel en kan worden voort-

202 Zie M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Het onderzoek ter zitting. Eerste interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Groningen 1999, p. 192.

gebouwd op de reeds lang bestaande relativering van het uiteindelijke etiket; tot nu toe alleen in cassatie.

Wat afstandelijker ten opzichte van een bepaalde zaak staan de beperkingen die beogen het rechtsmiddelensysteem vrij te houden van bagatelzaken. De straffen, die in een bagatelzaak aan de orde zijn, zijn zo laag, dat het met het oog op beperkte capaciteit onjuist zou zijn daar hoger beroep en/of cassatie tegen open te stellen. Voor de verdachte is dan het ijkpunt de straf die in zijn zaak is opgelegd, voor het Openbaar Ministerie de straf die het gevorderd had als een uitdrukking van zijn weging van het belang van de zaak. Dat laatste is echter verlaten door de invoering van de wetswijzigingen die in het rapport van de Commissie Haak werden voorgesteld.<sup>203</sup> Zoals we in hoofdstuk 2 van dit deelrapport al zagen geldt voor het OM nu eveneens, dat de opgelegde straf bepaalt of het wel of niet een rechtmiddel kan instellen. Voor hoger beroep en voor cassatie gaat naar geldend recht dus de taxatie van de rechter boven die van de betrokken procespartij. Welke strafhoogte daarbij als drempel zal worden aangehouden is vervolgens de uitkomst van een rechtspolitieke afweging van de bezwaarlijkheid van de sanctie.

Aanvullend op deze in ons wetboek aanwezige benaderingen kan gezien worden op diverse drempels die elders, in het administratieve of burgerlijke recht respectievelijk in het buitenlandse strafrecht gangbaar zijn. Bij de invoering van de jongste beperkingen in het aanwenden van rechtsmiddelen zijn diverse financiële prikkels overwogen om de instroom van beroepen te zeven. Het griffierecht, de waarborgsom en de veroordeling in de proceskosten zijn alle afgewezen.<sup>204</sup> Naast allerlei praktische kwesties, zoals de administratieve belasting en de incasso-inspanningen, is met name de ongelijke uitwerking voor de verschillende partijen een stelselmatig argument, dat wij wel willen overnemen. Financiële verplichtingen ter ontmoediging werken voor een individuele verdachte totaal anders dan voor een functionaris van het Openbaar Ministerie, voor wie het dienstbudget aangeslagen wordt. Bovendien wordt de ongelijkheid tussen draagkrachtige en behoeftige verdachten er alleen maar pregnanter van. Weliswaar zou dat weer op te vangen zijn met een inkomensgerelateerde hoogte van het te betalen bedrag, maar dat maakt het geheel waarschijnlijk onnodig ingewikkeld. Voor het derde spoor zou een financiële drempel eventueel nog in de poort naar de rechter kunnen passen, met name wanneer men denkt aan de oplegging van

203 *Stb.* 1999, 467, inwerkingtreding 28-10-99 (*Stb.* 2000, 271).

204 *Kamerstukken II*, 1997-1998, 26 027, nr. 3, p. 9.

relatief geringe geldboetes.<sup>205</sup> Daarmee zou het effect bereikt kunnen worden, dat enkel het verkrijgen van uitstel van betaling geen reden meer is om een beroep op de rechter te doen. Toch kunnen we voor deze afdoeningsvariant het integraal inbouwen van negatieve prikkels van financiële aard niet bepleiten. Op de eerste plaats behoren ook andere sancties dan een geldboete tot de mogelijkheden in het derde spoor. Daarbij zou het vervullen van een financiële verplichting als voorwaarde voor appel niet passend zijn. Verder menen wij dat er in het licht van de aard en omvang van de toetsing door de rechter vooralsnog geen noodzaak is voor een verdere vernauwing van de toegang tot de rechter. Wanneer het risico van strafverzwaring onvoldoende ontmoedigend werkt voor het appelleren zonder respectabele grond kan men voor boetes in het derde spoor een financiële voorwaarde stellen voor het in behandeling nemen van het beroep.

Veel besproken is ook het verlofstelsel,<sup>206</sup> zoals dat bijvoorbeeld in Engeland alomtegenwoordig is. Daarin wordt het concrete belang bij de hogere voorziening beoordeeld door de rechter wiens uitspraak aangevochten zal gaan worden of door een lid van het beroepsgerecht. Bij herhaling is dit verlofstelsel voor Nederland afgewezen. Ook hier zullen we voor het hoger beroep het verlofstelsel niet verdedigen. Het heeft op zichzelf beschouwd wel aantrekkelijke kanten, dat in elke zaak vooraf wordt getoetst door een onafhankelijke rechter of het belang van de betrokkene het behandelen van het rechtsmiddel wel (geheel of gedeeltelijk) rechtvaardigt. Tegen een verlofsgewijze afslanking of verwerping van het ingestelde rechtsmiddel pleit, dat het bestaansrecht van ons rechtsmiddelenstelsel is dat de partijen een mogelijkheid krijgen om die correcties na te streven van de uitkomst van een instantie welke zij wenselijk oordelen. Als het belang daarbij afzonderlijk wordt beoordeeld, dat wil zeggen los van de inhoudelijke beoordeling van de aangevoerde bezwaren, dan maakt dat het stelsel niet alleen nodeloos gecompliceerd, maar ook veronderstelt dat een soort onaantastbaarheid van de vorige aanleg, die aan ons stelsel vreemd is. Het zou onjuist zijn, dat eerst apart moet worden vastgesteld dat een belang rechtvaardigt dat er naar de

205 Vergelijk de WAHV-regeling voor het stellen van zekerheid (art. 11) en voor de kostenveroordeling (art. 13a en 13b).

206 D. Schaffmeister, *De rol van de Hoge Raad en de ontwikkeling van het cassatierecht in strafzaken*, in *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1988, 119-122; De Hullu 1989 *a.w.*, p. 246-249; Commissie Werkbelasting Strafkamer Hoge Raad, *De toegang tot de cassatierechter in strafzaken*, Den Haag 1996, p. 21-23.

zaak gekeken wordt voordat er naar gekeken mag worden.<sup>207</sup> De tot uitdrukking gebrachte wens van de appellant fundeert zelfstandig de betrokkenheid van de appelrechter, die natuurlijk bij zijn beoordeling wel allereerst let op het belang van de appellant bij het rechtsmiddel. Wij zien geen heil in het processueel apart inkaderen van dat aspect en kiezen dus voor een geïntegreerde behandeling en beslissing van de bezwaren door de aangewezen hogere rechter. De gevallen die bij de verlofrechter zouden afvallen zouden in ons flexibele appel toch al weinig tijd vergen. Op het verlostelsel in de cassatie komen we later afzonderlijk terug.

Al eerder hebben we onderstreept, dat in een contradictoir strafproces de loop van het geding in belangrijke mate wordt bepaald door de procespartijen, maar dat de beoordeling van de actieve rechter de doorslag mag geven, zolang hij zich maar voldoende op een afweging van de partijbelangen oriënteert. Dit speelt zich allemaal af binnen de ruime grenzen die de wetgever heeft aangegeven. De taak van de wetgever zal dan zijn de abstracte grenzen in de wet aan te geven teneinde een bepaald niveau van rechtsgelijkheid en rechtszekerheid te garanderen. De wetgever moet bijvoorbeeld aangeven wat hij als bagatellen beschouwt en kan ook een afweging in de wet vastleggen, dat het belang bij een andere uitspraak dan klaarblijkelijk gunstig is voor de betrokken partij, te gering is om een hogere voorziening te rechtvaardigen. De verdachte die is vrijgesproken heeft alleen bij hoge uitzondering voldoende belang om de machinerie in werking te stellen, aangezien het resultaat nauwelijks beter kan worden. We noemden dat reeds. De officier van justitie, waarvan het requisitoir in de uitspraak is gevolgd, zou daarmee gelijk gesteld kunnen worden. Niettemin kunnen er voor het Openbaar Ministerie redelijke gronden zijn om toch hoger beroep in te stellen. Naast het in het requisitoir geëxpliciteerde vervolgingsbelang in concreto kan bijvoorbeeld de rechtstoepassing door de rechter in eerste aanleg een redelijk belang bij hoger beroep funderen, maar ook in gevallen die anderszins kenmerken van een proefproces vertonen kan dat belang aanwezig zijn.<sup>208</sup>

Deze lijn trekken we door voor de cassatie. Met name ter zake van een rechtspunt kan het Openbaar Ministerie grote behoefte hebben aan een ge-

207 Ik wijs nog op de verwantschap met het Engelse certificate, wanneer op verzoek de strafoplegging net boven de cassatiegrens wordt bepaald (zie resp. par. 2.2 en 4.3.3.1 van dit deelrapport).

208 Zie over het belang bij het rechtsmiddel cassatie Van Dorst 1998 *a.w.*, p. 31-32. In het oude Reglement I bij de Wet RO was het OM belast met een toezichthoudende taak op de lagere gerechten. Het aanwenden van een rechtsmiddel in het kader van deze taak dient dus een ander belang dan het vervolgingsbelang in enge zin.

zaghebbende uitleg van het recht, ongeacht of de feitenrechter nu wel of niet het standpunt van de vervolging heeft gehonoreerd.<sup>209</sup> We wijzen daarbij op de taak van het Openbaar Ministerie om los van het vervolgingsbelang in de zaak zorg te dragen voor de handhaving van de rechtsorde, waarin de juiste uitleg en toepassing van het recht is begrepen.<sup>210</sup> Allereerst denkt men dan aan de mogelijkheden van de cassatie in het belang der wet, maar dat middel kan niet steeds voorzien in de hier bedoelde behoefte. Het Openbaar Ministerie is daarvoor afhankelijk van de zeef van de Procureur-Generaal bij de Hoge Raad, een buiten het Openbaar Ministerie gepositioneerde functionaris aan wie geen standpunt kan worden opgedrongen. Verder zou het ook iets gekunstelds hebben om eerst te wachten tot de uitspraak in hoogste ressort onherroepelijk wordt en vervolgens meteen cassatie in het belang der wet te bevorderen. Wij neigen ertoe om het belang van duidelijkheid van het recht ook binnen het kader van de strafzaak te accepteren. Wel geldt, dat het punt waarvan de uitleg in cassatie wordt voorgelegd in beginsel bij de feitenrechter voorwerp van debat moet zijn geweest. Dat is vereist voordat we van een concreet belang kunnen spreken, maar bovendien is dat de eerste schakel van de keten, die via de verplichte motivering van de rechter eindigt in een toestand, waarin de Hoge Raad ook inderdaad in staat is om tot toetsing in cassatie te komen op basis van de vastgestelde feiten.<sup>211</sup>

We komen nog even terug op de wettelijke grenzen, zoals de wet die nu nog opsomt. De wettelijke drempels voor de ernst van het feit werken als corrigerend mechanisme op het individuele belang in een concreet geval. Sommige strafzaken vergen onder geen enkele omstandigheid een nadere beoordeling in de volgende aanleg omdat de gevolgen (en dus de in hogere aanleg te behalen winst) met de kosten van die hogere voorziening niet in

209 Zoals het geval was in *NJ* 1998, 534. Annotator De Hullu stelt met verwijzing naar eerdere rechtspraak, dat gewijzigd inzicht voldoende belang bij cassatie kan opleveren. Meijers was het daar blijkens zijn conclusie bij *NJ* 1991, 668 in zoverre mee eens, dat er dan wel in het cassatieberoep een ander standpunt moest worden ingenomen, dan aanvankelijk was verdedigd en door de hoogste feitenrechter gevolgd. De Hoge Raad eist dat kennelijk niet.

210 Zie Corstens in de noot onder *NJ* 1991, 668. In art. 4 (oud) RO stond: 'de handhaving der wetten', in art. 124 RO vinden we 'de strafrechtelijke handhaving van de rechtsorde'; zie A.C. 't Hart, *Hier gelden wetten! Over strafrecht, Openbaar Ministerie en multiculturalisme*, Gouda Quint/E.M. Meijersinstituut, 2001, p. 34-44.

211 We bevinden ons hier aan het front van de discussie over wat het zwaarst moet wegen, de Hoge Raad als hoogste rechter of als bewaker van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling; zie Van Dorst 1989 *a.w.*, p. 113-114 en par. 5.5.1 van dit deelrapport. Onze benadering is om deze zwaartepunten zo weinig mogelijk als exclusieve categorieën te beschouwen. Duidelijk is dat we wel uitzonderingen op dit uitgangspunt accepteren. Voor zover het punt niet eerder gesteld kón worden, moet het wel voor het eerst in cassatie kunnen worden aangevoerd.

redelijke verhouding staan. Bij de laatste wetwijzigingen zijn die grenzen voor misdrijven achterwege gebleven en voor overtredingen op € 25 resp. € 50 voor hoger beroep en € 250 voor cassatie gesteld.<sup>212</sup> In onze benadering, dat aan elke openstelling van een rechtsmiddel een afweging van alle belangen ten grondslag moet liggen, zou het uitstekend passen wanneer we voor hoger beroep en cassatie bepaalde bagatellendrempels zouden handhaven. Daarbij zou dan opnieuw moeten worden overwogen wie bepaalt of een bagatel een bagatel is?<sup>213</sup> We werken dat uit voor de verschillende sporen, waarover de strafzaken gedistribueerd zullen worden in ons driesporenproces.

Gelet op de aard van de hier verdedigde beperking zullen drempels in het eerste spoor, de berechting van de zwaarste categorie delicten, niet aan de orde zijn. De feiten waarvoor dit spoor bedoeld is zullen van dien aard zijn dat een vonnis tot een lage geldboete een uitzondering zal worden. Bovendien zal, wanneer dat toch voorkomt, het Openbaar Ministerie vrijwel automatisch een stevig belang hebben om dit vonnis op welke grond dan ook te laten heroverwegen. Door aanbrengen in het eerste spoor had de officier van justitie immers zijn aanvankelijke oordeel tot uitdrukking gebracht, dat een straf van geheel ander orde op zijn plaats zou zijn. In het tweede en het derde spoor daarentegen zijn straffen zoals uitgedrukt in de huidige bagatellendrempels wel aan de orde. We gaven al aan, dat we op zichzelf ons kunnen vinden in de abstracte begrenzing van een rechtsmiddel, die gerelateerd is aan een bepaalde straftoepassing. Voor hoger beroep zou dan de grens lager zijn dan voor cassatie.

In het tweede spoor zal er dus zeker sprake moeten zijn van een of andere zeef voor geringe feiten. Tegen het stellen van een geldboetedrempel voor hoger beroep zijn echter diverse argumenten aan te voeren. De vonnissen waarvoor dat zou gaan gelden lenen zich nu juist niet goed voor de uitsluiting van een heroverweging in volle omvang. Zou men denken aan eenvoudige feiten, waarvoor die lage boete op zijn plaats is, dan moet gezegd worden, dat die in het tweede spoor niet voorkomen. In het derde spoor worden ze afgedaan met een sanctiebeschikking van de officier van justitie. De lage geldboetes in het tweede spoor worden dus opgelegd voor delicten, die naar het oordeel van de officier van justitie zich niet lenen voor het derde spoor, omdat ze feitelijk en/of juridisch niet simpel zijn. Er is dus alle reden

212 Ter vergelijking: voor Muldersancties is het beroep op de kantonrechter ongelimiteerd en het (finale) hoger beroep op het Gerechtshof beperkt tot boetes van meer dan f. 150. Het is niet onmiddellijk duidelijk waarom die drempel afwijkt van de hier genoemde voor strafzaken.

213 Zie Krabbe 1996 *a.w.*, p. 188 voor dit aspect.

om bij een veroordeling heroverweging in hoger beroep mogelijk te maken. Na hoger beroep worden de belangen opnieuw afgewogen. Alleen wanneer er een straf van enige omvang op het spel staat is de bemoeienis van de cassatierechter gerechtvaardigd. Voor cassatie zou dus een drempel voor geldboetes onder een bepaald bedrag wel op zijn plaats zijn. In de gevallen waar een andere of hogere straf is opgelegd staat wel cassatie open. Bij de vaststelling van de drempel kan rekening gehouden worden met het gegeven, dat de zaak reeds in twee instanties in volle omvang voorwerp van debat is geweest. Als aanknopingspunt blijft gelden de straf, die uiteindelijk is opgelegd. Dat wil zeggen dat voor de Openbaar Ministerie de klok niet terug gedraaid wordt door het requisitoir weer doorslaggevend te maken. Hoewel dat wel goed zou aansluiten bij een redenering vanuit belangen (de eis van de officier van justitie is een geëxpliciteerde waardering van het vervolgingsbelang), worden we hier geconfronteerd met een rechterlijke waardering van het feit na twee instanties. Dan mag de eis van het Openbaar Ministerie wijken voor de opgelegde straf.

In het derde spoor worden de feiten geplaatst, die eenvoudig van aard zijn en naar het oordeel van het Openbaar Ministerie met een sanctiebeschikking kunnen worden afgedaan. Het eerste rechtsmiddel dat de gesanctioneerde persoon kan instellen is het beroep op de rechter. Het zou gelet op de minimale eisen onjuist zijn om voor het beroep op de rechter een bepaalde drempel op te werpen. De consequentie daarvan zou immer zijn, dat bepaalde straffen door een niet-rechterlijke autoriteit opgelegd op geen enkele manier kunnen worden aangevochten. Daartegen verzetten zich zowel verdragsrechtelijke als nationaalrechtelijke principes. Na de heroverweging in beroep mag de afweging van belangen echter anders uitvallen. Voor het instellen van het volgende rechtsmiddel wegen de kosten alleen tegen de baten op als er een bepaald belang is. Een drempel lijkt dan op zijn plaats te zijn om te voorkomen dat de geboden rechtsbescherming het voor bagatellen passende niveau overstijgt.

Deze voorstellen moet echter worden begrepen in het totaal van de afweging voor het rechtsmiddel na de eerste aanleg. In paragraaf 5.6 gaan we daar apart op in. In die paragraaf gaan we namelijk apart in op de overwegingen die spelen als het hoger beroep als de finale instantie wordt aangewezen. Dat is voor de geldboetes in het tweede en derde spoor soms het geval.

De vraag moet worden besproken wat bij de distributie over de verschillende sporen nog de processuele betekenis van het onderscheid tussen misdrijven en overtredingen kan zijn. Thans is het zo, dat er een verschillend regime geldt voor misdrijven en overtredingen. De bagatellengrenzen gelden naar huidig recht niet voor misdrijven en wanneer een overtreding door de



rechtbank wordt berecht staat momenteel beperkt hoger beroep open.<sup>214</sup> In ons stelsel voor de berechting in eerste aanleg wordt geen onderscheid naar misdrijven en overtredingen gemaakt, maar naar de concrete ernst van het feit. Voor het rechtsmiddelenstelsel kan dat onderscheid dan ook vervallen. Wanneer na de tweede aanleg in het tweede en derde spoor de straf boven de drempel uitkomt, dan doet het er niet toe of het onderhavige delict een misdrijf dan wel een overtreding is. In beide gevallen staat een volgende instantie open. Andersom, wanneer de straf onder de grens blijft, zou ook terzake van bestraffing voor een misdrijf geen rechtsmiddel meer open hoeven staan.<sup>215</sup> Men kan echter vanwege het bijzondere diffamerende effect van veroordeling voor een misdrijf hier het onderscheid eerst in stand laten of alleen opheffen voor bepaalde misdrijven, waarvoor dat effect minder telt.<sup>216</sup>

Onze voorstellen voor differentiatie naar drie sporen van berechting veronderstellen de integratie van de berechting van strafbare feiten in eerste aanleg. Het is onze bedoeling om één type berechting in eerste aanleg in het tweede spoor te bereiken: een unusrechter voor de feiten, die niet in één van de andere sporen wordt afgedaan.<sup>217</sup> We lopen daarmee vooruit op dat onderdeel van de herziening rechterlijke organisatie. Hoewel de bestuurlijke integratie van kantongerechten en rechtbanken wel doorgang vindt is de processuele integratie eerst uitgesteld.<sup>218</sup> We behouden voorlopig twee eerste instanties, de rechtbank en de kantonrechter in de rechtbank, waardoor het wellicht lastig is de verheldering op het netvlies te krijgen, die onze voorstellen kunnen bewerkstelligen. In onze voorstellen is dus elk vonnis in het tweede spoor vatbaar voor hoger beroep bij één appelgerecht.<sup>219</sup> De gevolgen van de meergenoemde Aanpassingswet zullen zijn dat alle appellens inderdaad naar de Hoven zullen gaan na een onderscheiden eerste aanleg. Dat is suboptimaal, maar plaveit wel de weg voor de definitieve samenvoe-

214 Dit is gewijzigd per 1-10-2000 en blijft gehandhaafd in de eerder genoemde Aanpassingswet modernisering rechterlijke organisatie.

215 Art. 4 Wet justitiële documentatie en verklaringen omtrent gedrag haakt voor de vermelding in het strafregister aan bij het onderhavige onderscheid. Als men ook voor deze wet zou overgaan tot afstemming op de concrete ernst uitgedrukt in de straf zou dat mooi aansluiten bij ons stelsel.

216 Met name voor het orderingsrecht kan men een vraagteken zetten bij die diffamerende werking. Een studie van de classificatie van delicten vanuit dit perspectief gaat het bestek van dit onderzoek echter te buiten.

217 Zie Het onderzoek ter zitting. *Eerste interimrapport Strafvordering 2001 a.w.*, p. 70.

218 Zie *Kamerstukken II*, 1998-1999, 24651, nr. 8.

219 Dit valt niet los te zien van de voorstellen in het deelrapport *Hoger beroep*, om de inzet van een unusrechter in hoger beroep uit te breiden. Zie par. 4.3 van dat rapport en par. 2.1 van dit deelrapport.

ging van de eerste aanleg in strafzaken, de realisatie van het tweede spoor. De discussie over het interne appel, dat rondom deze integratie wat stof heeft doen opwaaien, is inmiddels van elke betekenis ontdaan.

In onze systematiek is tevens een oplossing mogelijk voor de onduidelijkheid bij cumulatieve tenlasteleggingen van misdrijf en overtreding. Thans worden die vaak gezamenlijk door de Rechtbank berecht, met als gevolg een verschil in rechtsmiddelenregime voor de verschillende feiten. Bij de voorgestelde benadering vervalt dat verschil en is voor alle feiten het hoger beroep het juiste rechtsmiddel. In de huidige samenloopregeling wordt bij een cumulatie van misdrijven en overtredingen voor elke overtreding een afzonderlijke straf opgelegd (art. 62 lid 1 Sr). Daardoor zal het goed mogelijk zijn om per feit te bepalen of na hoger beroep een cassatiedrempel van toepassing is. De rechter vonnist per feit. Dat geldt eveneens voor cumulatie van overtredingen. Voor cumulatie van misdrijven is dat echter thans niet het geval. Wanneer wordt gekozen voor een cassatiedrempel voor alle feiten, zowel misdrijven als overtredingen, ligt in het verlengde van ons stelsel, dat de oplossing hiervan gezocht wordt in een differentiatie naar strafsoort in art. 57 Sr. Wordt een geldboete geëist respectievelijk opgelegd, dan wordt de boete per feit gespecificeerd. Voor vrijheidsstraf blijft de bestaande regeling gehandhaafd. Aangezien we echter op deze manier in het materiële recht verzeild raken, moeten we hier wel volstaan met het voorzichtig aanduiden van een richting. Voor gefundeerde voorstellen tot wijziging van de samenloopregeling is ons onderzoek ongeschikt.

Ook het geval van een (impliciet of expliciet) samengestelde tenlastelegging met primair een misdrijf en subsidiair een overtreding vormt geen probleem meer in onze benadering. Ongeacht of de rechter veroordeelt voor het primaire of het subsidiaire feit, de instantie waarin de zaak zich bevindt bepaalt het rechtsmiddel. Bij veroordeling in het tweede spoor voor de overtreding kan, anders dan in het huidige recht, hoger beroep worden ingesteld. Bij veroordeling in het derde spoor kan alleen nog cassatie worden ingesteld.

### 5.2.2 Het slachtoffer

In het huidige wetboek is de bijzondere positie van het slachtoffer in hoofdzaak verwoord bij de rechten van de benadeelde partij. Voor het stelsel van rechtsmiddelen zijn daarbij de volgende aspecten van belang. Ten eerste duurt de voeging voort in hoger beroep voor zover de vordering is toegewezen (art. 412 lid 2 Sv). De appelrechter, die de beslissing van de eerste aanleg vernietigt, is dus gehouden dan over de vordering opnieuw te beslissen. Ten tweede kan de benadeelde in hoger beroep zich voor het gedeelte van de vordering opnieuw voegen dat niet in eerste aanleg is toegewezen (art. 421

lid 3 Sv). Art. 60 RO (nieuw) legt in het tweede lid hier wel een drempel neer. De vordering moet wel meer bedragen dan € 1750 voordat het hof van een hoger beroep tegen het daarop betrekking hebbende deel van de uitspraak kennis neemt. Opgeteld bij de huidige taak van de appelrechter om op alle punten de uitspraak in eerste aanleg te beoordelen komt de vordering in volle omvang aan de orde en kan het slachtoffer zich uitlaten over de afwijzing in de gewraakte uitspraak. Als door géén van de partijen hoger beroep is ingesteld kan de benadeelde partij dat wel doen tegen dat deel van de uitspraak dat haar vordering afwijst. Dat loopt de zaak echter uit het strafrechtelijke spoor en gaat verder als burgerlijk geding in appel (art. 421 lid 4 Sv). Al met al liggen in deze uitwerking weinig punten voor heroverweging in het licht van onze uitgangspunt, dat het belang van het slachtoffer als een publiekrechtelijk belang moet worden behandeld en dat de rechten van de benadeelde partij derhalve stevig verankerd moet zijn in het strafprocesrecht. De beslissing ten aanzien van de benadeelde partij is een onderdeel van de strafrechtelijke afdoening, maar mag de strafzaak niet gaan domineren. Dat verklaart ook de keuze in eerdere rapporten om aan het slachtoffer geen bevoegdheden te geven om aan de strafzaak op eigen titel een wending te geven welke de primair betrokken partijen niet willen. Voor het rechtsmiddelenstelsel betekent dat uitgangspunt, dat het geding niet wordt voortgezet enkel op initiatief van de benadeelde partij. Dat de benadeelde vervolgens wel civielrechtelijk verder procederen kan (tot in cassatie; art. 421 lid 4 Sv) is voor het slachtoffer wel belangrijk maar heeft voor het rechtsmiddelenstelsel als zodanig weinig betekenis.

Een volgende bijzonderheid is, dat de benadeelde partij zich niet in hoger beroep voor het eerst kan voegen (art. 421 lid 1 Sv). Moet deze beperking worden opgeheven in het licht van het streven om de positie van het slachtoffer verder te versterken? We hebben het appel als geheel eigenstandige nieuwe behandeling van de zaak afgewezen en gekozen voor de voortzetting van de behandeling naar aanleiding van de bezwaren van de appellant. Daarbij past enerzijds, dat het slachtoffer, wiens civiele vordering in eerste aanleg is behandeld en beslist, ook de gelegenheid krijgt de appelrechter ten aanzien daarvan te informeren. Anderzijds is het moeilijk inpasbaar wanneer in de voortgezette behandeling het geding ineens een nieuwe dimensie erbij zou krijgen. Voor de markering van de rechtsstrijd wordt vanaf het begin veel van de verdediging verwacht en een nieuw element waarover dan ook meteen in hoogste feitelijke aanleg zou worden beslist overschrijdt de grenzen van wat redelijk is.

In ons eerste interimrapport is gepleit voor de mogelijkheid om het slachtoffer, apart van zijn status als civiel gevoegde benadeelde, ook een kans te geven de rechter te informeren via een schriftelijk stuk in het dossier

of een mondelinge slachtofferverklaring ter zitting. De rechter zou hiermee, nadat de verdediging hiervan heeft kunnen kennisnemen en heeft kunnen reageren, bij de afdoening van de zaak rekening kunnen houden. In hoger beroep zou dat eigenlijk niet anders moeten liggen, met name wanneer de strafmaat aangevochten wordt. Het slachtoffer heeft het recht om zich tot die rechter te richten, wiens beslissing over de uitkomst van de zaak potentieel definitief is. Toch stuiten we hier wel op een dilemma. Nu er een vonnis van de rechter in eerste aanleg ligt heeft het slachtoffer een heel concreet mikpunt, wanneer hij de impact van het delict wil beschrijven. Het is echter bevestigd niet de bedoeling van het spreekrecht, dat het slachtoffer een eigen requisitoir gaat houden, waarin een eventueel becommentariëren van het beroepen vonnis wel snel zal uitmonden. Daartegenover is het voor appelrechter, die de impact voor het slachtoffer in zijn eventuele straftoemeting zal willen meewegen, wel belangrijk dat hij van het verloop van de toestand op de hoogte raakt. Echter, veelal speelt daarbij de einduitspraak in eerste aanleg weer een rol van betekenis en zijn we weer terug bij het eerste punt. Principieel is het niet goed te verdedigen, dat het slachtoffer in de fase van het hoger beroep ineens weer alleen als beledigde partij zou worden gehoord en niet als zichzelf. Een schriftelijke verklaring zou de rechter moeten bereiken en voor een eventuele mondelinge verklaring zou het slachtoffer uitgenodigd moeten worden. De voorwaarde van een zorgvuldige voorbereiding van het slachtoffer geldt hier nog in versterkte mate. Dat de appelrechter dan ongenoegen te horen krijgt over het vonnis in eerste aanleg is niet de bedoeling maar valt amper uit te sluiten. Het valt vanwege deze moeilijkheid te overwegen om niet halsoverkop tot een spreekrecht 'tout court' over te gaan en eerst eens de experimenten met de eerste aanleg af te wachten.

Tenslotte maken we nog enkele opmerkingen over de positie van het slachtoffer in de cassatiefase. Slachtofferverklaringen lenen zich niet voor toepassing in de cassatiefase, aangezien dat tot het feitelijk gedeelte van het geding gerekend moet worden. Ten aanzien van het slachtoffer als civiel benadeelde geldt nu dat hem een gelegenheid wordt geboden om middelen in te dienen tegen het civiele deel van de strafrechtelijke uitspraak (art. 437 lid 3 Sv). Dat kan alleen wanneer tengevolge van het cassatieberoep van één der partijen de uitspraak niet onherroepelijk is geworden. Met die afweging van belangen kunnen wij ons verenigen, omdat zo wordt voorkomen dat de vordering het strafrechtelijke spoor gaat domineren terwijl toch rechtsklachten van de benadeelde partij mogelijk zijn als in de zaak nog niet onherroepelijk is beslist. Een voortzetting van het strafgeding, terwijl het Openbaar Ministerie en de veroordeelde willen berusten, verdraagt zich niet met ons uitgangspunt dat de benadeelde partij de cruciale procesbeslissingen niet mag domineren. Wij beseffen dat deze uitkomst voor de benadeelde partij niet zonder

bezwaar is. Heeft hij bijvoorbeeld helemaal geen oproep gehad om in hoogste feitelijke aanleg te verschijnen, terwijl hij dat wel wilde, dan is er geen mogelijkheid meer van herstel, terwijl de einduitspraak heel goed nadelig voor hem uitgevallen kan zijn. Een dergelijke uitspraak is dan in onze ogen niet slechts een minus in de relatie veroordeelde-benadeelde partij maar tevens een gebrek in de strafrechtelijke afhandeling van het feit. De procespartij, die in het algemeen de belangen van het slachtoffer in zijn positiebepaling betreft – het Openbaar Ministerie – zou dat ook hier moeten kunnen doen. Een cassatieberoep van het Openbaar Ministerie ter behartiging van dat belang zou dan ook door de Hoge Raad wel ontvangen moeten worden. Ten opzichte van de huidige rechtspraak zou dat een uitbreiding van het belang van het Openbaar Ministerie betekenen, die ligt in het verlengde van onze keuze om de positie van het slachtoffer in het publiekrecht te verstevigen met respect voor de positie van de primair betrokkenen.<sup>220</sup>

De beslissing om een rechtsmiddel aan te wenden wordt echter door het Openbaar Ministerie genomen in een afweging van het algemeen belang, waarin het belang van het slachtoffer wel betrokken is, maar niet domineert. De uitkomst kan dus ook zijn om geen cassatie in te stellen, ook al is het slachtoffer als benadeelde partij niet tevreden gesteld. Ter aanvulling op het hiergenoemde zou, net als voor de fase van het hoger beroep, geregeld kunnen worden om dan de verdere behandeling van de vordering uit de strafzaak te lichten en volgens de regels van de burgerlijke rechtsvordering een remedie te bieden. Dat zou civiele cassatie kunnen zijn, maar een vorm van civiel herstel in de vorige toestand behoort ook tot de mogelijkheden. Wanneer de vordering ongegrond is verklaard terwijl er ten detrimente van de benadeelde partij fundamentele normen zijn geschonden bij de berechting in hoogste aanleg, vervalt de blokkade om de vordering via het burgerlijk recht aan te kaarten. Dit neigt dan naar de mogelijkheid van request-civiel bij het gerecht dat met de behandeling van de vordering in hoogste aanleg belast was.

### 5.3 *Fresh determination en het verzet*

We komen nu aan de uitwerking van de gedachte, dat een verdachte bij gebreken in de naleving van het aanwezigheidsrecht de mogelijkheid van een ‘fresh determination’ toekomt, waartoe wij in elk geval het verzet nieuw leven willen inblazen. Zolang er in het stelsel voor gerechtelijke mededelingen nog met ficties gewerkt wordt dwingt art. 6 EVRM tot het dichten van de kieren in het waarborgenstelsel. Bij het streven naar bereikbaarheid van de

220 Vgl. HR 19-05-87, *NJ* 1988, 316; Van Dorst 1998 *a.w.*, p. 107.

burger voor mededelingen van de overheid mag een redelijke verdeling van inspanningen het uitgangspunt zijn. In dat kader is in het eerste interim-rapport verdedigd, dat betekening aan een gekozen domicilie een aanvulling kan vormen op de huidige regeling. Nog beter dan met verzending aan het GBA-adres kan worden veiliggesteld dat de verdachte op de hoogte zal komen van de (nadere) zitting. Om die reden is er dan voor de aanname dat afstand van het aanwezigheidsrecht is gedaan een beter fundament. Niettemin zal ook dit niet waterdicht kunnen zijn en zullen er gevallen zich voordoen, waarbij de verdachte niet over de informatie beschikte zonder dat hij daar zelf iets aan kon doen. Onder de vigeur van art. 6 EVRM verdient de mogelijkheid van verzet stevige aanbeveling als reparatiemiddel, waarmee de verdachte een hernieuwde beoordeling van zijn zaak kan bewerkstelligen. Het belang van dit middel moet men dus met name juridisch taxeren en zeker niet getalsmatig hoge verwachtingen koesteren. Bij een hantering van de regeling voor aanwezigheid bij de berechting, zoals wij die beogen, zal het aantal verdachten dat inderdaad schuldeloos een contradictoire behandeling heeft gemist niet groot zijn. De mogelijkheid van verzet vormt echter een noodzakelijk sluitstuk van het totaal aan waarborgen voor de berechting, mede omdat met de andere rechtsmiddelen niet altijd een hernieuwde beoordeling kan worden nagestreefd. Dat zagen we reeds in paragraaf 5.2.1.

De primaire vraag is in welke gevallen de verdachte dit rechtsmiddel van verzet toekomt. Gelet op het feit dat hoger beroep in ons systeem een instantie is waarbinnen gebreken in de verdedigingsrechten hersteld kunnen en moeten worden, ligt het niet voor de hand om verzet open te stellen als hoger beroep ook open staat. Omgekeerd gesteld: voor het verzet is een plaats in te ruimen in de gevallen, dat de verdachte geen rechtsmiddel meer tegen de uitspraak kan instellen, waarbij zijn kant van de zaak in volle omvang (voor het eerst of opnieuw) aan de orde gesteld kán worden terwijl de verdachte schuldeloos deze gelegenheid ook nog niet gehad heeft. Wanneer de reparatie van het aanwezigheidsrecht in appel plaatsvindt, neemt de hogere rechter evenwel qua verdedigingsrechten een andere houding aan dan wanneer de verdachte in eerste aanleg al op tegenspraak is berecht en biedt hij over het algemeen ruimere mogelijkheden dan wanneer de eerste aanleg in aanwezigheid of met afstand van aanwezigheidsrecht is doorlopen.

De keuze om hoger beroep de functie van het verzet te laten vervullen zou alleen vreemd uitpakken wanneer het verstek in eerste aanleg te wijten is aan een fout, die voor rekening van justitie komt, terwijl in de zaak wel hoger beroep open staat. De verdachte heeft dan zijn eerste feitelijke instantie in hoger beroep en zou van een correctiemogelijkheid verstoken zijn door een fout van justitie. Datzelfde zou theoretisch ook kunnen gelden voor de zaak, die tweemaal bij verstek is berecht, met name maar niet alleen wanneer

het OM hoger beroep heeft ingesteld.<sup>221</sup> Het lijkt ons uiteindelijk een kwestie van redelijke en doelmatige risicoverdeling in het licht van de overige gevallen die voor herhaling van de eerste aanleg in aanmerking komen (zie deelrapport Hoger beroep van Groenhuijsen en De Hullu). Allereerst geldt dat de zelfstandige rechterlijke functie van de appelrechter geactiveerd moet worden wanneer er door het Openbaar Ministerie hoger beroep tegen een verstekvonnis wordt ingesteld en de verdachte niet op de appelzitting verschijnt. Stelselmatig moet de beoordeling in hoger beroep uitsluiten dat de verdachte door een fout van justitie niet ter zitting in eerste aanleg heeft kunnen verschijnen, maar toch in hoger beroep bij verstek veroordeeld wordt. Blijkt het verstek in eerste aanleg wel die oorzaak te hebben dan zal de inleidende dagvaarding nietig verklaard moeten worden, waarna de zaak opnieuw aanhangig gemaakt kan worden bij de eerste aanleg. Heeft de rechter in hoger beroep de zaak zelf bij verstek berecht, dan is er daarna geen hoger beroep meer mogelijk, Verdachten die in appel schuldeloos afwezig zijn hebben het aanwezigheidsrecht niet kunnen effectueren en aan hen komt nog een laatste mogelijkheid van verzet bij de appelrechter toe. Een en ander betekent, dat voor het instellen van verzet na hoger beroep niet de eis gesteld wordt dat de zaak twee keer bij verstek is afgedaan. Als de verdachte kan aantonen, dat hij schuldeloos zijn laatste volle instantie heeft gemist, is verzet ontvankelijk.<sup>222</sup>

Het begrip schuldeloos is het centrale criterium voor de beschikbaarheid van dit rechtsmiddel. Men moet bij dit criterium denken aan gevallen waarin het niet redelijk is om de verdachte te laten opdraaien voor gebreken in de toepassing van de regeling voor gerechtelijke mededelingen. Dat betekent in elk geval dat de verdachte daarop in beginsel geen beroep kan doen als hij niet de inspanningen heeft verricht, welke de wet in het kader van de risicoverdeling van hem mag eisen om bereikbaar te zijn voor mededelingen in verband met de strafzaak. Als de verdachte echter kan aantonen dat hij buiten zijn schuld niet in staat is geweest om zijn deel van de inspanningen te

221 De geldigheid van de inleidende dagvaarding zal door het OM in appel niet snel worden aangevochten. Als het schuldeloos verstek in eerste aanleg uit een fout van justitie voortkomt, moet dat dus door de appelrechter zelf worden ontdekt.

222 Ontdekt de appelrechter, dat de berechting in eerste aanleg ten onrechte bij verstek heeft plaatsgevonden, dan kan hij volstaan met het nietig verklaren van de inleidende dagvaarding. Mutatis mutandis geldt hetzelfde voor een voortzetting van de zaak in afwezigheid van de verdachte na schorsing in eerste aanleg. Het oordeel dat de oproeping voor de nadere zitting nietig verklaard had moeten worden kan tot ingrijpen van de appelrechter leiden. Bij afwezigheid van de verdachte in hoger beroep zal de appelrechter hier met name attent op moeten zijn als de afstand van aanwezigheidsrecht in hoger beroep op een fictie berust, dat wil zeggen wanneer betekening in persoon niet blijkt.

leveren, dan is een correctie weer wel op zijn plaats. De casuïstiek kan hier eindeloos gevarieerd zijn. De hoofdlijn is in ieder geval, dat een fictie als basis voor de verstekbepaling niet automatisch tot het openstellen van verzet leidt. Een dakloze verdachte, die bij het politieverhoor domicilie heeft gekozen bij zijn raadsman, maar daarna gedurende langere periode wegens ziekte geen contact heeft kunnen opnemen met het advocatenkantoor, komt echter een mogelijkheid toe om het tegen hem gewezen verstekvonnis op te komen. En wat te denken van het geval dat is betekend aan het gekozen adres van de raadsman terwijl later een andere raadsman is gekozen. Wanneer aangetoond kan worden dat het bericht daarvan bij justitie over het hoofd is gezien, dan valt er voor de openstelling van een rechtsmiddel toch veel te zeggen. Wanneer hoger beroep open stond moet het termijnverzuim beoordeeld worden in het licht van het schuldeloos niet verschijnen en wanneer er geen hoger beroep meer mogelijk is moet er een ingang geboden worden om de uitkomst van de zaak aan te vechten.

Bij de invulling van het verzet kan ervoor gekozen worden om de verstekbehandeling geheel non-existent te verklaren en de aanleg geheel opnieuw te doen. Ons lijkt dat niet de beste oplossing, omdat de behandeling na verzet bedoeld is om een bepaald aspect van de verstekbehandeling te herstellen. Als, gehoord de verdachte, moet worden aangenomen, dat ten onrechte verstek verleend is wordt de inleidende dagvaarding nietig verklaard en vervalt krachtens dat hernieuwde oordeel de uitspraak bij verstek. Wanneer dat echter niet het pijnpunt is hoeft dat in beginsel ook niet hersteld te worden en mag de rechter zich op andere punten concentreren. De behandeling van de zaak kan voortgezet worden, mits de verdachte genoeg tijd en faciliteiten heeft gehad voor zijn verdediging.

Wij willen bij het verzet het rechtsmiddelkarakter laten domineren. Dat heeft als logisch gevolg, dat dit rechtsmiddel alleen ontvankelijk is als de verdachte een belang heeft bij een heroverweging van de zaak. Wat daarover in paragraaf 5.2.1 is gesteld over de andere rechtsmiddelen is hier van overeenkomstige toepassing. Ook gelijk aan het appel is, dat de agenda afgestemd wordt op de bezwaren en dat de voorafgaande (verstek)behandeling van waarde is met name voor zover niet geklaagd wordt. De rechter na verzet is een nieuwe instantie, die (net als nu blijkt art. 403 lid 2 Sv) een uitspraak moet doen over de eerdere uitspraak bij verstek gegeven. Dat is genoeg om de *fresh determination* te verzekeren, uitgaande van de eis dat de verdachte inderdaad op alle punten die hij aanvoert een gemotiveerde beslissing krijgt en de rechter niet de bevoegdheid wordt onthouden om op andere punten verbeteringen aan te brengen. Verder zal voor het gebruik c.q. de garantie van de verdedigingsrechten de rechter een iets andere insteek moeten kiezen dan de appelrechter. Dat geldt met name als de verdachte de kansen



nog niet gehad heeft. Dan moet de verzetrechter zich opstellen zoals de eerste rechter zou hebben gedaan als de verdachte wel bij de behandeling ter zitting aanwezig was geweest.

Het primaat van het hoger beroep, gebaseerd op de functie die het kan vervullen na verstek in eerste aanleg, bepaalt ook de denkrichting voor het geval dat de verdachte niet, maar de officier van justitie wél hoger beroep tegen het verstekvonnis heeft ingesteld. Wanneer in zo'n geval alleen het OM hoger beroep instelt, gaat de behandeling in hoger beroep de functie van de *fresh determination* vervullen op de zelfde manier als wanneer de verdachte zelf in appel is gegaan. Ook al heeft de verdachte geen appel ingesteld, wanneer er wel een tweede feitelijke behandeling komt mag hij die kans benutten om het tekort in de verdedigingsrechten te redresseren. Het appel moet hem dan ook worden aangezegd en ook door middel van de appeldagvaarding wordt de gelegenheid hiervoor bekend gemaakt. Wordt hij echter opnieuw bij verstek veroordeeld dan komt hem verzet toe in die gevallen, dat hij in hoger beroep schuldeloos afwezig was. Na de aanzegging van het hoger beroep kan de verdachte dus niet eerst verzet aantekenen. Het lijkt ons eveneens onnodig, dat de verdachte altijd moet mee appelleren om te verzekeren, dat de appelrechter de minimumvoorwaarden van de *fresh determination* in acht neemt. Wanneer hij schuldeloos de eerste aanleg heeft gemist rust op de appelrechter de plicht om de berechting in zijn geheel op peil te brengen. Het zou betrekkelijk zinloos zijn om te eisen dat de verdachte ook appel moet instellen om zijn grieven terzake van het verstek aan te voeren. Als de verdediging tijdens de behandeling op het appel van de officier van justitie het schuldeloos missen van de instantie opwerpt zal de eigen verantwoordelijkheid van de appelrechter met zich mee brengen, dat deze daar toch naar kijkt, net als wanneer de verdachte zelf in appel is gegaan.

Verzet en hoger beroep kunnen dus niet concurreren. Dat is anders voor verzet en cassatie. Cassatie kan immers de functie van de *fresh determination* niet vervullen. Dat rechtsmiddel kan dus niet het belang bij verzet wegnemen.<sup>223</sup> Wat nu te doen als cassatie en verzet cumuleren? Het eerste voorbeeld waarin dit speelt is wanneer het Openbaar Ministerie in een verstekzaak cassatie aantekent. Dat cassatieberoep wordt de verdachte aangezegd.

223 De suggestie, dat de Hoge Raad via het cassatieberoep tegen de geldigheid van de dagvaarding al voldoende kan voorzien in de behoefte wijzen we van de hand. In elk geval heeft dit als bezwaar dat dit omslachtig is aangezien de Hoge Raad steeds zal moeten verwijzen als een herbeoordeling moet plaats vinden. Bovendien doelen we op gevallen waarin de dagvaarding wel geldig is gelet op de wettelijke formaliteiten, maar desalniettemin een feitelijke behandeling in tegenwoordigheid gelegitimeerd is.

Deze kan, hierdoor op de hoogte gesteld van de tegen hem bij verstek uitgesproken straf, eventueel nog verzet instellen. Omdat het verzet de rechtsbescherming biedt die voor de schuldeloos afwezige verdachte op dat moment passend is (een volle heroverweging van de zaak) moet dat rechtsmiddel dus voorgaan boven cassatie. Gelet op deze onderlinge verhouding lijkt het logisch, dat de behandeling van dat verzet het cassatieberoep schorst, terwijl met de ontvankelijkheid van het verzet het cassatieberoep vervalt. Daarna ligt er immers een nieuwe uitspraak en kunnen beide partijen opnieuw de afweging maken of zij in cassatie willen gaan. Is het verzet echter niet-ontvankelijk verklaard (de instantie is niet schuldeloos gemist), dan blijft de uitspraak bij verstek in stand en kan de zaak met de behandeling van het cassatieberoep worden voortgezet.

Het is lang niet altijd duidelijk wat de verdachte wil als hij een rechtsmiddel tegen de uitspraak heeft aangewend. Ook griffiemedewerkers tasten wel eens in het duister over wat het juiste rechtsmiddel is. Daardoor komt het voor, dat een zaak naar de verkeerde instantie wordt gezonden. Het gevolg is een behoorlijke vertraging. Blijft deze problematiek nu actueel, zo kan men vragen, voor de rechtsmiddelen na hoger beroep?<sup>224</sup> Wij menen een aanknopingspunt te kunnen bieden voor een snelle vaststelling van het gewenste rechtsmiddel. Aangezien het verzet alleen maar openstaat voor de gevallen dat de verdachte kan aantonen dat hij schuldeloos de instantie heeft gemist, zal hij bij het instellen van dat rechtsmiddel daartoe de gronden moeten aanvoeren. Wanneer daarvan niets blijkt is het kennelijk de bedoeling dat er cassatie wordt ingesteld. De verdachte heeft hier recht op een extra instantie op grond van omstandigheden die de rechter niet bekend waren en die in beginsel tamelijk uitzonderlijk zijn. Het is dan alleszins redelijk te eisen dat bij het instellen van het rechtsmiddel die omstandigheden worden gemeld. Natuurlijk doen de griffiemedewerkers aan de balie er goed aan verduidelijking te vragen als de verdachte of diens raadsman persoonlijk aanwezig is. Voor de schriftelijk ingestelde beroepen geldt evenwel de zelfde eis. Goede informatieverschaffing bij het contact met de bij verstek veroordeelde, bijvoorbeeld bij de aanzegging van het cassatieberoep van het OM, is een belangrijk middel om onduidelijkheid te voorkomen, maar zal niet alles kunnen verhelpen.

224 Voor de stand van zaken na de eerste aanleg menen wij een belangrijke reductie van dit probleem te hebben aangedragen. Het juiste rechtsmiddel na de eerste rechterlijke uitspraak in het eerste en tweede spoor is altijd het hoger beroep. In het derde spoor kan men tegen de strafoplegging door de officier van justitie alleen maar hoger beroep instellen.

De gedachte van de Duitse Wiedereinsetzung integreert hier in de beoordeling van de ontvankelijkheid van respectievelijk het hoger beroep of het verzet. Wanneer een termijn verzuimd is ten gevolge van onbekendheid met de uitspraak in de gevallen dat de verdachte hoger beroep respectievelijk verzet aantekent komt dat tot uitdrukking. Schuldeloos termijnverzuim is dan niet fataal. Overigens, voor hoger beroep geldt dat ook als de verdachte wél in eerste aanleg is verschenen, maar door welke perikelen dan ook niet tijdig hoger beroep heeft kunnen instellen. Als het hoger beroep of het verzet tijdig is ingesteld vinden we elementen van deze gedachte terug in de beoordeling van de ontvankelijkheid van het rechtsmiddel verzet (dat de verdachte alleen heeft wanneer hem geen afstand van aanwezigheidsrecht kan worden toegeschreven) en in de zojuist geschetste beoordeling door de appelrechter van de redelijkheid van de verzoeken van de kant van de verdediging om bepaalde verdedigingsrechten alsnog te kunnen aanwenden.

#### 5.4 Hoger beroep

Het hoger beroep is een voortgezette gelegenheid om de zaak te behandelen en op basis van het totaal te beraadslagen en te beslissen., Daarin ligt het betere van twee instanties, niet in het forum zelf of in de status van *melius informatus*. Fouten moeten kunnen worden hersteld. Voor een hernieuwde beoordeling van de zaak zonder beperkingen is het appel de aangewezen instantie.<sup>225</sup> Zoals hiervoor al bleek is in onze optiek het appel niet automatisch een gehele beoordeling van de zaak in volle omvang. Dat hangt af van de bezwaren die zijn ingebracht tegen de gewraakte uitspraak van eerste aanleg alsmede tegen de behandeling in eerste aanleg. Het schema van het huidige wetboek, dat volgens de heersende jurisprudentie in elk geval van hoger beroep een volledige feitelijke berechting garandeert, resulteert in een aantal opzichten in prestaties van de appelrechter, waar niemand om gevraagd heeft en waarmee geen concrete belangen gediend zijn. Bovendien heeft de rechtspraak (de kernrollen-jurisprudentie) laten zien, dat de ontwikkeling van ons rechtsmiddelenstelsel op bepaalde punten blokkeert. Waar het totaal van factoren en belangen vraagt om souplesse en de eisen van het EVRM daartoe volop de ruimte bieden, brengt het beginsel van berechting in

225 De gelatenheid waarmee bepaalde leden van de Commissie Ort contrecoeur het hoger beroep accepteerden is opmerkelijk en kan wellicht verklaard worden door de toen recente ingrepen in de appelprocedure, waardoor het Hof niet met zes maar slechts met drie raads heren oordeelde. Daarmee was de meerdere waarde van het hoger beroep voor een aantal leden kwestieus geworden. Zie Notulen Commissie Ort, vijfenveertigste vergadering, p. 2-9 met op p. 5 de passus: 'een noodzakelijk kwaad'.

twee volwaardige feitelijke instanties een bepaalde rigiditeit in het stelsel. Met de toename, onder invloed van het EVRM, van de behoorlijkheidseisen voor de (eerste) feitelijke aanleg zou in een afgewogen systeem een communicerende reactie voor de berechting in hoger beroep gepaard gaan. In ons huidige stelsel cumuleert dat echter en nemen de eisen voor de feitelijke behandeling in hoger beroep ook automatisch toe. De appelrechter is immers ook een volwaardige feitenrechter. We nemen dan echter slechts één kant van het EVRM-systeem over. In dat stelsel wordt namelijk de koppeling aangebracht tussen wat in de eerste aanleg al is geschied en wat de appelbehandeling daaraan nog kan toevoegen. Het EHRM benadrukt in zijn rechtspraak dat de berechting in zijn totaliteit verdragsconform moet zijn, wat een communicerende werking tussen eerste en tweede aanleg impliceert. Wij zijn ons er terdege van bewust dat het EHRM dit stelsel niet voorschrijft aan verdragsstaten en derhalve een hoger niveau van waarborgen nooit zal veroordelen. We menen echter te mogen stellen, dat een uitbreidende interpretatie van verdragsnormen voor de feitelijke aanleg niet automatisch ook voor de appelberechting zou moeten gelden en dat nationale beginselen – uit de pre-EVRM tijd – die dat desondanks bewerkstelligen, verlaten moeten worden. Wanneer er cumulatie van uitgebreide bescherming plaatsvindt is er het gevaar, dat dit al gauw ervaren wordt als ‘te veel van het goede’. Dat kan dan weer aanleiding vormen voor onevenwichtige ingrepen in met name de verdedigingsrechten. Een verdere en langdurige bloei van de waarborgen in de eerste aanleg gaat gepaard met een verandering van de stelselmatige keuze voor de appelbehandeling.<sup>226</sup>

Het ligt in de lijn van het voorafgaande om principieel te kiezen voor een voortbouwend appel. Daarmee wordt bedoeld, dat het hoger beroep een voortzetting van de behandeling van de zaak in zijn volle omvang betekent. De laatste toevoeging betekent allereerst dat alle soorten vragen aan de appelrechter kunnen worden voorgelegd en de afslanking tot de rechtsvragen pas daarna aan de orde is. Verder volgt daaruit dat wij de appelrechter geen beperkingen willen opleggen door bepaalde aspecten van de zaak voor hem volledig onbereikbaar te maken. In onze benadering behoudt hij een bevoegdheid om de aperte misslagen te corrigeren. Bovendien dient het concentratiebeginsel gehandhaafd te worden, zodat de zaak ook in die betekenis

226 Zie voor de onderbouwing van deze keuze vanuit een problematiserende bespreking van het geldende recht het deelrapport Hoger beroep (Groenhuijsen de De Hullu).

in volle omvang bij de appelrechter komt tenzij de wetgever daarop uitdrukkelijke uitzonderingen heeft gemaakt.<sup>227</sup>

Deze stelselmatige ommezwaai zal in sommige Hoven meer dan in andere tot een verandering van de praktijk leiden. Zal het echter ook een oplossing brengen, zo kan men vragen, voor de klacht, die sedert het midden van de jaren negentig met enige regelmaat te beluisteren valt, namelijk dat de tweede aanleg in een aantal zaken gebruikt werd als was het de eerste? In een periodiek verslag hebben de Hoven destijds aandacht gevraagd voor dit verschijnsel. Het ging hier met name om verdachten en hun raadslieden, die de eerste aanleg ondergeschikt leken te vinden en pas bij het Hof een full swing verdediging op poten zetten.<sup>228</sup> Zoals in het deelrapport over het hoger beroep nader uiteengezet wordt valt dit met onze invulling van het hoger beroep ten dele wel te ondervangen. Alleen al omdat het hoger beroep bedoeld is voor de bezwaren tegen de behandeling én de uitspraak in eerste aanleg, kan men moeilijk eisen dat alle verweren reeds in eerste aanleg gevoerd moeten zijn. Nu echter de appelbehandeling een voortbouwend karakter heeft is er wel een aanknopingspunt om de proceshouding in de eerste instantie bij de behandeling in hoger beroep te betrekken. We denken dan met name aan het vragen van allerlei onderzoekshandelingen van de appelrechter. Het criterium daarvoor is de noodzaak, onder meer in het licht van het belang van de partij die om de handeling vraagt. Bij de beslissing op een dergelijk verzoek mag de appelrechter betrekken wat de houding van de betrokkenen in de vorige aanleg is geweest.<sup>229</sup> De verdediging, die de eerste aanleg maar zou laten lopen, neemt dus wel een zeker risico voor de behandeling in hoger beroep. Wellicht is daarmee het zwaarste knelpunt enigszins te ondervangen. Voor het overige valt het moeilijk om beperkingen op te werpen zonder aan de functie van het hoger beroep afbreuk te doen. In een voortgezette behandeling met het oog op een beter resultaat zou de flexibiliteit verloren gaan, wanneer standpunten uit de eerste aanleg bevroren zouden worden. Een voortzetting kan immers nieuwe inzichten opleveren. Evenzeer als het OM mag ook de verdediging de tweede instantie gebruiken om van

227 Zie H.G.M. Krabbe, *Verzet en hoger beroep in strafzaken*, Alphen a/d Rijn, H.D. Tjeenk Willink 1983, p. 45-56.

228 A.J.A. van Dorst, 'Een mogelijk recept tegen de kwaal der trage strafrechtspleging', in: J. de Hullu en W.E.C.A. Valkenburg, *Door Straatsburg geïnspireerde grondnormen voor het Nederlandse strafproces*, Deventer, W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 47, stelt dat de klacht nog steeds actueel is.

229 Ook nu al zien we dat zwijgen in eerste aanleg meespeelt bij de weging van het belang van nader onderzoek in appel; zie conclusie Fokkens bij *NJ* 2001, 479 op p. 3593.

gedachten te veranderen als het gaat om het volgen van een bepaalde strategie.<sup>230</sup>

Dat brengt ons terug bij een markant kenmerk van het door ons beoogde stelsel. In belangrijke mate biedt dat de ruimte voor partijen om aan de verschillende fasen van het strafgeding zelf vorm te geven. Voor de correctie van een rechterlijke uitspraak door middel van het aanwenden van een gewoon rechtsmiddel heeft dat als consequentie, dat de naar voren gebrachte bezwaren de eerste oriëntatie van de rechter vormen bij de procedure in hogere aanleg. Als partijen een bepaald belang hebben dan kunnen ze dat door hun actieve houding tot uitdrukking te brengen. De appelrechter neemt ook bij de formulering van zijn beslissing dit debat als uitgangspunt. In de uitspraak wordt een gemotiveerd oordeel gegeven over de punten waarvoor tijdens de terechtzitting aandacht is gevraagd en voor het overige mag de motivering wel uitblijven, tenzij de appelrechter zelf ingrijpt. Het accent op contradictoriteit wordt immers aangevuld met de attitude van de rechter, die zijn eindverantwoordelijkheid in de verschillende procesfasen op verschillende wijze gestalte geeft. Een corrigerende ingreep van de appelrechter op eigen initiatief wordt in de uitspraak door middel van een gemotiveerde beslissing verantwoord. De uitkomst van het hoger beroep is dus een uitspraak waarin met name op de discussiepunten gemotiveerde beslissingen zijn opgenomen, met de eventuele ambtshalve aanvullingen. Voor de overgang van appel naar cassatie heeft dat tot gevolg, dat al hetgeen in appel niet als bezwaar is aangedragen of voorwerp van debat is geweest, noch door de rechter ambtshalve is geadresseerd, voor de cassatierechter amper nog aanknopingspunt te bieden heeft. De aard van het rechtsmiddel cassatie brengt immers mee, dat over de rechtstoepassing in de zaak een oordeel van de Hoge Raad wordt gevraagd voor zover de hoogste feitenrechter daarvan blijkt heeft gegeven of had moeten geven. We verwijzen voor de nadere uitwerking van onze gedachten over het hoger beroep naar het separate deelrapport en zetten hier onze systeemvoorstellen voort met de behandeling van de cassatie.

230 Vgl. HR 09-04-85 NJ 1985, 776, waarnaar ook Fokkens verwijst in zijn conclusie bij NJ 2001, 501 op p. 3710 l.k.

## 5.5 *Cassatie*

### 5.5.1 Aard van het rechtsmiddel

Tot nu toe zijn voorstellen geformuleerd voor de toegang tot de hogere voorziening en zijn gedachtelijken uitgezet voor de aard van het hoger beroep. Dan is nu de vraag aan de orde welke gevolgen de wijziging in het traject voorafgaand aan de Hoge Raad heeft voor de cassatiefase. Onze voorstellen zullen niet strekken tot een ingrijpende verandering van de cassatie als zodanig. Ook voor de toekomst zien wij als doel van het laatste gewone rechtsmiddel de bewaking van de juiste rechtstoepassing in individuele gevallen met het oog op uniforme uitleg en rechtsontwikkeling in het hele land. Nadat de zaak eerst voldoende in volle omvang is behandeld brengen de beginselen van rechtszekerheid en rechtsgelijkheid met zich mee, dat een toetsing op de rechtsoordelen van de laatste feitelijke aanleg met een derde rechtsingang wordt gefaciliteerd. De cassatierechter als hoogste rechter heeft derhalve een dubbele rol te vervullen: hij is hoogste rechter in de zaak en biedt als zodanig rechtsbescherming tegen onjuiste rechtstoepassing en hij is naar aanleiding van de zaak de bewaker van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling.

Uit de rolbeschrijving van de cassatierechter vloeit de aanduiding van de gevallen voor cassatie rechtstreeks voort. Het rechtsmiddel is bedoeld voor alle rechterlijke uitspraken waartegen geen rechtsmiddel (meer) open staat en waarbij de op het spel staande belangen nog een nadere toetsing van punten van rechtstoepassing rechtvaardigen. Zolang de eventuele fouten in de rechtstoepassing nog kunnen worden verbeterd is betrokkenheid van de Hoge Raad nog niet nodig. Vandaar het algemene vereiste dat andere beschikbare rechtsmiddelen uitgeput moeten zijn, voordat men toegang tot de cassatierechter heeft. De legitimatie met behulp van belangenafweging geeft aan dat niet in alle gevallen beroep op de Hoge Raad is toegelaten. Op de eerste plaats past hier een verwijzing naar de bagatellendrempels, die wij voor het hoger beroep en de cassatie verschillend zouden willen stellen. In zaken onder de cassatiedrempel geldt dat na afweging van de rechtsbescherming die reeds geboden is en de ernst van de concrete zaak, dat de kosten van en het uitstel in een volgende instantie niet langer gerechtvaardigd zijn. Daarbij wordt dus een beperking aangebracht op de bevordering van de rechtseenheid en rechtsontwikkeling, aangezien er geen mogelijkheden zijn om eventuele belangrijke rechtsvragen alsnog bij de Hoge Raad te brengen. We komen daarover nader te spreken in de paragraaf die gewijd is aan de vraag naar de gevallen waarin de Hoge Raad niet de hoogste rechter zou zijn; paragraaf 5.6.

De grote hoeveelheid zaken waarin toch een derde rechtsingang wordt benut, veroorzaakt met name druk op het rechtsmiddel cassatie als een finale toetsing van de uitkomst van de zaak.<sup>231</sup> De gedachte zou post kunnen vatten, dat de bemoeienis van de hoogste rechter zinloos is, wanneer er geen vragen van rechtseenheid of rechtsontwikkeling worden opgeworpen. In wezen is dat één van de argumenten voor de invoering van een verlostelsel voor de cassatie.<sup>232</sup> Voordat de Hoge Raad zich met de zaak bezighoudt wordt in zo'n stelsel getoetst of in de zaak wel vragen van die aard spelen. Wanneer dat niet het geval is, kijkt de Hoge Raad niet verder en wordt het beroep niet-ontvankelijk verklaard. Men zou die voortoetsing de vorm kunnen geven van een enkelvoudige verlofkamer of van een meervoudig comité, zoals bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens. Hoe dat er ook uit ziet, het is een wezenlijk andere invulling van het rechtsmiddel cassatie. Tot die ommezwaai heeft ons onderzoek geen andere dwingende grond opgeleverd dan de oplossing van de capaciteitsproblemen die momenteel aanwezig zijn en voor de toekomst verwacht worden. In het algemeen gaan wij er voorlopig van uit, dat in een strafzaak boven een bepaald minimum aan importantie de mogelijkheid moet bestaan de procedure te controleren en de eventuele verzui- men of verkeerde rechtstoepassingen te corrigeren. We onderstrepen hier nog eens de gedachte, dat partijen, die in hoger beroep een actieve houding aannemen een reactie op hun redelijke punten kunnen verwachten met juiste toepassing van het recht. Dat wat niet besproken is, op initiatief van de partijen of van de rechter, wordt ook niet uitvoerig verantwoord in het vonnis. Klachten hierover in cassatie zijn dan ook zinloos. Wat in hoger beroep wel een punt is geweest wordt door de appelrechter ook gemotiveerd beslist. Daarin valt moeilijk in te passen, dat een verlofrechter oordeelt of de bezwaren wel de moeite waard zijn. Wel is goed in te passen, dat men de weg naar de cassatierechter geblokkeerd zal vinden wanneer niet de bezwaren in de vorm van een deskundig opgesteld schriftuur zijn voorgelegd. Dit vereiste heeft een plaats in de bestaande wettelijke ontvankelijkheidseisen en zal die wat ons betreft behouden naast de reeds besproken minimum strafhoogte. Aanvullend wijzen we nog op de hantering van art. 81 RO, waarop we zoda- delijk nog terugkomen. Die praktijk laat al zien, dat de cassatierechter aan de aangevoerde punten die aandacht besteedt, die ze verdienen. Daarnaast zou een separate toetsing of de aangevoerde punten wel aandacht verdienen niet

231 Van Dorst 1989 *a.w.*, p. 111.

232 Vgl. J. de Hullu, Rechtsbescherming door beslissen, rechtsontwikkeling door motiveren, in *NJB* 2002, p. 301-305.



zoveel toegevoegde waarde hebben, dat een andere invulling van de cassatie daardoor zonder meer gerechtvaardigd zou worden.<sup>233</sup>

De capaciteitsproblemen bij de Hoge Raad zijn echter van dien aard, dat een nadere bestudering van de toekomst van de cassatie geïndiceerd is. Ook al zijn de effecten op de langere termijn van de recente reductie van de werkbelasting van de strafkamer nog niet bekend, toch zijn de verwachtingen over de problemen bij de Hoge Raad somber. In het kader van ons onderzoek is zoals gezegd meer studie nodig, ook van empirisch materiaal. Pas in het kader van een volgend deelrapport zullen verdere conclusies en voorstellen worden gepresenteerd. Daarbij zullen we ons rekenschap geven van de vraag of binnen de nu verdedigde karakteristiek van de cassatierechtpraak voldoende kan worden ingespeeld op de problematiek, dan wel dat toch een andere keuze moet worden gemaakt. De vergelijkende bestudering van buitenlandse stelsels voor de bewaking van de rechtseenheid zal daarbij een hulpmiddel zijn.

Onze keuze voor behoud van het bestaande duale karakter van de cassatie is dus een voorlopige. In dit verband verdient art. 81, voorheen 101a, RO nog aandacht. De invoering daarvan valt wel als een gelukkige poging te zien om kool en geit te sparen.<sup>234</sup> Met toepassing van deze bepaling besteedt de hoogste rechter alleen aandacht aan de ingediende bezwaren wanneer deze aanleiding geven tot overwegingen ter zake van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling. Wanneer één (of meer) van de bezwaren gegrond is gaat de Hoge Raad gemotiveerd tot vernietiging over. Is géén van de cassatiemiddelen gegrond, dan worden ze alleen gemotiveerd verworpen wanneer dat in verband met de rechtseenheid of rechtsontwikkeling op zijn plaats is. Dat alles gebeurt natuurlijk alleen wanneer het cassatieberoep ontvankelijk is. Aanvullend op de middelen wordt bij een ontvankelijk cassatieberoep namens de verdachte steeds gecontroleerd of er ook gronden voor ambtshalve cassatie zijn. Dat veroorzaakt een niet geringe druk op met name de ondersteuning van de Hoge Raad en tempert de besparende effecten van art. 81 RO gedeeltelijk.

233 J.E.H.M. Pinckaers, *Art. 101a RO*, Deventer, Gouda Quint 1997, p. 222-223; Vgl. de getrapte benadering van het Europese Hof in Straatsburg, waar ook een verlofstelsel als zodanig niet geïntroduceerd is. Een driepersoons kamer, comité genaamd, oordeelt over de ontvankelijkheid. Verder kan een kleine kamer van zeven de zaken afdoen of doorverwijzen naar een grote kamer van zeventien voor de beantwoording van zwaarwichtige vragen. Daar kan een beslissing van een kleine kamer ook voorkomen als een verzoek daartoe van één der partijen door vijf leden van de grote kamer is aanvaard. Zie de art. 28-31 en 43 EVRM.

234 Zie deze argumentatie in *Kamerstukken II*, 1986-1987, 19953, nr. 3, p. 1 en Pinckaers *a.w.*.

Ook in onze opvatting over de taak van de cassatierechter is het goed in te passen, dat de Hoge Raad alleen maar sturing geeft aan de rechtstoepassing en rechtsontwikkeling in zaken waarin vragen van die aard aan de orde zijn. De bezwaren worden nog wel getoetst, maar er wordt niet altijd een uitvoerige verantwoording gegeven van de negatieve uitkomst. Wanneer bezwaren gegrond zijn moet de Hoge Raad zijn oordeel beargumenteren. Die verplichting bestaat verder alleen wanneer uitleg over de ongegrondheid in het licht van de cassatietaak gewenst is. Voor het overige moet de justitiabele zich tevreden stellen met de reeds in eerdere aanleg gegeven beslissingen en motiveringen.<sup>235</sup> Aangezien die beslissingen en motiveringen ook het aanknopingspunt voor de ambtshalve cassatie vormen moet hier nog eens worden benadrukt, dat in onze voorstellen de beslissings- en motiveringseisen in hoger beroep zijn afgestemd op datgene wat in de behandeling van het beroep aan de orde is geweest. Dat betekent ter zake van de last van het onderzoek naar gronden voor ambtshalve cassatie in de hier besproken toepassing van art. 81 RO een verlichting. Voor dat onderzoek is geen aanknopingspunt meer op die onderdelen van de uitspraak, die in de nieuwe lijn niet uitgewerkt worden. Voor zover er al toepassing gegeven moet worden aan de bevoegdheid tot ambtshalve cassatie kan dat alleen nog maar op de wel uitgewerkte punten en dus kan het onderzoek daarnaar afgeslankt worden, zowel bij de Hoge Raad als bij het parket.

De bevoegdheid tot ambtshalve cassatie lijkt min of meer voorondersteld in de hier gevolgde lijn om waar mogelijk de functie van hoogste rechter in de zaak te bewaren. De lijn voor de rechterlijke attitude is immers steeds geweest, dat deze de verantwoordelijkheid voor de uitkomst van de strafzaak alleen ten volle kan dragen als hij ook mogelijkheden heeft om in te grijpen op punten die door andere actoren niet aangevoerd zijn. Op die grond is de ambtshalve cassatie gebaseerd en wordt de Hoge Raad niet aan de middelen gebonden. Dit alles neemt niet weg, dat het gebruik van deze bevoegdheid aan een belangenafweging onderhevig is. Men zou kunnen vastleggen dat dit instrument alleen maar beschikbaar is wanneer het belang

235 *Kamerstukken II*, 1987-1988, 19953, nr. 7, p.2. De conclusie van het parket bij de Hoge Raad vervult in dit opzicht een aanvullende functie. J.W. Fokkens, 'De toekomst van de strafrechtelijke rechtsmiddelen', in: H. de Boer e.a. (red.) *Rechtsmiddelen van de toekomst*, Zwolle, W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 47-48, wil daar wel van af, maar tot nu toe bieden de conclusies nog wel relevante informatie. Een mooi voorbeeld van hoe dat kort en bondig (in 8 regels) kan is de conclusie van Fokkens bij HR 16-01-2001, nr. 107.068M (ongepubl.): een korte vermelding van een arrest waarmee het eerste middel in strijd is en een afwijzing van het tweede middel omdat het een beroep doet op feiten en omstandigheden, die voor het eerst in cassatie worden aangevoerd en waaromtrent de feitenrechter niets heeft vastgesteld.

van de rechtseenheid of rechtsontwikkeling ermee gediend is. Hoewel dit een mooie koppeling met de tweede functie van de Hoge Raad zou realiseren geven we toch de voorkeur aan een open bevoegdheid. Het eerste argument daarvoor is min of meer principieel van aard. De Hoge Raad moet de ruimte houden om ook in zaken van geringe juridische betekenis te kunnen ingrijpen, wanneer de rechtsbescherming tegen onjuiste rechtstoepassing daarom vraagt. Een meer praktisch punt is, dat het onmogelijk is om deze beperking in nadere regels vast te leggen. De Hoge Raad zal dus altijd enige beleidsruimte houden. Voor het dragen van de eindverantwoordelijkheid is een bepaalde ruimte voor ambtshalve ingrijpen nodig in de meest uiteenlopende gevallen. Men hoeft maar te denken aan de situatie dat na tijdsverloop de feitelijke omstandigheden of het recht zijn veranderd, waardoor de gewraakte uitspraak niet in stand kan blijven.<sup>236</sup> Ook de beoordeling van het tijdsverloop na hoger beroep vanuit de norm van de redelijke termijn kan slechts onder de bevoegdheid van ambtshalve cassatie plaatsvinden. Het laatste voorbeeld illustreert bovendien goed op welke manier de Hoge Raad de invulling van zijn beleidsvrijheid inzichtelijk kan maken. In een uitvoerig arrest wordt geconcretiseerd wanneer en hoe de Hoge Raad zal ingrijpen.<sup>237</sup> Gelet op de terughoudendheid waarmee de Hoge Raad momenteel gebruik van deze bevoegdheid maakt (in 2-3 %) is een toeëigening van een te grote beleidsvrijheid niet te vrezen.

Als afsluiting van deze paragraaf komen we terug op de tegensprekelijkheid van het strafgeding, zoals die in cassatie gestalte krijgt. In de huidige regeling beschikt de verdachte over de mogelijkheid om het cassatieberoep van het OM tegen te spreken (art. 438 lid 2 Sv), alsmede om na de conclusie van het parket bij de Hoge Raad nog te reageren. Teneinde dit karakter van de cassatieprocedure verder te versterken valt te overwegen om de suggestie van Van Dorst over te nemen en het OM bij de feitelijke instantie een recht op tegenspraak te geven bij cassatieberoepen van de verdachte.<sup>238</sup> Tot voor kort kon men zeggen, dat het vervolgingsstandpunt wel voldoende aan bod komt in de cassatiefase door middel van de conclusie van de vertegenwoordiger van het parket bij de Hoge Raad. Nu de positie van deze functionarissen in de nieuwe Wet RO verder verzelfstandigd is, ligt het voor de hand om van hen ook niet anders meer te verwachten dan wat er thans al gegeven wordt: neutrale adviezen. Het tegenspreken van het cassatieberoep kan dan

236 Zie Van Borselen en Mintjes *a.w.*, m.n. p. 51.

237 HR 03-10-2000 *NJ* 2000, 721, vervolgd en aangevuld voor ontnemingszaken in HR 09-01-01 *NJ* 2001, 307.

238 Van Dorst 1998 *a.w.*, p. 28-29.

komen van het Openbaar Ministerie in de zin van art. 124 en 125 RO. De gedachten gaan daarbij uit naar de mogelijkheid om een schriftelijke nota te ontvangen van een vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie bij het hoogste feitelijke gerecht, waarin deze reageert op de namens de verdachte ingediende cassatiemiddelen. Van een voortzetting van het debat kan men een kwaliteitsverbetering verwachten, aldus Van Dorst. Het gaat hier overigens om een mogelijkheid, niet om een verplichting. Wanneer het cassatieberoep het tegenspreken niet waard is kan het Openbaar Ministerie dienovereenkomstig berichten aan de Hoge Raad.

### 5.5.2 Cassatieberoep tegen vrijspraken

Voor heroverweging van art. 430 lid 1 Sv in het kader van dit onderzoek zijn een aantal redenen aan te voeren. Op de eerste plaats is hiervoor al gebleken, dat het karakter van hoger beroep principieel gewijzigd wordt. De appelrechter blijft in onze voorstellen wel een tweede feitelijke aanleg, maar hij heeft niet tot taak het doorlopen van een volledige feitelijke behandeling die in alle gevallen aan exact de zelfde eisen moet voldoen als de eerste aanleg. Wij zien het hoger beroep immers als een voortzetting van de feitelijke behandeling, waarbij de agenda in belangrijke mate wordt afgestemd op de wensen van de procesdeelnemers. In het verlengde van de algemene vraag welke gevolgen dat heeft voor de cassatie ligt de kwestie of de vrijspraak in hoger beroep nog wel de zelfde bijzondere status verdient als onder het stelsel, dat hier sinds lang heeft gegolden.<sup>239</sup>

De verschuivingen in de rechtspleging van de laatste decennia leggen ook belangrijk gewicht in de schaal als argument om tot een heroverweging te komen. In veel meer gevallen dan in de periode daarvoor wordt een vérstrekkend juridisch standpunt van de feitenrechter uiteindelijk gepresenteerd in het formele harnas van de vrijspraak. Aanvankelijk leek de hoge vlucht die de toetsing van het vooronderzoek heeft genomen nog veelal uit te monden in uitspraken over de ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie. De Hoge Raad heeft naderhand terzake van de schendingen van het recht in het vooronderzoek de niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie gereserveerd voor de zware gevallen en dus de rechter gestimuleerd in de richting van bewijsuitsluiting te gaan, waardoor het aantal vrijspraken zal zijn

239 Vgl. de expliciete koppeling met het hoger beroep als tweede feitelijke instantie in de afwegingen van de regering inzake de beperking van het cassatieberoep in *Kamerstukken II* 1997-1998, 26 027, nr. 3, p. 7.

toegenomen.<sup>240</sup> Het effect hiervan is dat bij een toegenomen juridische controle op het vooronderzoek de mogelijkheden van de cassatierechter om ten aanzien daarvan zijn taak te doen relatief zijn afgenomen. De vraag of dat gerechtvaardigd is moet op zijn minst gesteld worden. Dat geldt temeer nu de wetgever door middel van art. 359a Sv een genuanceerde en op de omstandigheden toegesneden reactie van de rechter wil bevorderen wanneer er onherstelbare verzuimen in het vooronderzoek worden aangetroffen. Het stelsel van art. 359a Sv hanteert de (volgorde van de) einduitspraken in het wetboek niet bepaald strak. De in dat artikel aangegeven volgorde is precies omgekeerd aan die van de art. 348 tot en met 352 Sv en bovendien is de uitspraak sterk afhankelijk van de concrete weging van alle factoren. Zijn categorische consequenties voor het bereik van het rechtsmiddel cassatie dan nog wel te verbinden aan de ‘toevallige’ gedaante van de einduitspraak?<sup>241</sup>

Het cassatieverbod van art. 430 lid 1 Sv is verre van onomstreden gebleven. Voorafgaand aan een eigen standpuntbepaling volgt hier eerst een beknopte weergave van de verschillende argumenten.

Bezwaren tegen het cassatieverbod van art. 430 Sv zijn in de loop der tijd herhaaldelijk naar voren gebracht. Op de eerste plaats werd gewezen op de zwakte van de historische wortels (het historisch motief) van de bepaling. De Jong en Van der Neut verwijzen naar de voorgeschiedenis, waarin voor het juryproces in het Franse recht een verbod op cassatie van vrijspraken gold. Zaken die zonder jury werden afgedaan, de correctionele en politiezaken, waren daarentegen ook toen al onderworpen aan toezicht door de cassatierechter. Het wonderlijke deed zich voor, dat bij invoering en later continuering van een procedeerwijze, die veel verwantschap had met het proces zonder jury – ons strafproces voor een enkelvoudige of meervoudige kamer van beroepsrechters – een voorziening werd gehandhaafd die alleen goed te plaatsen was vanuit het respect van de wetgever voor de vox populi. Een aspect wat genoemde auteurs hierbij afzonderlijk vermelden is dat het formele onderscheid tussen vrijspraak (van cassatie uitgezonderd) en ontslag van rechtsvervolging (cassatie toegelaten) ook tamelijk toevallig tot stand

240 Of de recente beweging naar strafkorting weer een teruggang van het aantal vrijspraken zal betekenen valt niet te voorspellen. De gevallen die tot nu toe de aandacht hebben getrokken leenden zich in elk geval niet voor bewijsuitsluiting en eventueel daardoor veroorzaakte vrijspraak. Zie D.H. de Jong, Rubriek rechtspraak, *D&D* 31(2001) nr. 1, p. 105-114.

241 Het wetsontwerp voor de afschaffing van art. 430 Sv is door de regering op 25-01-02 naar de Kamer gestuurd (*Kamerstukken II*, 2001-2002, 28204, nr. 1-2). Het leunt zwaar op een heroverweging in het licht van de hier genoemde ontwikkeling. Zie voor een afwijzende bespreking A.A. Franken en C. Waling, ‘De actuele betekenis van art. 430 Sv’, in *NJB* 2001, 1366-1371.

gekomen is en zeker niet een principiële rechtvaardiging oplevert voor het beperkte cassatie-verbod. Dit laatste punt verklaart in zeker opzicht dat in de rechtspraak achter het formele kleed wordt gekeken voor de ontvankelijkheid van het cassatie-beroep en soms een ontslag van rechtsvervolging wordt ontmaskerd als vrijspraak of andersom een (onzuivere) vrijspraak een ontslag van rechtsvervolging blijkt te bedekken. Toch ondervangt deze rechtspraak het bezwaar van de zwakke historische onderbouwing niet, aangezien een geslaagd beroep op een strafuitsluitingsgrond, dat tot een ontslag van rechtsvervolging leidt, normaliter wel uitgezonderd is van het cassatieverbod, terwijl de zelfde omstandigheid in bepaalde episodes van de historie van het wetboek en zijn voorgangers ook wel tot vrijspraak leidde. Dan gold het cassatieverbod weer wel.

Of een strafuitsluitingsgrond tot een ontslag van rechtsvervolging leidt is afhankelijk van de redactie van de tenlastelegging. Dat brengt ons op een volgend, meer hedendaags bezwaar tegen art. 430 Sv, waarbij ook de kwalificatie ‘toevallig’ wordt gebruikt. Wanneer de tenlastelegging onderdelen bevat die verwijzen naar wederrechtelijkheid of verwijtbaarheid, heeft een geslaagd beroep op een rechtvaardigings- of schulduitsluitingsgrond een vrijspraak tot gevolg. Veelal is de redactie van de tenlastelegging afgestemd op de wettelijke delictsomschrijving en ligt er een oordeel van de wetgever ten grondslag aan de opname van één van de elementen. Maar ook wanneer de opsteller van de tenlastelegging onverplicht een verwijzing naar wederrechtelijkheid of schuld in de tenlastelegging opneemt, is het effect van de aanname van een strafuitsluitingsgrond dat een vrijspraak wordt gegeven. Deze onoplettendheid, althans toevalligheid bij de formulering van de tenlastelegging kan onvoldoende rechtvaardiging opleveren voor de principiële onbereikbaarheid van deze vrijspraak voor de cassatierechter, terwijl bij een wel op de wet afgestemde tenlastelegging in de zelfde situatie een ontslag van rechtsvervolging wordt uitgesproken, dat wel vatbaar is voor cassatieberoep.

De laatste ‘toevalsfactor’, die als bezwaar tegen art. 430 Sv is aan te voeren, heeft te maken met de onzuivere vrijspraken, die berusten op een verkeerde interpretatie van de ten laste gelegde wetstermen. Het traceren van de onzuivere bedekking van een ontslag van rechtsvervolging is alleen mogelijk wanneer de rechter in zijn motivering van de vrijspraak van zijn redenering blij geeft. Wanneer de feitenrechter op grond van zijn juridisch onjuiste redering vrijsprekt met de motivering, dat het feit niet wettig en overtuigend bewezen is, dan valt er voor de Hoger Raad weinig te ontdekken.<sup>242</sup> De zelfde rechter die daarentegen in de motivering van de vrijspraak

242 Een voorbeeld waarin de Hoge Raad bij een minimale motivering toch een aanknopings-  
→

(min of meer boven het formele minimum uitgaand) wel uiteenzet welke lezing van de tenlastelegging hem tot het vrijsprekend oordeel heeft gebracht, geeft gelegenheid om zijn vrijspraak op zuiverheid te toetsen. De betrekkelijk toevallige omstandigheid dat de rechter zijn vrijspraak boven het minimum motiveert bepaalt in dit geval het bereik van het rechtsmiddel cassatie.<sup>243</sup>

De werking van het cassatieverbod voor het geding na cassatie veroorzaakte in het verleden enige problemen, maar die zijn grotendeels langs jurisprudentiële weg opgelost. Wat was er aan de hand?<sup>244</sup> Art. 430 Sv werd door de Hoge Raad zo toegepast, dat vrijspraken van alternatieve stukjes van de tenlastelegging even onaantastbaar waren als algehele vrijspraken. Dat bracht de verwijzingsrechter soms in moeilijkheden, namelijk wanneer na vernietiging van het veroordelend vonnis of arrest de bewijsmiddelen tot een keuze dwongen, die afweek van de beslissing vóór verwijzing. Bijvoorbeeld kan terzake van een vermogensdelict het eerst arrest een vrijspraak bevatten voor het alternatief 'ten dele toebehorend aan een ander' met bewezenverklaring van het 'geheel toebehorend aan een ander.' Als dan het arrest wordt gecasseerd (op welke grond dan ook) zou de verwijzingsrechter niet meer kunnen veroordelen wanneer uit de bewijsmiddelen blijkt dat het goed gedeeltelijk van de verdachte was. Van dat oorspronkelijk wel ten laste gelegde alternatief is reeds vrijgesproken en die beslissing zou onder de bescherming van art. 430 Sv vallen. Deze bescherming van deelvrijspraken is opgeheven in NJ 90, 135, althans voor zover het deelvrijspraken betreft, die voor de strafrechtelijke beoordeling van de tenlastelegging niet van betekenis zijn. Het maakt voor de strafrechtelijke beoordeling van de gehele tenlastelegging niet uit dat het alternatief wisselt en daarom kan de verwijzingsrechter toch rechtsgeldig inbreken op de eerdere vrijspraak. Deze oplossing komt inderdaad aan de moeilijkheid voor de verwijzingsrechter tegemoet voor zover de wet dat toelaat, maar het heeft toch het karakter van een noodverband. Bo-

←

puntje wist te vinden biedt HR 24-03-98 NJ 1998, 534 m.nt. JdH.

243 De oplossing hiervan om in alle gevallen de tenlastelegging veel feitelijker te gaan formuleren hield in 1982 de geesten nog verdeeld (I.M. Abels en J.F. Nijboer, Vrijspraak en ontslag van alle rechtsvervolging in verband met de bescherming van de vrijspraak in cassatie, in *R.M. Themis* 1982, p. 450, versus D.H. de Jong en J.L. van der Neut, De enige oplossing is wijziging van art. 430 Sv, in *R.M. Themis* 1983, p. 460. Inmiddels is dit geprobeerd en min of meer vastgelopen NJ 1996, 126 en 127.

244 Zie de uitvoerige bespreking van de oude rechtspraak D.H. de Jong, *De macht van de telastelegging in het strafproces*, Arnhem, Gouda Quint 1981, p. 259-262 en D.H. de Jong en J.L. van der Neut, 'De bescherming in cassatie van de vrijspraak en het ontslag van alle rechtsvervolging', *R.M. Themis* 1982, p. 236-240; van dezelfde auteurs, 'De beslissingsruimte na verwijzing of terugwijzing door de Hoge Raad', *D&D* 13(1983) p. 681-700.

vendien, naast de al veel bekritiseerde onderscheiding in zuiver en onzuiver komt nog een nieuwe nuance: wat zijn wel en wat niet voor de strafrechtelijke beoordeling relevante gedeeltes van de tenlastelegging.<sup>245</sup>

Een volgend argument tegen de aanwezigheid van een uitdrukkelijk cassatieverbod voor vrijspraken is de betrekkelijke zinloosheid ervan. Er van uitgaande, dat cassatierechtspraak beperkt is tot de vragen van rechtstoepassing, kan men aannemen, dat de echte vrijspraken toch al immuun zijn voor aanvallen in cassatie. Het oordeel: 'Het ten laste gelegde is niet wettig en overtuigend bewezen' is van feitelijke aard en zal geen ruimte bieden voor toetsing in cassatie. In de discussie over een eventuele schrapping van art. 430 Sv komt aan het argument, dat zo het feitelijk geding te lang zou worden gerekt, derhalve maar beperkt gewicht toe. Zuivere vrijspraken zijn en blijven onaantastbaar.<sup>246</sup> Niettemin zijn er wel andere consequenties en dat brengt ons op een actueel nadeel van art. 430 lid 1 Sv, dat we hier als laatste zullen bespreken: de onbereikbaarheid van verkeerde rechtstoepassing ten aanzien van de bewijsmiddelen resulterend in een vrijspraak.

In de selectie en waardering van de bewijsmiddelen ligt de kerntaak van de feitenrechter, aangevuld met de toetsing van het overheidshandelen waarvan die bewijsmiddelen het resultaat zijn. Bij de uitoefening van die taak neemt de rechter veelvuldig juridische stellingen in waarboven uiteindelijk de vlag van de vrijspraak wordt gehesen. Het is onder meer Bleichrodt geweest, die in 1982 aandacht heeft gevraagd voor de onneembaarheid van die stellingen in de cassatiefase, ook wanneer met een flagrante schending van het recht een bepaald deel van het bewijs van gebruik in de strafzaak was uitgesloten.<sup>247</sup> In 1982 was het leerstuk van onrechtmatig verkregen bewijs nog in opkomst en was omtrent de bewijsuitsluiting niets in de wet geregeld. Thans neemt de 'exclusionary rule' een volwaardige plaats in onder de strafvorderlijke principes en is ook in het wetboek een plaats ervoor ingeruimd; zie art. 359a Sv. De ontwikkeling van het onderhavige leerstuk komt in belangrijke mate op het conto van de Hoge Raad (en niet van de wetgever, die lang gearzeld heeft). Hiertoe kon de cassatierechter komen omdat in veel gevallen waarin de rechter een juridisch oordeel geeft over het beschikbare bewijs de voortzetting van het debat in cassatie wel mogelijk was. Wanneer de feitenrechter in hoogste aanleg een beroep op onrechtmatig bewijs ver-

245 Vgl. het 'voor de te dezen te geven beslissingen strafrechtelijk niet van belang' als toetsteen voor grondslagverlating bij deelvrijspraken; citaat uit HR 26-06-96 *NJ* 1997, 106.

246 De Jong 1981 *a.w.*, p. 258; Van Veen in noot onder *NJ* 1983, 282: voor die vrijspraken had het cassatieverbod toch al geen zin; de afschaffing ervan evenmin.

247 C.J.G. Bleichrodt, Art. 430 Sv en het onrechtmatig verkregen bewijs, in *D&D* 12(1982) p. 476-486; De Jong en Van der Neut 1982 *a.w.*, p. 246.



wierp of anderszins met veroordeling van de verdachte voorbijging aan kennelijke onrechtmatigheden in het vooronderzoek, kon en kan de Hoge Raad ten volle toetsen. In de rechtspraak is zelfs de regel ontwikkeld, dat de feitenrechter verplicht is uitdrukkelijk en gemotiveerd blijk te geven van zijn standpunt, wanneer een verweer hier omtrent niet wordt gevolgd. In het tegenovergestelde geval dat contrair aan het standpunt van het Openbaar Ministerie wél tot bewijsuitsluiting wordt besloten geldt evenwel geen motiveeringsplicht en – wanneer er vervolgens wordt vrijgesproken – strandt een beroep op de Hoge Raad op art. 430 Sv. Zo kan de Hoge Raad zijn taak als bewaker van de rechtseenheid niet vervullen. Bovendien wordt het Openbaar Ministerie ten opzichte van de verdachte achtergesteld.<sup>248</sup> Van Dorst concludeerde midden jaren '90 dat deze beperking in toenemende mate onbevredigend zal zijn, aangezien vrijspraken op dergelijke veelal juridische gronden in opmars zijn.<sup>249</sup> Hij bepleitte toen een ruimere toepassing van het onzuiverheids criterium, waardoor alleen de bewijsrechtelijk correcte vrijspraken bescherming zouden krijgen. De Hoge Raad heeft tot op heden dat pleidooi niet gevolgd en kon dat volgens Knigge ook niet doen zonder de wet ongeoorloofd op te rekken.<sup>250</sup> De verlossing moet van de wetgever komen, aldus Knigge en eerder al Van Veen.<sup>251</sup>

Naast alle argumenten contra zijn er belangrijke argumenten pro de huidige rechtstoestand. Allereerst en van het grootste gewicht is de beschermingsgedachte, die in verschillende varianten is verdedigd. De MvT bij het wetboek van 1926 bevat een verwijzing naar het feit, dat een vrijspraak in hoogste ressort door de verdachte zal worden ervaren als een verkregen onaanastbaar recht, welke ervaring bescherming verdient. Anders gezegd dient de verdachte beschermd te worden tegen al te lang durende onzekerheid over de feitelijke uitkomst van de procedure. Wanneer na twee ronden van feitelijke behandeling het feit niet bewezen is, is het belang van de vervolging voldoende aan bod geweest en moet het wijken voor het belang van het individu om (verder) gevrijwaard te worden van justitiële bemoeienis. 'Lites finiri oportet', aldus Reijntjes.<sup>252</sup> Onvoldoende is daartoe, dat de cassatierechter zich niet met het feitelijke eindoordeel inlaat, maar ook het daaraan ten grondslag liggende zittingsonderzoek moet worden afgeschermd. Dat is tevens de rechtvaardiging van de huidige uitleg van het wettelijk verbod.

248 De Hullu 1989 *a.w.*, 473-477.

249 Van Dorst, conclusie bij *NJ* 1995, 552 op p. 447 r.k.

250 In de noot onder het zelfde arrest, *NJ* 1995, 552.

251 In de eerder aangehaalde noot onder *NJ* 1983, 282.

252 Noot onder *NJ* 1999, 87 op p. 427 l.k.

Een enkel vasthouden aan de aard van de cassatierechtspraak zou weliswaar het bewijsoordeel van de feitenrechter buiten bereik brengen, maar tot een toetsing van rechtsklachten over het zittingsonderzoek zou het nog wel kunnen komen. Voor de wetgever en dientengevolge de Hoge Raad valt thans de belangenafweging echter in het voordeel van de verdachte uit.<sup>253</sup>

Een tweede ondersteuning voor een cassatieverbod voor vrijspraken volgt uit de taakverdeling in het stelsel van rechtsmiddelen. Naast de be-rechting van de feiten dient de rechterlijke kolom die in een zaak doorlopen wordt, te zorgen voor een gelijke rechtstoepassing. In een verdeling van ta-ken komt het accent voor de hoogste centrale instantie volop te liggen op de bewaking van de eenheid van toepassing en ontwikkeling van het recht. Dan is het logisch om een drempel op te werpen voor de bemoeienis van de cas-satierechter met feitelijke kwesties, door in elk geval de puur feitelijke uit-spraken categorisch uit te zonderen.

Tenslotte – en daarmee keren we in wezen terug naar het eerste argu-ment – er zijn in het strafproces zo veel momenten waarop de verdediging ten opzichte van het Openbaar Ministerie een achtergestelde positie inneemt. Het kan dan geen kwaad, sterker nog: het geeft weer enig tegenwicht in het stelsel wanneer de vervolging na een vrijspraak in hoger beroep het nakijken heeft.

Wanneer we nu toekomen aan een eigen standpunt, moet allereerst weer in herinnering geroepen worden wat de kerntaak van de cassatierechter in het door ons voorgestelde stelsel is en op welke grond. We benadrukken dat de taak van de Hoge Raad is het bevorderen van de uniforme rechtstoepassing en -ontwikkeling. Door dat te doen geeft de cassatierechter leiding aan de lagere rechters, in eerste aanleg en hoger beroep, met name doordat hij ge-motiveerde arresten wijst wanneer er vragen van dien aard aan de orde zijn. Dit moet niet losgemaakt worden van de taak van de Hoge Raad in het con-crete geval. In een afzonderlijke strafzaak controleert hij de naleving van het recht door de hoogste feitelijke rechter en corrigeert deze in voorkomende gevallen, al of niet met opdracht het werk te verbeteren. Biedt de bescher-mingsgedachte zodanig vaste grond voor een inbreuk op de taakuitoefening van de Hoge Raad, dat een bepaalde categorie einduitspraken inderdaad on-bereikbaar moet blijven? Ons antwoord daarop is negatief, hetgeen evenzeer voortvloeit uit onze waardering van de beschermingsgedachte als uit een weging van het belang van de taakvervulling van de Hoge Raad bij die uit-gezonderde categorie. We beginnen met het eerste.

253 Vgl Abels en Nijboer *a.w.*, p. 454-455, wiens uiteindelijke keuze ook ingegeven is door de bescherming van het door de verdachte verkregen recht.

De aanspraken welke de verdachte zou kunnen baseren op de vrijspraak in hoogste feitelijke instantie hebben ons niet kunnen overtuigen. Wellicht kan er een bepaalde verwachting gewekt worden wanneer de verdachte is vrijgesproken. De verantwoordelijke autoriteiten hebben gelegenheid gehad om de schuld aan het tenlastegelegde te bewijzen. De gezaghebbende vaststelling van rechterszijde, dat men daarin niet geslaagd is, zou dan in een bepaalde verwachting uitmonden, die rechtens zou moeten worden gerespecteerd. Uit deze moderne parafrase van de beschermingsgedachte spreekt op zichzelf al haar onhoudbaarheid. Het honoreren van opgewekte verwachtingen op grond van het vertrouwensbeginsel is immers niet gekoppeld aan het rechterlijk handelen, maar alleen aan behoorlijk bestuurlijk handelen. Een uitbreiding sui generis van de werking van dit beginsel in de gedaante van een beschermingsgedachte lijkt ons zonder juridische grond. Wat maakt een enkele vrijspraak in hoger beroep nu zo bijzonder dat er een rechtens te respecteren verwachting bij de verdachte gewekt kan worden, dat die uitspraak nu definitief is? In ons stelsel streven we ernaar de eerste aanleg als de meest complete instantie te bevorderen, met name maar niet alleen voor de categorie zwaarste zaken. Wanneer na die instantie een veroordeling volgt, die vervolgens in hoger beroep wordt gecorrigeerd tot een vrijspraak, kan niet zonder meer gezegd worden, dat de aard en omvang van het onderzoek in hoger beroep een bijzondere bescherming voor de uitspraak genereert. Zou dan een vrijspraak na eerste aanleg met een zeer complete en in alle opzichten volledige feitelijke behandeling niet dezelfde aanspraken moeten kunnen genereren? Nu zitten we min of meer opgezaald met een casuïstiek, waarin de relativisering van de formele etikettering en noodverbanden in een ingewikkelde jurisprudentie resulteren (zie boven).

Van belang is natuurlijk de historische verbinding met de procedeerwijze voor vroegere categorie 'criminele zaken', het juryproces. Het proces voor de jury rechtvaardigde nu juist wel die aanspraken op onherroepelijkheid. In hoge mate had dat te maken met het gegeven dat alleen in die instantie een volledig feitelijk onderzoek plaatsvond, dat met uitvoerige garanties in termen van onmiddellijkheid en tegenspraak was omgeven. Dat kon een hogere rechter nooit verbeteren en dus was een vrijsprekend vonnis van die instantie feitelijk onaantastbaar. Daarbij speelde de politieke ideologie ook nog een rol, zoals verwijzingen naar de vox populi al aangaven. In de jury sprak het volk (hetgeen in de geschiedenis van de jury overigens niet steeds als 'het gewone volk' begrepen moet worden) een oordeel uit over een lid van de eigen kring, terwijl in de hogere gerechten de bemoeienis viel te ontwaren van het centrale gezag van de koning. Om tegenover machtsmisbruik iets te kunnen stellen waren uitspraken van de jury altijd met aanzienlijke beperkingen aan een rechtsmiddel onderworpen. Nu echter onze

procedeerwijze in geen enkel opzicht lijkt op een jury-proces kan het historisch motief niet langer inspireren. Bovendien, stelsels waar nog wel een juryproces gangbaar is hebben zelf reeds – zij het in beperkte mate – rechtsmiddelen opengesteld tegen vrijspraken van het jurygerecht.

Door de introductie van de Wet Vormverzuimen heeft de rechter een grotere vrijheid gekregen in het verbinden van gevolgen aan vormverzuimen in het algemeen en is voor het vooronderzoek art. 359a Sv in de wet gekomen. Nu enerzijds de wet minder leiding geeft aan de rechter bij de behandeling van onregelmatigheden en anderzijds de wetgever een bepaalde sturing heeft doen uitgaan van art. 359a Sv komt aan de taak van de cassatierechter zeer groot gewicht toe. Hij moet de rechtszekerheid en rechtsgelijkheid bewaken alsmede de juiste toepassing van het recht ten behoeve van alle partijen in het strafgeding. Het gewicht van de cassatierechtspraak neemt nog verder toe door de rol die ongeschreven beginselen bij de toetsing van het overheidsoptreden vervullen. Die rol heeft de terugtred van de wet alleen maar verder versterkt en dus ook de behoefte aan een vervangende centrale bewaking van de uniformiteit en rechtszekerheid, ongeacht of dat nu geldt voor de verdachte of voor de instanties belast met opsporing en vervolging.

De Hoge Raad is wel in staat geweest leiding te geven aan de behandeling van wezenlijke verzuimen, waarbij nietigheid als sanctie aan de orde was. De hele jurisprudentie, welke de Wet Vormverzuimen beoogde te codificeren<sup>254</sup>, getuigt daarvan. Het aanvullende ‘sanctiepakket’ van art. 359a Sv met de daarbij gegeven richtingwijzers vraagt echter eveneens om een duidelijke uitlijning vanuit de cassatierechtspraak.<sup>255</sup> Of dat met de huidige stand van zaken werkelijk lukt, is evenwel nogal onzeker, omdat aan de toepassing van art. 359a Sv een bepaalde mate van onvoorspelbaarheid inherent is en – voor zover criteria in de rechtspraak gegeven zijn<sup>256</sup> – primair de bewijsuitsluiting en dus een verhoogde kans op vrijspraak aan de orde is. Voor het bereik van het rechtsmiddel cassatie zou het niet cruciaal moeten zijn hoe de feitenrechter uiteindelijk zijn uitspraak presenteert. De Hoge Raad moet in beginsel – afgezien van de hiervoor besproken beperkingen en de hierna

254 Codificatie van de rechtspraak in de vorm van gedetailleerde voorschriften kon nooit beoogd zijn, alleen al omdat de substantiële nietigheden niet in die wet werden opgenomen. Wel werd de benadering van de rechtspraak overgenomen om bij alle verzuimen, die eventueel tot nietigheid zouden kunnen leiden, een verbinding te leggen met de in het geding zijnde belangen.

255 Zie A.J.A. van Dorst, ‘Commissie Moons en de voorlopige hechtenis’, *D&D* 23(1993), p. 889 en J.W. Fokkens, ‘Recht in vorm?’, *D&D* 23(1993), p. 914.

256 Het verst ontwikkeld is momenteel de jurisprudentie inzake de redelijke termijn (zie De Jong 2001 *a.w.*, p. 105-114) en verder het criterium voor de keuze tussen niet-ontvankelijkheid van het OM en bewijsuitsluiting uit het Zwolsman-arrest; *NJ* 1996, 249.

nog te bespreken nuancering van het voorstel – elke vorm van toepassing van art. 359a Sv kunnen toetsen én de daarachterliggende toepassing van het recht betreffende het vooronderzoek. Kortom, door de rechtsontwikkeling is de toetsing en sturing van de cassatierechter zo zeer nodig dat een beperking gekoppeld aan een bepaalde einduitspraak niet gehandhaafd kan worden, juist vanwege de aard van die rechtsontwikkeling.<sup>257</sup>

Voordat we een enkele nuancering van de afschaffing van het cassatieverbod voor vrijspraken gaan bespreken noemen we nog een aanvullend argument voor dit voorstel, aanhakend bij wat anderen naar voren gebracht hebben over de vergelijking van de positie van de verdediging en het Openbaar Ministerie.<sup>258</sup> Om in de vergelijking van deze posities naar volstreekte symmetrie te streven is wat ons betreft helemaal niet aan de orde. De cruciale vraag is telkens hoeveel asymmetrie gerechtvaardigd is door de in het geding zijnde belangen. Dat een vrijspraak in cassatie altijd onaantastbaar is moet dan afgezet worden tegen het belang van de samenleving bij een behoorlijke berechting van strafzaken, inclusief een juiste rechtstoepassing bij de toetsing van het handelen van politie en justitie. Dat de Hoge Raad fouten dan niet meer kan blootleggen achten wij rechtspolitek gezien geen goede verdeling van risico's.<sup>259</sup> Een betere symmetrie is bereikbaar zonder dat de belangen van de verdediging onevenredige schade oplopen. Daartoe is echter een bepaalde nuancering van het standpunt, dat art. 430 lid 1 Sv niet in een nieuw wetboek moet terugkeren, wel op zijn plaats.

Allereerst valt te overwegen om de eventuele cassatie van een vrijspraak los te koppelen van de zaak zelf. Een zuivere vrijspraak in hoger beroep zou dan onherroepelijk worden terwijl het Openbaar Ministerie toch de mogelijkheid behoudt om een vraag van rechtstoepassing aan de Hoge Raad voor te leggen. Daarvoor zou men dan aansluiting zoeken bij de cassatie in het belang der wet, welke thans ook van het verbod is uitgezonderd; art. 430 lid 2 Sv.<sup>260</sup> Men zou ook kunnen denken aan een bescherming van de verdachte in de vorm van een verbod op *reformatio in peius*, hetgeen materieel op het zelfde zou neerkomen. Een aanpak van dit type zou in belangrijke

257 Gelet op de behoefte tot uitbreiding van de taak van de Hoge Raad zien wij geen mogelijkheid de optie van De Jong en Van der Neut (1982 *a.w.*, p. 257-259) te volgen. Zij zien een uitbreiding van de bescherming in cassatie tot de ontslagen van rechtsvervolgen, met uitzondering van die op niet kwalificeerbaarheid gebaseerd zijn, als een mogelijkheid. Aan een aantal bezwaren zou dat wel tegemoet komen, maar het levert geen oplossing van de actuele problemen.

258 Bleichrodt *a.w.*, p. 484; De Hullu 1989 *a.w.*, p. 405-408, 473-477; Van Dorst in concl *NJ* 1995, 552 op p. 448.

259 Vgl De Jong 1981, p. 263.

mate tegemoetkomen aan de beschermingsgedachte en tegelijk de Hoge Raad tot zijn taakuitoefening de mogelijkheid bieden. Om twee redenen wijzen wij deze matiging toch van de hand. Ten opzichte van de situatie zoals die nu is zou de belangrijkste verandering zijn, dat het Openbaar Ministerie van de feitelijke aanleg cassatie in het belang der wet zou kunnen instellen. Zoals hierboven is aangegeven is dit buitengewone rechtsmiddel echter niet voor dergelijk 'gewoon' gebruik bedoeld en daarvoor ongeschikt. De cassatie in het belang der wet heeft een functie voor die spaarzame gevallen, dat het parket bij de Hoge Raad van oordeel is dat sturing ter bevordering van de uniforme rechtstoepassing niet gemist kan worden, welke sturing op een andere wijze niet bereikt wordt. Het naar boven halen van een onjuiste rechtsoordeel in een concrete zaak is daaraan ondergeschikt. Wij zijn echter op zoek naar een mogelijkheid om de onjuiste rechtstoepassing in een concreet geval te kunnen blootleggen. Verder brengt deze oplossing niet voldoende op voor de belangen van de vervolging. Wanneer de rechter in hoogste feitelijke aanleg een vrijspraak op juridisch drijfzand heeft gebouwd, dan zou op zijn minst opnieuw moeten worden bekeken of die vrijspraak bij een juiste rechtstoepassing gehandhaafd zou blijven.<sup>261</sup>

Een volgende nuancering kan gezocht worden in de beperking van de redenen om te casseren, zoals in art. 101 RO voor de overtredingen is gebeurd en zoals nu al door de Hoge Raad wordt gepraktiseerd wanneer alleen het Openbaar Ministerie in cassatie is gegaan. Het door ons voorstel nagestreefde belang vereist niet, dat bijvoorbeeld het hele zittingsonderzoek opnieuw volledig vogelvrij is. Evenmin is nodig dat Openbaar Ministerie in cassatie kan gaan op grond van een verzuim, dat slechts de verdachte heeft benadeeld.<sup>262</sup> Het gaat nu juist om die gevallen dat het Openbaar Ministerie op een expliciet standpunt ter zake van de bewijsgaring ongelijk gekregen heeft en de rechtsopvatting, die de feitenrechter heeft toegepast, vatbaar is voor toetsing in cassatie. Hoe deze nuancering bereikt kan worden is op zich niet van principiële betekenis. De wet zou een uitbreiding van art. 101 RO kunnen bevatten, maar men kan ook denken aan een beperkte toetsing binnen de cassatiemiddelen in het geval dat het Openbaar Ministerie alleen in cassatie is gegaan. Het vereiste van een redelijk belang biedt de Hoge Raad daarbij gelegenheid om beroepen op voorschriften of beginselen die ter bescherming van de verdachte strekken, niet ontvankelijk te achten. De laatste aanpak is veel flexibeler dan een poging om in regels te vatten welke klach-

←

260 Abels en Nijboer *a.w.*, p. 455, deden deze suggestie aan de hand.

261 Zie Het onderzoek ter zitting, *a.w.*, p. 15-16.

262 Van Dorst in conclusie bij *NJ* 1995, 552 op p. 448, r.k.

ten wel en welke niet door het Openbaar Ministerie aan de orde gesteld kunnen worden. In het door ons benadrukte open wetboek verdient dat dus de voorkeur, waarbij sporen van een beschermingsgedachte zichtbaar kunnen worden in een voorzichtig beleid om op vrijspraken in te breken.

De vraag kan nog gesteld worden waarom hier toch zo sterk gehamerd wordt op de toetsing in hogere instantie van de controle op het vooronderzoek maar niet tegelijkertijd de invoering van een afzonderlijke voor- of bijprocedure voor de toetsing van de rechtmatigheid van het vooronderzoek wordt voorgesteld. Dat zou toch het logische voorwerk zijn geweest om tot die toetsing in hogere instantie te komen?<sup>263</sup> Het gaat ons inderdaad om het slechten van de barrière voor de eenvormige rechtstoepassing en rechtsontwikkeling, die voor een deel van de gevallen van toetsing van het vooronderzoek door de vrijspraak wordt opgeworpen. Van de invoering van een apart procedureel kader zoals hier aangehaald zou dat het bijproduct kunnen zijn. De consequenties van een dergelijke procedure voor het zittingsonderzoek gaan ons echter te ver, zoals onder meer uiteengezet in onze voorstellen voor de bemoeienis van de rechter met het strafvorderlijk vooronderzoek.<sup>264</sup> Daar komt nog bij dat het bepaald niet vanzelf spreekt dat in het aparte raamwerk afzonderlijk kan worden doorgeprocedeerd tot aan de cassatierechter. Veeleer zou het concentratiebeginsel er toe leiden, dat na het aanwenden van een rechtsmiddel de beslissing over het vooronderzoek gezamenlijk met de einduitspraak voorwerp zijn van hogere toetsing. De enige winst, die dan geboekt wordt, vormt de duidelijke herkenbaarheid van de toetsing van het vooronderzoek ten opzichte van het oordeel over het bewijs van de tenlastelegging. In het hier voorgestelde wordt getracht dat te bereiken langs de weg van de motiveringsplichten, die aanhaken bij de opstelling van de partijen.

Een andere optie is om de functie van de Hoge Raad in de toetsing van het vooronderzoek geheel los te koppelen uit de rechtsgang van de zaak en in de vorm van een pre-judiciële toetsing te gieten.<sup>265</sup> Ook hiervoor geldt dat de voordelen niet opwegen tegen de nadelen. In de volgende paragraaf zullen we op de pre-judiciële tussenprocedure apart ingaan. Het voordeel lijkt te zijn, dat de Hoge Raad de rechtstoepassing in feitelijke instantie kan sturen, terwijl het cassatieverbod van art. 430 lid 1 Sv behouden kan blijven. Wan-

263 Bleichrodt *a.w.* doet al een suggestie in die richting. Zie verder: *Het vooronderzoek in strafzaken. Tweede Interimrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, p. 559-560; Van Dorst 2000 *a.w.*, 48-49; Y. Buruma, 'De rechtmatigheidsgetuige', *D&D* 30(2000) p. 859-874 op p. 869-871.

264 Zie *Het vooronderzoek in strafzaken, a.w.*, p. 578-579.

265 Van Dorst 2000 *a.w.*, p. 50.

neer echter de hoogste feitenrechter de uitkomst van de pre-judiciële procedure verkeerd toepast in de zaak zelf, blijft de behoefte bestaan om daar nog een rechtsmiddel tegen aan te kunnen wenden, ook in de gevallen dat er een vrijspraak is gegeven. We komen dus van de regen in de drup. Twist over uitleg en toepassing van het recht maakt plaats voor twist over de uitleg en toepassing van het pre-judiciële antwoord. De behoefte aan een doorslaggevende beslissing van de hoogste rechter is niet weggenomen.

Wanneer we nu de uitkomst samenvatten komt het voorstel op het volgende neer. Het Openbaar Ministerie kan van vrijspraken, in hoger beroep voor het eerst gegeven, cassatie instellen wanneer deze blijken te geven van een onjuiste toepassing van het recht. Een hernieuwde bestudering van de feiten zal daarbij steeds afstuiten op de aard van het rechtsmiddel cassatie. Daarvoor had een cassatieverbod nu ook al geen betekenis. Alleen die klachten zijn ontvankelijk, die betrekking hebben op rechtsschendingen of verzuim van vormen, die het door het Openbaar Ministerie vertegenwoordigde belang hebben benadeeld. De appelrechter die zijn vrijspraak heeft gegrond op een feitelijk oordeel, zal dat als zodanig (minimaal) moeten motiveren. Hetzelfde geldt voor de vrijspraken, die voortvloeien uit een bepaalde toepassing van het bewijsrecht, dat in het door ons voorgestelde systeem weliswaar vrij is, maar toch bepaalde minima kent en tevens de exclusionary rule handhaaft. Het Openbaar Ministerie moet actief participeren in het debat op de zitting, maar heeft evenals de verdachte recht op uitleg als haar standpunt niet wordt gevolgd. Met dit als regel is de toevalsfactor van de motivering van de vrijspraak ook verkleind.<sup>266</sup>

Dit voorstel sluit aan bij diverse basisgedachten van ons onderzoek. In het strafproces staat immers het contradictoire debat centraal. Het verloop van het geding moet in ruime mate afgestemd worden op de behoefte van de partijen. Zo moeten ook de mogelijkheden om het debat in hoger beroep of cassatie voort te zetten zo gelijk mogelijk verdeeld worden, tenzij er zwaarwegende redenen zijn om daarvan af te wijken. Deze redenen kunnen voortkomen uit een afweging van de belangen die in casu in het geding zijn. Als er werkelijk iets op het spel staat moeten de partijen over bepaalde rechten beschikken. Van hen mag dan echter ook verwacht worden, dat zij hun punten tijdig en gemotiveerd aankaarten. Een Openbaar Ministerie, dat achterover leunt in hoger beroep kan zich in zijn cassatiemogelijkheden beperkt

266 Het is niet uitgesloten, dat we de motiveringsvoorschriften voor een vrijspraak op dit punt moeten aanscherpen. Het eerste interimrapport is op dit punt niet erg expliciet. Zie Het onderzoek ter zitting, *a.w.*, p. 450 Franken en Waling hebben hier nu juist de meeste problemen mee; *a.w.* p. 1370-1371.



zien, terwijl een actieve opstelling meer dan thans nog een vervolg voor de Hoge Raad kan krijgen.

#### 5.6 *Eén hogere voorziening: appel of cassatie*

In vormgeving van het stelsel komen we herhaaldelijk voor de afweging te staan tussen appel of cassatie als finale instantie. Ten eerste geldt bij hantering van een cassatiedrempel in het tweede spoor, dat in een aantal gevallen hoger beroep de laatste instantie zal zijn. Het is de vraag of dat wel een gelukkige keuze is. Ten tweede komt bij de vormgeving van het derde spoor de vraag aan de orde wat na de beoordeling van de OM-sanctie door de rechter het rechtsmiddel moet worden, appel of cassatie. Deze afweging vindt plaats tegen de achtergrond van de ontwikkeling, dat voor de hoogste instantie in WAHV-zaken recent een nieuwe keuze is gemaakt voor hoger beroep, dus voor een tweede feitelijke instantie. Bijzonderheid daarbij is dat de keuze is gevallen op één Hof waar alle zaken behandeld worden. Het normale kenmerk van hoger beroep, gespreide behandeling en beslissing, is hier dus weggenomen. In die afweging zullen we eerst een aantal algemene voor- en nadelen van beide opties de revue laten passeren en daarna voor de afzonderlijke sporen nog enkele bijzonderheden inbrengen en een voorstel voor de rechtsmiddelen formuleren.

Het eerste voordeel van hoger beroep boven cassatie is de grotere toetsingsruimte, die wordt geboden tengevolge waarvan de rechtsbescherming voor de appellant beter is. In cassatie is het immers onmogelijk om een toetsing van de feitelijke oordelen van de vorige rechter uit te lokken, omdat de cassatierechter niet treedt in feitelijke vragen. Daardoor vallen bezwaren tegen de bewijsbeslissing en tegen de strafoplegging als zodanig buiten de boot. Alleen via motiveringsklachten kunnen dergelijke kwesties in cassatie nog aan de orde gesteld worden, maar dat leidt zeker niet tot een volle heroverweging van de gegeven oordelen. In hoger beroep daarentegen is er wat dat betreft geen beperking. In de vormgeving van het hoger beroep zoals wij die voorstaan, maar ook in andere vormen, vindt een herbeoordeling van de zaak in volle omvang plaats.<sup>267</sup> Vanuit de optiek van de verdediging lijkt dit alleen maar voordelen te hebben. Dat is echter alleen maar zo als er in het stelsel bijzondere beperkingen worden gesteld aan wat de rechter in hoger

<sup>267</sup> Vgl. de argumentatie voor vervanging van cassatie door hoger beroep in Mulderzaken. Daarin is een verwijzing te vinden naar een gebleken behoefte aan een instantie waar ook klachten van feitelijke aard aan de orde kunnen komen; *Kamerstukken II*, 1997-1998, 25 927, nr. 3, p. 1-3

beroep mag beslissen. Zonder bijzondere uitzonderingen, dus puur stelselmatig geredeneerd, brengt hoger beroep namelijk ook met zich mee, dat een vrijspraak vatbaar wordt voor volledige correctie. Eveneens betekent een onbeperkte beoordeling in hoger beroep dat het risico van strafverzwaring bestaat. Bij de betere rechtsbescherming in hoger beroep moet men dus niet slechts denken aan een voor de verdediging betere positie, maar meer in abstracto een betere kwaliteit van de uiteindelijke beoordeling van de zaak, inderdaad in volle omvang. Zou men voor de verdediging nadelige effecten onwenselijk vinden, dan moeten er bijzondere bepalingen worden opgenomen, die de speelruimte voor de appelrechter beperken.<sup>268</sup>

Een tweede aspect, dat eveneens voortvloeit uit het verschil in aard van de afzonderlijke rechtsmiddelen, is dat het belang van de uniformiteit in de straftoemeting door herbeoordeling in hoger beroep wel gediend wordt en door cassatie niet of nauwelijks.<sup>269</sup> Nu de klachten over de strafhoogte zonder meer in cassatie niet kunnen worden opgeworpen levert alleen via de zéér indirecte weg van de toetsing van de strafmotivering de cassatierechter een bijdrage aan de bevordering van gelijkheid in de straftoemeting. De appelrechter daarentegen geeft een volle beoordeling en kan dus de in eerste aanleg opgelegde straf leggen naast het door hemzelf gevoerde straftoemingsbeleid. Van een constante jurisprudentie gaat een sturend effect uit op de strafoplegging in de gerechten in eerste aanleg in zijn rechtsgebied.<sup>270</sup>

Als derde punt noemen we de behartiging van de uniforme rechtstoepassing. Het grote bezwaar tegen het hoger beroep als finale instantie is dat er hierdoor discrepantie kan ontstaan tussen de verschillende hoger beroeprechters onderling respectievelijk tussen de appelrechter(s) en de Hoge Raad. Dat is voor de rechtstoepassing een bezwaar. Bij de herziening van het rechtsmiddelenstelsel van de WAHV is dit punt ook aan de orde geweest, maar als minder zwaarwegend aan de kant geschoven. De corrigerende functie van cassatie in het belang der wet zou deze problemen voldoende ondervangen. We hebben hier te maken met een niet gering punt in de vormgeving van het systeem aangezien één van de doelen van het toekennen van rechtsmiddelen nu juist is de correctie van de uitleg en toepassing van het recht door de lagere rechter. De piramidale opbouw van de rechterlijke

268 Vgl. de bijzondere eisen van pariteit in art. 424 Sv, die nu tot op zekere hoogte de speelruimte voor de appelrechter beperken. Een verbod op reformatio in peius kennen we niet voor het hoger beroep.

269 Zie voor dit aspect in verband met de WAHV; *Kamerstukken II*, 1997-1998, 25 927, nr. B, p. 2.

270 Vgl. de ontwikkeling van ijkpunten voor de straftoemeting in eerste aanleg, waarbij de Hoven sterk betrokken zijn.

macht beoogt immers een toenemende concentratie van zaken in het belang van de verdere eenheid binnen het rechtsgebied. Juist voor de rechtstoepassing en rechtsontwikkeling zijn verschillen tussen ressorten of tussen het ene landelijk operende Hof en de Hoge Raad zeer onwenselijk. Wanneer de weg van de WAHV wordt gevolgd en concentratie bij één enkel Hof plaatsvindt is het gevaar vanzelfsprekend minder groot maar nog niet weggenomen. Het is bovendien kwestieus of het buitengewone rechtsmiddel van cassatie in het belang der wet in stelling gebracht moet worden om de rechtseenheid alsnog te herstellen. Dat zou betekenen, dat voor het bereiken van één van de doelen van het gewone rechtsmiddelenstelsel het buitengewone rechtsmiddel uitkomst moet brengen. Het is de vraag of het in die behoefte zal kunnen voorzien. Met andere woorden, positionering van de appelrechter als hoogste instantie lijkt de noodzaak te creëren van een aanvullende voorziening voor de uniforme rechtstoepassing. Het ligt het meest voor de hand om dan te denken aan een variant van de pre-judiciële beantwoording van vragen van rechtstoepassing en -uitleg.<sup>271</sup>

De gang van zaken in een pre-judicieel stelsel moge bekend zijn uit de praktijk van het Europese recht bij het Hof van Justitie in Luxemburg. Wanneer een vraag van rechtstoepassing wordt opgeworpen heeft de rechter de mogelijkheid die vraag tussentijds voor te leggen aan het met de uniforme toepassing belaste hoogste gerecht. Het antwoord is dan richtingbepalend voor de afdoening van de zaak in de instantie waarin die zich bevond. Hoewel op het eerste gezicht het geschetste probleem voor de rechtseenheid hiermee van tafel lijkt moet een relativerende kanttekening geplaatst worden. Een pre-judicieel gegeven antwoord geeft niet altijd voor 100 procent de beslissing aan die de feitenrechter moet geven, hoewel natuurlijk veel afhangt van de bewoordingen. Niettemin zitten er nu juist in die toepassing van het antwoord op de feiten en in de vaststelling van die feiten weer mogelijkheden waarin opnieuw discrepantie kan ontstaan. Wanneer de hoogste feitenrechter de uitkomst van de pre-judiciële procedure verkeerd toepast in de zaak zelf is er weinig bereikt. Verschillen in uitleg en toepassing van het recht kunnen plaats maken voor verschillen in de uitleg en toepassing van het pre-judiciële antwoord. Verder moet het bezwaar van vertraging van de feitelijke berechting niet vergeten worden. Hoe snel men deze pre-judiciële procedure ook maakt, er zal extra tijd mee gemoeid zijn. Het grotere gemak

271 We wijzen op de Duitse oplossing voor het voorkomen van discrepanties tussen de diverse hogere gerechten: de verwijzing van de zaak naar het Bundesgerichtshof ex par. 121 Abs. II GVG (zie hoofdstuk 4 van dit deelrapport). Die kan hier niet werken, omdat verwijzing naar de Hoge Raad de omzetting van een volle in een cassatie-instantie tot gevolg zou hebben. In de Duitse situatie gaat de zaak van de ene naar de andere cassatie-rechter.

en dus de snelheid was nu juist een argument voor de keuze om in bepaalde zaken appel als laatste instantie aan te wijzen.<sup>272</sup> Dat zou in een (wellicht beperkt) aantal zaken weer tenietgedaan worden.

Ten vierde moet aandacht besteed worden aan de implicaties van art. 14 lid 5 IVBPR. In de opvatting van het VN Mensenrechtcomité (zie paragraaf 3 van dit deelrapport) is de beperking van een tweede instantie tot rechtsvragen niet onproblematisch. In de opvatting van dat comité omvat het recht op een herbeoordeling door een hogere rechter meer dan toegang tot een rechter, die de juridische of formele punten kan controleren. Er moet voor de gevallen waarop art. 14 lid 4 IVBPR betrekking heeft, de mogelijkheid geboden worden om na een eerste beslissing in de zaak op schuldvraag en strafbepaling nogmaals het oordeel van een rechter te vragen.

Wanneer we al deze aspecten nu betrekken op het tweede spoor moeten we er vooraf op wijzen, dat deze afweging alleen geldt voor een beperkte groep de vonnissen in het tweede spoor, waarbij na hoger beroep geen straf boven de cassatiedrempel wordt opgelegd. Andere zaken zijn na hoger beroep gewoon vatbaar voor cassatie. Is het niet beter om in deze categorie zaken het hoger beroep maar over te slaan en meteen cassatie open te stellen? Onzes inziens verdient het hoger beroep de voorkeur en wel om de volgende redenen. Voor het tweede spoor geldt, dat het vonnis van de rechter de eerste potentieel onherroepelijke beslissing in de strafzaak is, waaraan nadelige gevolgen voor de veroordeelde kunnen zitten. Als die alleen nog maar op juridische punten gecorrigeerd zou kunnen worden is dat te mager. Als na afweging van alle belangen, inclusief het gewicht van de zaak, een rechtsmiddel wordt geboden, dan zou dat moeten resulteren in volle toetsing. Dat vervolgens het hoger beroep voor die feiten het hoogste adres is, valt goed te verdedigen vanuit een hernieuwde belangenafweging. Ter zake van de rechtstoepassing bestaat de kans op fouten natuurlijk ook in hoger beroep, maar na (het debat in) twee instanties is die kans in ieder geval geringer. Bovendien is het niet zo, dat een aantal materieelrechtelijke feiten altijd buiten de cassatieboot vallen, noch een bepaald procestype. Het is immers alleen de boetehoogte die de doorslag geeft en niet de materieelrechtelijke kwalificatie of de procedure. Verder legt in dit type zaken de bewaking van de uniforme straftoemeting veel gewicht in de schaal. We tenderen dus op dit punt naar een handhaving van de huidige wettelijke toestand om soms het hoger beroep als laatste instantie te laten fungeren. Daarbij verdient vermelding dat het bagatel-karakter van de onderhavige feiten tot gevolg heeft, dat art. 14 lid 5 IVBPR niet van toepassing is. Maar ook al zou deze bepaling en de

272 Zie *Kamerstukken II*, 1997-1998, 26 027, nr. 3, p. 20.

uitleg van het Comité wel van toepassing zijn, dan zou dat de hier gemaakte keuze alleen maar ondersteunen. Als er maar één hogere voorziening is zou immers aan een volle instantie de voorkeur moeten worden gegeven boven een tot rechtsvragen beperkte instantie en dat is wat hier wordt verdedigd.

In het derde spoor wordt de eerste, potentieel onherroepelijke sanctie opgelegd door de officier van justitie. Het gaat in dit spoor om eenvoudige zaken. Voor de boetes boven een bepaalde hoogte wordt de verdachte in de gelegenheid gesteld vooraf zijn standpunt bekend te maken. De behandeling door de rechter op het bezwaar van de verdachte vervult dan dezelfde functie als in de andere sporen het hoger beroep. Het biedt een mogelijkheid tot correctie in volle omvang, waarbij de behandeling en de uitspraak primair geconcentreerd is op de aangedragen en bediscussieerde punten alsmede op die punten die de rechter van belang acht. De rechter is namelijk ten volle verantwoordelijk voor de beslissing, waardoor zijn onderzoek wordt ingekleurd. Hij moet met het oog op een volledige toetsing de stukken bestuderen. Dat neemt niet weg, dat de behandeling op de pijnpunten geconcentreerd mag worden en voorbij mag gaan aan die aspecten waarin noch de rechter noch de partijen een probleem zien. Dat geldt ook voor de inkleding van de beslissing. Waar geen probleem gesignaleerd is kan de rechter volstaan met een korte aanduiding van de beslissing. Voor de andere punten is een gemotiveerde beslissing vereist. De taak van de rechter in dezen zien wij als een variant van het strafrechtelijk hoger beroep en niet van het beperktere administratief beroep, ook al zullen er trekken van administratief recht te zien zijn in de procedure en de toetsing.<sup>273</sup> De consequentie daarvan is dat de rechter de mogelijkheid krijgt om in volle omvang te toetsen aan de strafrechtelijke beginselen van proportionaliteit en draagkracht en op basis van zijn oordeel de opgelegde straf kan aanpassen, zelfs als dat in het uitzonderlijke geval tot positieverslechtering voor de verdachte leidt. *Reformatio in peius* achten wij hier dus wel toelaatbaar, ook al zijn de kansen en de mogelijkheden daartoe beperkt.<sup>274</sup> Eveneens kan de rechter vanuit zijn zelfstandige verantwoorde-

273 Centraal zal staan de boetebeschikking van de officier van justitie. Naar het mij toeschijnt hoeft die niet noodzakelijkerwijs in een tenlastelegging worden omgezet, wat niet wegneemt dat de feitelijke onderbouwing wel aan de eisen van het bewijsrecht moet voldoen. De behandeling zal verwantschap vertonen met de procedure voor tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke veroordeling of voor de omzetting van de straf van onbetaalde arbeid onder het oude recht, met in elk geval die correctie dat het initiatief meer bij de bezwaarde ligt.

274 Het is zeer onwaarschijnlijk dat het Openbaar Ministerie voor de rechter, na beroep ingesteld door de verdachte, een verhoging van de straf zal mogen bepleiten. Niettemin moet de rechter de mogelijkheid behouden om vanuit zijn totale weging van alle belangen het OM te corrigeren. Hij kan indien nodig het belang van het slachtoffer en de gemeenschap

→

lijkheid het materiële legaliteitsbeginsel toepassen en de kwalificatie corrigeren.

Omdat het beroep op de rechter al een vorm van hoger beroep is, zou een cumulatie van deze behandeling met een toetsing in hoger beroep én cassatie een overdaad zijn waarvoor geen reden is aan te voeren. Opnieuw kan men zich afvragen wat de finale instantie moet zijn, vol hoger beroep of beperkte cassatie. Anders dan hierboven opteren wij nu voor cassatie als laatste instantie en wel omdat er systematisch belangrijke verschillen zijn. Voor de eerder besproken categorie ging het om het bepalen van een *tweede* instantie, terwijl het hier om een *derde* instantie gaat, nu het beroep op de rechter al als een tweede instantie wordt vormgegeven. Dat betekent eveneens, dat de feitelijke kwesties al in twee instanties voorwerp van strafrechtelijke beoordeling zijn geweest. Voor de rechtsbescherming die dan in de volgende instantie geboden zal worden, past het niet om nogmaals een volle instantie open te stellen, vooral omdat in dit spoor de zaken eenvoudig moeten zijn, dat wil zeggen zonder noemenswaardige feitelijke en juridische problemen. In tegenstelling tot wat in Mulderzaken kennelijk het geval bleek te zijn projecteren wij de gevallen van het derde spoor als van zodanige aard dat geen der betrokkenen een relevante behoefte zal hebben aan heroverweging van de feitelijke kwesties in twee instanties. De keuze voor cassatie ondervangt ook de noodzaak om in dit spoor een afzonderlijke voorziening te treffen voor de bewaking van de rechtseenheid, van welke voorziening hiervoor enkele voor- en nadelen beschreven zijn.

Met het beroep op de rechter is dus stelselmatig in een tweede instantie voorzien naar de eisen die art. 14 lid 5 IVBPR in de uitleg van het comité daaraan stelt. De conclusies die Feteris<sup>275</sup> aan de jurisprudentie van het comité verbindt (introdunctie van een tweede feitelijke instantie voor alle zaken waarin een fiscale boete wordt getoetst) nemen wij dus niet zonder meer over voor het derde spoor.<sup>276</sup> Het komt er op aan hoe de toetsing van de beschikking door de eerste rechter wordt gewogen. Als die beoordeling in volle

←

zwaarder laten meetellen en zo in het algemeen voor de afdoening in het derde spoor signalen afgeven voor bijstelling van het beleid. Dat is ook in het belang van een evenwichtige inpassing van het derde spoor, omdat de in richtlijnen neergelegde passende sancties anders alleen nog maar door de onafhankelijke rechter in neerwaartse zin kunnen worden beïnvloed.

275 Zie diens commentaar in *FED* 1999, p. 1405-1408 en *FED* 2000, p. 2827 - 2829. De regering heeft aangekondigd ook voor twee feitelijke instanties in belastingzaken te kiezen; zie recent *Handelingen II*, 2001-2002, 26 352, nr. 61.

276 We wijzen alvast op de straks te bespreken mogelijkheid voor de verdediging om tegen het gebrek aan een tweede feitelijke instantie op te komen door om een spoorwisseling te verzoeken.

omvang niet als ‘remedy’ in de zin van het IVBPR wordt beschouwd, moet de uitkomst voor ons derde spoor inderdaad anders worden en ligt het in de rede om dan een volle toetsing bij de Hoven mogelijk te maken. Als dat de situatie wordt zijn er vervolgens weinig principiële en alleen doelmatigheidsargumenten aan te voeren om daarna cassatie integraal uit te sluiten. Principieel zou men dan een drievoudige heroverweging van de boetebeschikking moeten verdedigen, wat wellicht op enige weerstand kan rekenen. Toch valt het niet mee om cassatie dan maar uit te sluiten. Weliswaar zijn de zaken feitelijk eenvoudig, dat betekent niet dat er geen grote gevolgen voor de veroordeelde aan verbonden kunnen zijn. Vanwege dit zwaarwegende belang is er dus aanleiding om (boven een bagatellengrens) cassatie open te stellen. Per saldo is het resultaat dan een grote toename van de belasting van de rechterlijke macht, namelijk én hoger beroep én cassatie. Blijft cassatie achterwege, dan is weer de noodzaak aanwezig om de rechtseenheid met een bijzondere voorziening te waarborgen. Het effect zou dan immers zijn dat een hele brede hoofdstroom van strafzaken de cassatierechter niet meer kan bereiken. Dat moet anders gewogen worden dan die zijstromen die in ons systeem in hoogste aanleg bij het Hof blijven steken. Met de nieuwe regeling in de WAHV is de bedreiging van de uniforme rechtstoepassing de gewone strafrechtspleging al gevaarlijk dicht genaderd, aangezien ook daar significante delen van het materiële recht niet meer bij de Hoge Raad komen. Wij zouden het onwenselijk vinden, als een combinatie van principiële-juridische argumenten uit het IVBPR met capaciteitsargumenten ertoe zou leiden dat een aanzienlijk deel van de strafzaken in hoger beroep blijft steken. Om de bedreiging van de uniforme rechtstoepassing en rechtsontwikkeling te ondervangen zou men dan weer een aparte weg naar de cassatierechter moeten creëren en is men bezig het zelf gegraven gat weer te dichten.

Belangrijke factor in onze keuze is, dat in het derde spoor de zaken van eenvoudige aard moeten zijn. De officier van justitie brengt met zijn sanctiebeschikking tot uitdrukking dat er geen noemenswaardige feitelijke en juridische probleempunten in de zaak zitten. Dat werpt nog wel de vraag op, wat nu te doen als er bij de behandeling door de rechter blijkt, dat de zaak niet eenvoudig is en er juist een serieus debat over de feiten of de toepassing van het recht mogelijk is. Als de zaak binnen het derde spoor zou blijven, kan onze keuze voor cassatie als volgende voorziening onbevredigend uitpakken, omdat dan immers tegen het feitelijk oordeel van de rechter geen rechtsbescherming geboden wordt evenmin als tegen de met feitelijke oordelen verweven onderdelen van de uitspraak; bijvoorbeeld de verwerping van een strafuitsluitingsgrond. Om deze reden moet in het derde spoor bij de rechtsmiddelen worden ingepast, dat de rechter de bevoegdheid krijgt de zaak naar het tweede spoor te verwijzen, ambtshalve of op verzoek van de verdediging.

Oordeelt de rechter in het derde spoor, dat de officier van justitie de zaak ten onrechte als eenvoudig heeft beoordeeld, dan wordt door middel van die spoorwisseling het rechtsmiddelenregime van het tweede spoor van toepassing. Het gevolg is dat er een tweede instantie openstaat die de zaak in volle omvang opnieuw kan beoordelen, waarna behoudens een bepaalde drempel cassatie is toegelaten. Wat de procedurele uitwerking van deze verwijzing betreft moeten we hier beknopt blijven. De rechter kan wat ons betreft de zaak zelf voortzetten en afdoen als de *unus* van het tweede spoor. De feitsomschrijving in de boetebeschikking wordt geconverteerd tot tenlastelegging en op grond daarvan vindt een volledige behandeling en beslissing plaats, die niet afwijkt van de zaken die normaal met een dagvaarding zijn begonnen.<sup>277</sup> Belangrijke winst van deze verwijzingsmogelijkheid is, dat er een correctie mogelijk is op de beperking van de rechtsmiddelen tot alleen cassatie, waarmee voor zover nodig tegemoet gekomen wordt aan bezwaren ontleend aan de reeds besproken uitleg van art. 14 lid 5 IVBPR. Als er een goede grond voor aanwezig is krijgt de verdediging een tweede volle instantie. Wanneer de rechter een dergelijk verzoek om spoorwisseling afwijst kan dat in cassatie op begrijpelijkheid en rechtstoepassing worden beoordeeld. Een tweede voordeel van deze aanpak van het derde spoor is, dat er niet automatisch een tweede ronde mogelijk is voor de strafmaat, welke anders zeker gebruikt zou worden. Men denke maar aan de gevallen, waarin met het beroep geen rechtens respectabele, maar andere belangen gediend worden, zoals uitstel van executie. Om dat dan weer te ondervangen zouden lapmiddelen nodig kunnen zijn zoals vooraf betaling van een griffierecht, zoals bij de WAHV-zaken, wat in het derde spoor lang niet altijd passend zal zijn. Eenheid van straftoemeting is zeker wel een relevant punt, maar daarvoor is in het derde spoor minder de uniformerende werking van het beroep op een hogere rechter nodig. Het zal naar verwachting grotendeels gaan om zaken, waarvoor de sanctionering in hoge mate met behulp van richtlijnen van het Openbaar Ministerie geuniformeerd zal zijn.

277 Evenals hiervoor bij de straftoemeting vormt deze correctiemogelijkheid een bouwsteen voor een gebalanceerd OM-sanctiebeleid. Ook voor de criteria voor geschiktheid van de zaak voor het derde spoor biedt de onafhankelijke rechter dan enig houvast, naast de rechtsbescherming, die in individuele zaken verzekerd is. Deze aanpak is veel doelmatiger dan de meer bestuursrechtelijke aanpak, waarin de rechter zou moeten volstaan met de boetebeschikking te vernietigen. Pas na een nieuwe dagvaarding kan de rechter (als tweede spoor-*unus*) vonnis wijzen. Dat is niet alleen omslachtig en tijdrovend, maar kan ook voor zaken, die vrijwel zeker op een vrijspraak uitdraaien, nadelig zijn voor de verdachte. Wanneer namelijk het OM niets meer van zich laat horen (het is de moeite niet meer) moet de verdachte weer actie ondernemen om zekerheid over de afloop te krijgen.



Twee kenmerken van het tweede spoor acht ik hier van overeenkomstige toepassing. Op de eerste plaats geldt voor de ontvankelijkheid van enig rechtsmiddel tegen de uitspraak van de rechter, dat de zaak niet onder de bagatellengrens, uitgedrukt in een bepaald boetebedrag, mag liggen. Door-slaggevend daarvoor zal zijn de straf die na de toetsing in beroep is vastge-steld. Daarmee is tegelijk het geval meegenomen, dat de rechter tot een aanmerkelijke verzwaring van de boete komt of een andere straf dan de oor-spronkelijke geldboete oplegt. Het is bij de bagatellengrens niet goed voor-stelbaar dat een verzwaring aanmerkelijk zou zijn en niet boven de grens. In de tweede plaats komen ook ten aanzien van de uitspraak van de rechter op het bezwaar aan de verdachte de garanties van het aanwezigheidsrecht toe. Bij gevallen waarin hem naar achteraf blijkt geen afstand van aanwezigheidsrecht kon worden toegedicht kan hij verzet instellen, telkens wanneer hij geen ander rechtsmiddel heeft dat hem nog een ‘fresh determination’ kan bieden.

Bij wijze van slotsom moet dus worden vastgesteld, dat er in het hier beschreven systeem voor toegang tot de hogere rechter sancties kunnen en zullen voorkomen, ten aanzien waarvan niet twee hogere voorzieningen open staan. Dat is op zichzelf een situatie waarvoor goede gronden kunnen worden aangevoerd. We herhalen daartoe in de eerste plaats nog maar eens, dat het dan zal gaan om de relatief geringe geldboetes, dat wil zeggen om zaken met een gering gevolg, ook voor de minder bemiddelde burger.<sup>278</sup> Ten tweede wordt hier benadrukt, dat het altijd zal gaan om uitspraken van de onafhankelijke rechter, die steeds het bewijs van de feiten en alle relevante omstandigheden voor de strafhoogte in zijn beslissing kan betrekken. Ten-slotte geldt, dat ten aanzien van al deze zaken de verdachte de gelegenheid gehad moet hebben om zijn verdedigingsrechten uit te oefenen. Daartoe heeft hij de kans gehad bij de behandeling van de zaak voor de rechter. Wanneer hij die kans schuldeloos heeft gemist kan hij door middel van het instellen van verzet die mogelijkheid alsnog benutten (zie paragraaf 5.3).<sup>279</sup>

### 5.7 *Samenvattend overzicht*

Teneinde nog eens duidelijk aan te geven op welk stelsel we met onze voor-stellen uitkomen volgt hier een samenvattend overzicht van de rechtsmidde-len, die per spoor openstaan voor de de procespartijen. Voor de beschrijving

278 Dat blijft volgens de regering wel binnen de verdragsrechterlijke ruimte voor lichte feiten; *Kamerstukken II*, 1997-1998, 26 027, nr. 3, p. 4.

279 Idem Commissie Werkbelasting Strafkamer Hoge Raad *a.w.*, p. 29.

van het meegaan van de benadeelde partij verwijzen we naar paragraaf 5.2.2. We beperken ons hier tot een korte schematische schets, die de lezer een blik geeft op het geheel met behulp van het schema aan het slot.

In het eerste spoor worden de zwaarste feiten berecht door een eenvoudige kamer van de rechtbank, zoals we het gerecht in eerste aanleg zullen blijven noemen, ook na voltooiing van de herziening rechterlijke organisatie. Voor deze feiten geldt niet een label van ingewikkeldheid van de feiten of complexiteit van de rechtstoepassing, maar wel de verwachting dat een straf van behoorlijk gewicht de uitkomst kan zijn vanwege de ernst van het feit. Er staat voor alle betrokkenen zo veel op het spel dat een berechting in de meest omvattende vorm gerechtvaardigd is. Daarbij is een beperking van de instelling van rechtsmiddelen onjuist. Het Openbaar Ministerie en de verdachte kunnen beide in hoger beroep gaan, mits ze daarvoor een belang hebben. Voor de verdachte betekent dit, dat hij bijvoorbeeld tegen een nietige dagvaarding en een vrijspraak in de regel geen beroep kan instellen. Een ontvankelijk appel betekent een volle toetsing na een voortgezette behandeling, uitmondend in een beslissing in de zaak waarvoor de appelrechter ten volle de verantwoordelijkheid draagt. Na de uitspraak in hoger beroep kunnen beide partijen onbeperkt in cassatie gaan. Ook hiervoor geldt wel dat cassatie alleen ontvankelijk is als een bepaald belang bij correctie van de einduitspraak aanwezig is. Het beroep in cassatie leidt vervolgens slechts tot toetsing op rechtspunten. Hoewel de verplicht in te dienen middelen een belangrijk oriëntatiepunt vormen voor de Hoge Raad kan hij ook een bevoegdheid tot ambtshalve cassatie aanwenden. In het voor dit spoor bijzondere geval dat de verdachte in hoger beroep bij verstek is veroordeeld, bestaat de mogelijkheid van verzet alleen voor de schuldeloze afwezigheid.

Het stelsel van rechtsmiddelen brengt voor het tweede spoor met zich mee, dat de verdachte en het Openbaar Ministerie hoger beroep kunnen instellen wanneer zij daar een redelijk belang bij hebben (zie de vorige alinea). Net als in het eerste spoor is geen appeldrempel van toepassing, omdat de zaken waarin een geringe boete wordt opgelegd per definitie niet voor iedereen van eenvoudige aard zijn. Na de berechting in hoger beroep kan de verdachte verzet aantekenen als hij schuldeloos afwezig is geweest. Dat geldt voor alle zaken. Beide partijen hebben de mogelijkheid van cassatie mits de zaak qua ernst boven de bagatellendrempel uitkomt. Aanknopingspunt daarvoor is de opgelegde straf. Alleen wanneer een boete boven een bepaald bedrag is opgelegd is de weg naar de Hoge Raad open. Dat zal in elk geval hebben te gelden voor overtredingen, maar kan ook voor (bepaalde) misdrijven ingevoerd worden.

Voor het derde spoor geldt dat het hoger beroep op de rechter onbeperkt moet worden opengesteld. Hier ligt dat niet zozeer aan de te verwachten aard

van de zaken maar wordt bepaald door de minimumeis van toegang tot de rechter, voordat een straf executabel wordt. Na de behandeling van de zaak in beroep met een volle heroverweging van alle aspecten, kan cassatie worden ingesteld. Daartoe moet evenwel een drempel worden overschreden die gelijk kan zijn aan de cassatiedrempel voor het tweede spoor. Voor de feiten die qua ernst een bagatel genoemd kunnen worden rechtvaardigt het belang niet meer dat er nog een fase van rechtsbescherming wordt geboden. Ook hier geldt dat de verdachte die schuldeloos de behandeling in beroep niet heeft kunnen bijwonen, verzet kan aantekenen in alle gevallen dat hij daarbij een respectabel belang heeft. Wanneer de rechter in beroep, op verzoek van de verdachte of ambtshalve, tot het oordeel komt dat de zaak niet eenvoudig is kan hij door middel van een verwijzing naar het tweede spoor zichzelf als het ware converteren tot eerste aanleg. Vervolgens is het rechtsmiddelenregime van het tweede spoor van toepassing.

SCHEMA

	Eerste aanleg	Hoger beroep	Verzet	Cassatie
1 <sup>e</sup> spoor	Meervoudige kamer	Onbeperkt (geen unus)	Bij schulde-loos verstek in HB	Onbeperkt
2 <sup>e</sup> spoor	Enkelvoudige kamer	Onbeperkt (unus/MK)	Bij schulde-loos verstek in HB	Beperkt
3 <sup>e</sup> spoor	Officier van justitie	Onbeperkt (unus)	Bij schulde-loos verstek in HB	Beperkt