

Commentaar op afscheidsrede M.W.C. Feteris, ex-president Hoge Raad

Gerard Spong¹

Wat een gezellige en maatschappelijk empathische club toch, die Hoge Raad. Want als je de afscheidsrede van Maarten Feteris laat bekijken, dan houd je het bijna niet droog.² Vooral als hij het heeft over rechtsvorming. Opvallend is dat de ex-president bij rechtsvorming vooral denkt aan een coproductie met de wetgever. De wetgever ontkomt er niet aan open normen te creëren, die vervolgens nader door de rechter moeten worden ingevuld, aldus Feteris. So far so good.

Maar wat moeten we ons hierbij precies voorstellen als de Hoge Raad, zoals Feteris beschrijft, zijn uitspraken algemener moet formuleren? Dan krijgen we een dubbele vaagheid: eerst de open norm van de wetgever en daar dan boven op de algemene formulering van de Hoge Raad. Volgens Feteris zou dit in veel andere, vaak duizenden zaken tot duidelijkheid op juridisch gebied leiden. Helaas ontkomt ik er niet aan hem uit de droom te helpen. Neem bijvoorbeeld de rechtspraak van de Hoge Raad op het gebied van de overschrijding van de redelijke termijn. In zijn standaardarrest van HR 17 juni 2008, NJ 2008/358, m.nt. P.A.M. Mevis heeft de Hoge Raad inderdaad voor veel gevallen duidelijkheid gegeven. Glashelder en aan duidelijkheid niets te wensen overlatend heeft de Hoge Raad daarin beslist dat een overschrijding van de redelijke termijn niet tot niet-ontvankelijkheid van het openbaar ministerie in de strafvervolgning onderscheidenlijk de ontnemingsvordering leidt, ook niet

in uitzonderlijke gevallen. Maar vervolgens wordt nagenoeg in één adem door beslist dat in gevallen waarin de redelijke termijn met meer dan twaalf maanden is overschreden de Hoge Raad (lees ook: de feitenrechter) 'naar bevind van zaken' handelt. Het streven naar meer duidelijkheid is zeker lofwaardig, maar de dooddoener 'bevind van zaken' is het summum van onduidelijkheid. Het behoeft weinig betoog dat bij zeer krasse termijnoverschrijdingen van vele jaren, en dat is helaas geen uitzondering, verschillende uitspraken van lagere rechters een verschillend beeld opleveren. Niet getreurd, meent Feteris, want de Hoge Raad is er ook voor het bevorderen van de rechtseenheid. Met onduidelijkheid in de rechtspraak wordt echter – zoveel is duidelijk – het paard achter de wagen gespannen, want alle nuttige en goedbedoelde overzichtsarresten ten spijt, blijft het op veel gebieden tasten in het donker. De coffeeshop-rechtspraak, die niet zelden ertoe leidt dat een ontoelaatbare niet-ontvankelijkverklaring van het openbaar ministerie verhuld wordt in een rechterlijk pardon ex art 9a Sr, is hiervan een voorbeeld. Hoeveel onduidelijkheid de Hoge Raad laat voortbestaan blijkt uit HR 17 december 2019 ECLI:NL:HR:2019:1985, NJ 2020/250, m.nt. Reijntjes over de verhoorbijstand in artikel 28d Sv, waarvoor kennelijk de taalcoach niet was geconsulteerd. De verdachte die zonder verhoorbijstand was gehoord en ook na consultatie van zijn raadsman niet om verhoorbijstand gevraagd had, moest het zuur bekopen. Niet het verzuim van de politie deed

ertoe, maar het verzuim van de verdachte was de reden om desalniettemin van een eerlijk proces te spreken. In een moeilijk leesbare overweging (r.o. 3.3)³ wordt beurtelings verwezen naar het ontbreken van een 'dwingende reden' in een eerder arrest van de Hoge Raad als naar 'factoren' in rechtspraak van het EHRM om vervolgens nog weer een ander arrest erbij te halen. Iedere lezer wordt natuurlijk geacht die rechtspraak uit 2013, 2015 en 2019 uit zijn hoofd te kennen en de inhoud daarvan paraat te hebben. Daarna wordt de lezer verwezen naar een afweging van de omstandigheden van het geval, zoals in de conclusie van de advocaat-generaal genoemd. Een treffend staaltje van spaghetti-rechtspraak.

Een andere prikkelende kwestie is de nagenoeg complete afschaffing van de ambtshalve cassatie. De vraag die hierbij rijst is hoe het te rijmen is met rechtsvorming om een evident rechtens onjuiste uitspraak in stand te laten, enkel omdat een cassatieadvocaat hier niet over heeft geklaagd. Door dit systeem waarin de rechtsbescherming wordt opgeofferd is geen sprake van rechtsvorming, doch van rechtsmisvorming. En daarom valt het zo op, ja is het zelfs verbijsterend dat Feteris het begrip rechtsbescherming als kerntaak van de Hoge Raad in het geheel niet noemt. In een tijd waarin de burger onderworpen wordt aan toenemend overheidsingrijpen in hoogstpersoonlijke rechten is dat een pijnlijk gemiste kans. De net op gang gekomen Corona/COVID-19-rechtspraak zal dit ongetwijfeld duidelijk maken. Het begrip rechtsvorming in de opvatting van Feteris is mij dus veel te beperkt. Ik kan namelijk het bewust in stand laten van onrecht niet rijmen met rechtsvorming. Vooral niet als dit zich voordoet in zaken waarbij ernstige misdrijven in het geding zijn. Misschien zie ik spoken en loopt het in dit soort zaken niet

Verbijsterend dat Feteris het begrip rechtsbescherming als kerntaak van de Hoge Raad in het geheel niet noemt

zo'n vaart. Dan kan ik rustig vertrouwen op de door Feteris zo bewierook-

te warmte en het initiatief van de Hoge Raad, die ik in sommige zaken

(zoals in het *Etnisch profileren-arrest*)⁴ node heb gemist. •

Auteur

1. Mr. G. Spong is advocaat te Amsterdam.

Noten

2. Zie *NJB* 2020/2642, afl. 39, p. 2995 e.v.

3. '3.3 Gelet op de in de conclusie van de Advocaat-Generaal onder 17 tot en met 19 genoemde recente rechtspraak van het EHRM, in het bijzonder het arrest in de zaak *Beuze/Belegië* waarin is beslist dat "the right of access to a lawyer" mede inhoudt 'that suspects have the right for their lawyer to be physically present during their initial police interviews and whenever they are questioned in the subsequent pre-trial proceedings' (EHRM 9 november 2018, nr. 71409, § 134), kan ook met betrekking tot verhoren van een verdachte die hebben plaatsgevonden in de periode voorafgaand aan 22 december 2015 de vraag aan de orde komen of de omstandigheid dat een verdachte in een concreet geval geen ver-

hoorbijstand heeft gekregen, meebrengt dat de veroordeling van de verdachte niet berust op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM. Indien in dat geval geen sprake was van dwingende redenen als bedoeld in 3.2.1, zal die vraag moeten worden beantwoord met inachtneming van onder meer de factoren genoemd in de rechtspraak van het EHRM, waaronder in het bijzonder de arresten van 13 september 2015, nrs. 50541/08, 50571/08, 50573/08 en 40351/09 (*Ibrahim e.a./Verenigd Koninkrijk*). Indien langs die weg wordt vastgesteld dat het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM niet is geschonden, doet zich dus evenmin een geval voor als bedoeld in het arrest van de Hoge Raad van 19 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY5321, r.o. 2.4.4, waarin "bewijsuitsluiting (...) noodzakelijk [kan] zijn ter verzekering van het recht van de verdachte op een eerlijk proces in de zin van art. 6 EVRM, zoals daaraan mede door het EHRM uitleg is gegeven".'

3.4 In deze zaak staat vast dat de verdachte bij het afleggen van de door het Hof voor het bewijs gebruikte verklaringen van 18 en 19 oktober 2007 geen verhoorbijstand als bedoeld onder 3.2.1 heeft gekregen. Afweging van de omstandigheden van het onderhavige geval, waaronder in het bijzonder de in de Conclusie van de Advocaat-Generaal onder 25 genoemde omstandigheden alsmede de vaststelling van het Hof dat de verdachte – na consultatie van zijn raadsman – niet om verhoorbijstand heeft gevraagd, had het Hof, ook na indringend onderzoek, niet tot een ander oordeel kunnen leiden dan dat het gebruik van de in het middel bedoelde verklaringen van de verdachte voor het bewijs, geen schending oplevert van het door art. 6 EVRM gewaarborgde recht op een eerlijk proces. Evenmin brengen die omstandigheden mee dat hetgeen onder 3.2.3 is weergegeven noopt tot uitsluiting van deze verklaringen van het bewijs.'

4. HR 1 november 2016 ECLI:NL:HR:2016:2454, *NJ* 2017/84.