



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Beslissen te beslissen, hoe de Hoge Raad zijn agenda bepaalt

Loth, M.A.

Citation

Loth, M. A. (2009). Beslissen te beslissen, hoe de Hoge Raad zijn agenda bepaalt. *Bw-Krant Jaarboek*, 25, 3-16. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/36827>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/36827>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

DEEL I

Achtergronden van zwijgzaamheid

1 | Beslissen te beslissen, hoe de Hoge Raad zijn agenda bepaalt

M.A. Loth [■]

1 INLEIDING

‘Rechtsvorming door de cassatierechter is een kunst; van alle kunsten biedt de kunst van het zaklopen de meeste inspiratie: geen voorzichtige stapjes, maar ferme sprongen.’¹

Met dit fraaie beeld wist Hans Nieuwenhuis in 2000 het werk van de Hoge Raad kernachtig te verwoorden. Worden er nu, bijna 10 jaar later, nog ferme sprongen gemaakt aan het Lange Voorhout? Niet van vreugde in ieder geval, nu de werkbelasting de grenzen van de capaciteit heeft bereikt. Rechtsvormende ambities worden gesmoord in een eindeloze stroom zaken, middelen en klachten, waar uiteindelijk niemand mee gebaat is. Het ‘V-woord’ is dan ook niet langer taboe; kan een verlofstelsel de Hoge Raad met enkele sprongen weer bij de tijd brengen? Een bijdrage over het trilemma van de Hoge Raad, selectie aan de poort, en de beslissing om over een zaak te beslissen.²

De Hoge Raad staat voor een belangrijke ontwikkeling, waarvan de reikwijdte nog niet helemaal te voorzien valt: de introductie van een gematigd verlofstelsel (art. 80a RO nieuw). Het is mogelijk dat deze ontwikkeling een beperkte evolutie in het functioneren van de Hoge Raad meebrengt, maar het valt niet te ontkennen dat zij in potentie revolutionaire betekenis heeft.

In deze bijdrage wil ik onderzoeken welke consequenties deze ontwikkeling heeft voor de rechtsvinding van de Hoge Raad. Daartoe wil ik eerst stilstaan bij de problematiek waarvoor de Hoge Raad zich gesteld ziet, en waarvoor het beoogde gematigde verlofstelsel een oplossing moet bieden (tweede paragraaf). Voorts zal ik ingaan op de vraag wat de taak is van de Hoge Raad, en hoe dit wordt beïnvloed door de introductie van zo’n verlofstelsel (derde paragraaf). Het ligt immers voor de hand dat de Hoge Raad zich beperkt tot die zaken die bijdragen tot de realisering van zijn taak. Daarna zal ik ingaan op de selectie van zaken aan de poort, waarbij onderscheid zal worden gemaakt tussen twee soorten verlofstelsels en de mogelijke relatie tussen beide

■ M.A. Loth is raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden.

1 J.H. Nieuwenhuis, ‘De kunst van het zaklopen’, *NJB* 2000, p. 687-689.

2 Dit artikel is in nagenoeg gelijke vorm eerder gepubliceerd in de bundel *Ex libris Hans Nieuwenhuis*, Deventer: Kluwer 2009.

(vierde paragraaf). Tegen die achtergrond wordt de vraag besproken waarop dient te worden geselecteerd, welke gronden daarvoor van belang zijn (vijfde paragraaf). Ten slotte sta ik stil bij de vraag wat de toekomst zal brengen. Bij de bespreking van de verschillende vragen zal ik meermalen verwijzen naar het verlostelsel van de US Supreme Court dat, hoewel anders van opzet en strekking, mede daardoor een bron van waardevolle inzichten vormt.

2 HET PROBLEEM

De aanleiding tot de introductie van een gematigd verlostelsel is natuurlijk de groeiende instroom van zaken. Het rapport van de Commissie Hammerstein noemt de cijfers: in 2007 kwamen bij de civiele kamer ruim 500 zaken binnen (in 1973 nog ruim 150), bij de strafkamer bijna 4000 (in 1973 nog 560), en in de belastingkamer ruim 750 (in 1973 nog bijna 300). Daarnaast leeft breed het gevoel dat de complexiteit en de bewerkelijkheid van de zaken is toegenomen. Tot dusver is de stijging opgevangen met de introductie van, en een groeiend gebruik van, artikel 81 RO, dat het mogelijk maakt om zaken zonder motivering af te doen indien de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling daar niet om vragen. Maar de grenzen van het gebruik van artikel 81 RO komen in zicht en er is behoefte aan nieuwe instrumenten om de groeiende werklast het hoofd te bieden. In haar analyse wijst de Commissie Hammerstein er overigens op dat de problematiek daartoe niet beperkt is, omdat er ook twijfels leven omtrent de vraag of zaken die wel de aandacht verdienen van de Hoge Raad altijd (tijdig) de Hoge Raad bereiken. Terecht plaatst de Commissie de problematiek in de sleutel van de vraag hoe de instroom van zaken kan worden beperkt én uitgebreid tot de zaken die er werkelijk toe doen. Dat lijkt de kern te zijn van de problematiek; de zaken die er toe doen.

De Hoge Raad wordt geconfronteerd met uiteenlopende verwachtingen vanuit verschillende richtingen, die een moeilijk trilemma opleveren. In de eerste plaats doet de samenleving een groeiend beroep op de rechtspraak van de Hoge Raad. De stijgende instroom van zaken, vooral bij de strafkamer, is daarvan het onmiskenbare resultaat. Kennelijk is er een groeiende behoefte aan de rechtsbescherming die de Hoge Raad kan bieden. Zodra het woord 'rechtsbescherming' valt, springen de seinen op rood, omdat dit één van de kerntaken is van de Hoge Raad.

Is het dan eigenlijk wel geoorloofd om überhaupt te denken aan beperking van de instroom? Het principiële karakter van die vraag wordt nogal gerelativeerd door het eenvoudige gegeven dat het instellen van cassatieberoep in strafzaken nogal eens wordt gemotiveerd door de omstandigheid dat dit (letterlijk) uitstel van executie oplevert. Inmiddels is de achterstand in de afhandeling zodanig opgelopen dat in veel zaken de redelijke termijn van artikel 6 EVRM wordt overschreden hetgeen de verzoeker een straffkorting oplevert. Ook dat is een minder principieel motief om beroep in cassatie in

te stellen. Achter de gezochte rechtsbescherming kortom, gaan niet altijd even respectabele motieven schuil. De vraag is dan niet of ingeleverd mag worden op de rechtsbescherming, maar waar de burger en de samenleving beter mee af zijn: met een verkorte uitspraak ex artikel 81 RO na ruim twee jaar, of met een niet-ontvankelijkheid in kansloze beroepen waardoor meer tijd en aandacht kan worden gegeven aan de zaken die er werkelijk toe doen.

De samenleving vraagt meer uitspraken, maar de rechtsorde vraagt iets anders. Een ongecontroleerde groei van het aantal uitspraken van de Hoge Raad is lang niet altijd bevorderlijk voor de rechtsontwikkeling. De eindeloze stroom motiveringsklachten heeft vooral betekenis voor het concrete geval, vaak voor de feitenrechtspraak, maar nauwelijks voor de rechtsorde als geheel. Er is een groeiende hoeveelheid uitspraken waar de rechtsontwikkeling niet mee is gediend, niet alleen omdat het steeds moeilijker wordt om door de bomen het bos te zien, of om de vereiste aandacht te besteden aan de zaken die er wel toe doen, maar ook omdat zij op deelterreinen leiden tot een te fijnmazige jurisprudentie die voor anderen dan insiders nauwelijks meer te volgen is. Wanneer de jurisprudentie van de Hoge Raad te casuïstisch wordt – en ieder heeft daarbij zijn eigen voorbeelden – dan verliest zij zeggingskracht en sturend vermogen. De rechtsorde vraagt vooral sturing, met rechtsvormende uitspraken die duidelijke bakens bieden op momenten dat helderheid geboden is. Jan Vranken stelde jaren geleden al de prikkelende vraag of de rechtsvorming het resultaat moet zijn van toeval of beleid.³ Enkele jaren geleden voegde ik daar de vraag aan toe welke soorten uitspraken de meeste sturing bieden: smalle en ondiepe uitspraken dan wel brede en diepe uitspraken.⁴ De rechtsorde lijkt meer gediend met minder, maar goed gemotiveerde en goed getimed uitspraken op geselecteerde leerstukken, dan met een groeiende stroom artikel 81 RO uitspraken. De rechtsorde kortom, vraagt iets anders dan de samenleving.

Ten slotte is er nog de eigen ambitie van de Hoge Raad. Zijn eigen ambitie wordt goed gevat in de titel van het rapport van de Commissie Hammerstein: 'Versterking van de cassatierechtspraak'. Hoewel de discussie vaak handelt over interne kwesties als de werklast, zoekt de Hoge Raad in feite meer externe relevantie. Daartoe bestaat ook reden, omdat de omgeving en daarmee ook de positie van de Hoge Raad aanzienlijk zijn veranderd. Vanaf het begin van de 20^e eeuw kon de geschiedenis van de Hoge Raad worden verteld als een succesverhaal. Door belangrijke rechtsvormende uitspraken had de Hoge Raad zich als zelfstandige rechtsvormende macht gepositioneerd naast de wetgever (de Hoge Raad als 'wetgever-plaatsvervanger', zoals de trotse uitdrukking luidt). De toenemende betekenis van supranationale gerechten als het HvJ en

3 J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB* 2000, p. 1-5.

4 M.A. Loth, 'Rechtsvinding door de Hoge Raad; de breedte en/of de diepte in?', *Trema* 2007, p. 317-325.

het EHRM enerzijds, en het nieuwe zelfbewustzijn van de feitenrechters met hun rechterlijke samenwerking anderzijds, hebben dat succesverhaal gerelativeerd. Gechargeerd gesteld: wat is nu de positie van de Hoge Raad? Wie zit er op zijn uitspraken te wachten, behalve die rechtzoekende burger die uitstel van executie of strafvermindering zoekt? Dat zijn prikkelende vragen die de 'sense of urgency' rond de problematiek vergroten. De drie hoorns van het trilemma zijn daarmee gegeven. Wat moet de Hoge Raad nastreven? Meer uitspraken, meer sturing, of meer relevantie?

3 DE TAAK VAN DE HOGE RAAD

Waartoe is de Hoge Raad op aarde? Dat is geen vrijblijvende vraag voor onschuldige bespiegelingen, maar een noodzakelijke voorvraag voor de keuze welke zaken de Hoge Raad wil doen, en op welke wijze hij deze zaken wil doen. In het rapport van de Commissie Hammerstein is gekozen voor een accentverschuiving. De nadruk zal meer komen te liggen op rechtseenheid en rechtsontwikkeling, terwijl rechtsbescherming meer in het teken van de kwaliteitsbewaking van de feitenrechtspraak komt te staan; alleen die fouten van de feitenrechter zullen worden geredresseerd die ertoe leiden dat de betrokkene significant nadeel lijdt. Deze accentverschuiving ligt om verschillende redenen voor de hand. Enerzijds sluit zij aan bij een algemene ontwikkeling bij hoogste gerechten om de toegang te beperken tot die zaken die het belang van de concrete zaak overstijgen, anderzijds doet zij dat door aan te sluiten bij het instrument bij uitstek van de Hoge Raad om zijn eigen werklast te beïnvloeden, namelijk zijn 'Kompetenz-Kompetenz'. Over beide achtergronden een enkel woord.

Eerst de internationale trend, waarover Veegens in de laatste druk opmerkt:

'Overall tekent een ontwikkeling in dezelfde richting zich af. De betekenis van de zaken waarvan de hoogste rechter kennis neemt, moet uitgaan boven die van het concrete geschil tussen partijen. Telkens weer vindt men het gerezen zijn van een belangrijke *recht*svraag ten minste als een van de criteria voor de toelating genoemd'.⁵

Voor de beschrijving van deze trend verwijs ik naar Veegens, die leert dat zowel de Cour de cassation (nr. 5), het Bundesgerichtshof (nr. 17), de House of Lords (nr. 20), als het US Supreme Court (nr. 21) enigerlei vorm van verlostelsel kent. Deze keuze hangt onverbrekkelijk samen met de taakstelling van het gerecht, zoals bijvoorbeeld het Supreme Court laat zien. Het Supreme Court ziet het niet als zijn taak om onrechtvaardigheden te redresseren, en zelfs niet om alle fouten van lagere rechters te corrigeren, maar om aan de rechtsvorming

5 Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 22.

bij te dragen. 'The court basically sees itself not as a place to right wrongs in individual cases but as a place to clarify the law', schrijft Perry in een studie over het Amerikaanse verlostelsel waar ik de titel van deze bijdrage aan heb ontleend, en:

'To remain effective, the Supreme Court must continue to decide only those cases which present questions whose resolution will have immediate importance far beyond the particular facts of the case'.⁶

Zo heet wordt de soep bij ons niet opgediend, zo bleek hiervoor al, maar een accentverschuiving in deze richting is wel degelijk aan de orde. De Hoge Raad houdt zich thans teveel bezig met zaken die nauwelijks hun eigen belang overstijgen.

De wijze waarop de voorgestelde accentverschuiving vorm wordt gegeven past goed in onze cassatietraditie. De meest effectieve manier waarop de Hoge Raad zijn eigen werk kan beïnvloeden is van oudsher immers de uitoefening van zijn 'Kompetenz-Kompetenz', dat wil zeggen, de bevoegdheid om zijn eigen bevoegdheid te bepalen. Ik doel natuurlijk op de mogelijkheid om de vage grens tussen recht en feit te verschuiven, waardoor de instroom van zaken groeit dan wel juist krimpt. Via de toetsing van de motivering van de feiten-rechter, oefent de Hoge Raad niet alleen marginale controle uit op diens wijze van omgaan met de feiten, maar ook op zijn eigen instroom van zaken. Historisch gezien is dit een onderscheidend kenmerk van de Hoge Raad,⁷ beleidsmatig gezien biedt het een instrument voor keuze en selectie. In *De Hoge Raad op de hei* heeft Maurits Barendrecht laten zien dat de drie hoofdtaken van de Hoge Raad communicerende vaten zijn waarvan de onderlinge verhouding onder andere wordt bepaald door de keuze tussen de afdoening via motiveringsklachten dan wel via rechtsklachten.⁸ In dat licht impliceert de suggestie van het rapport van de Commissie Hammerstein, die aansluit bij de traditie van de Hoge Raad, een verschuiving in de richting van de rechtsklachten. De Hoge Raad houdt zich thans teveel bezig met motiveringsklachten.

4 SELECTIE AAN DE POORT

Het doel is derhalve om meer aandacht te geven aan de zaken die er toe doen. Het middel om dat doel te bereiken is de selectie van zaken aan de poort. Artikel 80a RO maakt het mogelijk om een beroep in cassatie niet-ontvankelijk

6 H.W. Perry jr., *Deciding to decide; agenda-setting in the United States Supreme Court*, Cambridge/London: Harvard University Press 1991, p. 36, 220.

7 Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen (2005), nr. 9.

8 J.M. Barendrecht, *De Hoge Raad op de hei; kwaliteitsbewaking en leiding over de rechtspraak door de civiele cassatie: een analyse van denkrichtingen voor de toekomst*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1998, h. 2 en 3.

te verklaren indien (a) de aangevoerde klachten niet nopen tot de beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, en (b) die klachten vanuit het belang van de rechtsbescherming en het belang van de bewaking van de kwaliteit van de rechtspraak onvoldoende gewicht hebben voor behandeling in cassatie. Uit de Toelichting blijkt dat het om twee cumulatieve vereisten gaat, waarvan de eerste samenvalt met die van artikel 81 RO. Artikel 80a RO maakt het dus mogelijk, kort gezegd, om artikel 81 RO gevallen niet-ontvankelijk te verklaren indien de Hoge Raad deze van onvoldoende belang acht. Dat oordeel is afhankelijk van een belangenafweging tussen het belang van de rechtsbescherming en dat van de kwaliteitsbewaking, kortom van doelmatigheidsoverwegingen. Zo beschouwd staat de Hoge Raad voor het eerst in zijn geschiedenis voor de keuze in welke gevallen hij een zaak om doelmatigheidsredenen zal weigeren. Voor de duidelijkheid van de discussie is het goed om twee ontwikkelingsrichtingen te onderscheiden, die in zekere zin twee uitersten representeren, alsmede een combinatie van die twee.⁹

De eerste, minst vergaande ontwikkeling is die van wat ik een *'negatief verlofstelsel'* zal noemen, een stelsel dat erop is gericht om uitsluitend de kansloze zaken in een vroeg stadium 'weg' te selecteren. Naar schatting betreft dit ongeveer een derde van de civiele zaken, de helft van de strafzaken, en driekwart van de belastingzaken.¹⁰ In een negatief verlofstelsel behoeft over de procedure en de criteria voor selectie aan de poort in beginsel geen meningsverschil te bestaan. Wat de procedure betreft, is de installatie van een selectiekamer de meest aangewezen oplossing. De kamer kan de negatieve selectie van kansloze zaken delegeren aan enkele van haar leden, omdat een relatief grote mate van consensus bestaat over de vraag welke zaken tot die categorie behoren. Slechts over de grensgevallen is in redelijkheid meningsverschil mogelijk. Bovendien is het uit een oogpunt van werkbeparing rationeel om de selectie door enkele leden van de kamer te laten uitvoeren, zodat niet de hele kamer (alsnog) naar die zaken moet kijken. Ook over het selectie criterium hoeven in eerste instantie weinig vragen te rijzen. De selectie van zaken is immers afhankelijk van hun slaagkans, dat wil zeggen, de selectie geschiedt op grond van een prognose omtrent de verwachte uitkomst. Kansrijke zaken worden doorgelaten, kansarme worden afgewezen. Voor de twijfelgevallen kunnen vuistregels worden opgesteld, afhankelijk van de vraag welke belangen men in abstracto het zwaarste vindt wegen (bijvoorbeeld 'in geval van twijfel doorlaten').

Een dergelijk verlofstelsel heeft een andere strekking dan wat ik een *'positief verlofstelsel'* zal noemen, dat wil zeggen, een stelsel dat erop is gericht om uit

9 'Wijziging van de Wet op de rechterlijke organisatie en enige andere wetten in verband met de versterking van de cassatierechtspraak door de Hoge Raad', *Kamerstukken II* 2007/08, 29 279.

10 *Kamerstukken II* 2007/08, 29 279, nr. 78, p. 12.

het ruime zaaksaanbod die zaken te selecteren die men wil afdoen. Een voorbeeld biedt het selectiestelsel van het Supreme Court, dat ten tijde van de studie van Perry (in 1991) zo'n 5% van de 5000 ingediende verzoeken toeliet. Natuurlijk resulteert een positief verlofstelsel, evenals een negatief verlofstelsel, uiteindelijk in twee categorieën zaken (de zaken die al dan niet worden toegelaten), maar dat neemt niet weg dat de selectie een andere inhoud en strekking heeft, hetgeen consequenties heeft voor de procedure en de criteria. Anders dan in een negatief verlofstelsel is het in een positief verlofstelsel om principiële redenen onvermijdelijk dat alle raadsheren aan de selectie deelnemen, zodat die beslissing niet aan een selectiekamer kan worden gedelegeerd. De beslissing om een zaak al dan niet te selecteren is immers – evenals het gebruik van de 'Kompetenz-Kompetenz' – een rechterlijke beslissing, die mede berust op overwegingen omtrent de vraag hoe de zaak zal of zou worden beslist (indien toegelaten). Het is om die reden dat bij het Supreme Court het verzoek om toelating (de 'writ of certiorari') na een degelijke voorbereiding door de 'law clerks' door alle raadsheren in raadkamer wordt beoordeeld. Voor de besluitvorming geldt overigens wel een ruimhartiger stemregel dan de gebruikelijke meerderheidsregel – namelijk 'the rule of four' in plaats van een 'rule of five' – omdat het niet passend wordt gevonden dat de meerderheid een controversiële zaak van de agenda kan houden. Voorts bestaat in een positief verlofstelsel, anders dan in een negatief verlofstelsel, ten principale onduidelijkheid over de criteria voor de selectie van zaken. In een positief verlofstelsel als dat van het Supreme Court wordt de beoordeling van een verzoek om toelating namelijk niet als een recht beschouwd, maar als de uitoefening van rechterlijke beslissingsvrijheid:

'A review on writ of certiorari is not a matter of right, but of judicial discretion'.

Een zaak wordt uitsluitend toegelaten indien daarvoor 'compelling reasons' bestaan, waartoe kunnen behoren (voor zover hier van belang) verdeeldheid onder de appelrechters of afwijkende beslissingen van lagere rechters (rule 10 van de Supreme Court rules). Voor het overige is het opsporen van systematiek in de beslissingen om zaken al dan niet toe te laten, een kwestie van onderzoek door de 'Supreme Court watchers'.

Ten slotte is er nog een derde ontwikkelingsmogelijkheid, die erop neer komt dat de Hoge Raad begint met een negatief verlofstelsel dat zich op een termijn van 5 à 10 jaar ontwikkelt tot een positief verlofstelsel. Deze ontwikkeling acht ik zelf het meest waarschijnlijk en eigenlijk ook wel het meest wenselijk. Gelet op de ruime ervaring die er al is met de selectie van artikel 81 RO zaken is het goed om in de toepassing van het nieuwe artikel 80a RO daar in aanvang bij aan te sluiten. Natuurlijk levert het altijd enige winst op indien de kansloze zaken al eerder in de procedure worden 'weg' geselecteerd. Het zou goed zijn om het effect van die negatieve selectie jaarlijks te meten, en tegelijkertijd te bezien in hoeverre dat effect toereikend is om de (vermoedelijk)

stijgende instroom van zaken het hoofd te bieden. Wanneer deze toepassing van artikel 80a RO onvoldoende soelaas biedt, wordt het tijd om de toepassing van artikel 81 RO uit te breiden waardoor meer zaken in aanmerking komen voor toepassing van artikel 80a RO. Een voortdurende groei van de categorie zaken die voor toepassing van artikel 81 jo. artikel 80a RO in aanmerking komt, zal er toe leiden dat het omslagpunt wordt genaderd waarop een negatief verlofstelsel doorgroeit tot een positief verlofstelsel. Dat omslagpunt is bereikt wanneer zaken die in beginsel tot cassatie zouden kunnen leiden, bij de poort worden geweigerd. Men kan dat op principiële gronden verwerpen, maar men kan er ook pragmatischer tegenaan kijken. Rechtsbescherming wordt nogal eens met hoofdletters geschreven, maar ik roep in herinnering dat niet ieder cassatieberoep op respectabele gronden wordt ingesteld. De Hoge Raad is oorspronkelijk niet bedoeld als derde instantie, maar als instantie om de kwaliteit van het recht te borgen. Het ingevoerde verlofstelsel heeft bovendien tot doel te bereiken dat de Hoge Raad zich kan beperken tot de zaken die er toe doen, en dat zijn niet noodzakelijk de zaken die kansrijk zijn. In laatste instantie gaat het natuurlijk om de vraag waartoe de Hoge Raad op aarde is. Wie wil dat de Hoge Raad meer sturing geeft in de rechtsorde, en wie meer relevantie nastreeft, kan er (op de duur) niet omheen dat de Hoge Raad dan niet ook nog eens derde instantie kan zijn. Voor een hoogste rechter moet dit geen moeilijke keuze zijn.

5 SELECTIE WAAROP?

In de discussie over het verlofstelsel wordt vaak verwezen naar de wenselijkheid van duidelijke criteria voor de selectie van zaken. Aansluitend bij artikel 80a RO en de Toelichting wordt de vraag gesteld – met name vanuit de cassatiebalie – wanneer een zaak van ‘onvoldoende gewicht’ moet worden geoordeeld, of wanneer de rechtszoekende geen ‘significant nadeel’ lijdt. Vanuit rechtsvindingsperspectief is dit om verschillende redenen geen vruchtbaar uitgangspunt voor de discussie. In de eerste plaats ligt het niet voor de hand om de open criteria uit de wet op voorhand in te vullen, zolang nog geen ruime ervaring met selectie aan de poort is opgedaan. Integendeel, het verdient veeleer aanbeveling om van start te gaan met de open criteria uit de wet en deze eerst gaandeweg, met het groeien van de ervaring nader in te vullen. Voorts, en dat is nog belangrijker, leert de ervaring uit het buitenland dat verlofstelsels altijd met open en vage criteria werken (vergelijk de ‘compelling reasons’ uit de regels van het Supreme Court). Rechters blijken juist bij deze beslissingen graag over een ruime beslissingsruimte te beschikken, en met reden. De beslissing om een zaak toe te laten of te weigeren moet op een grote mate van beslissingsvrijheid berusten, omdat die beslissing niet anders kan worden genomen dan op grond van een groot aantal mogelijke redenen, ontleend aan ontwikkelingen in de samenleving, in de rechtsorde, in de feitelijk-

ke rechtspraak, en natuurlijk ook in de eigen prioriteiten. Bovendien zijn de relevante omstandigheden, meer nog dan het eigenlijke rechtsoordeel over de merites van de zaak, afhankelijk van tijd en plaats. De agenda van een hoogste rechter die responsief is kan geen almanak zijn, maar pleegt afhankelijk van de behoeften naar tijd en plaats te worden ingevuld.

Dat neemt natuurlijk niet weg dat wel kan worden nagedacht over de vraag wat voor soort overwegingen een rol speelt bij de vraag welke zaken al dan niet worden toegelaten. Ook hier kan – onder erkenning van de verschillen (zie par. 4) – worden geleerd van de ervaringen van het Supreme Court. Aan de studie van Perry ontleen ik een aantal redenen om een zaak al dan niet toe te laten die ik voor zover relevant vertaal naar de Nederlandse situatie, en vervolgens heb gerangschikt onder zelf gedefinieerde categorieën.

5.1 De zaak zelf

Allereerst zijn eigenschappen van de zaak zelf van belang. De aandacht van de Hoge Raad gaat primair uit naar zaken die een rechtsvraag aan de orde stellen. Het is niet zozeer de zaak die telt, maar de rechtsvraag die voor de oplossing van de zaak beantwoording verdient.¹¹ Zoals een Amerikaanse raadsheer eens zei:

‘A case will come back if it is really important.’¹²

Tegelijkertijd kan dat ook een reden zijn om die zaak nu niet toe te laten, wanneer dat op andere gronden niet goed uitkomt. Hoe dan ook, juist omwille van de versterking van de rechtsvormende taak moet een zaak in principe precedentwerking hebben. Dat kan een klein punt betreffen, maar ook een substantiële rechtsvraag. In de tweede plaats kan ook het belang dat in de zaak op het spel staat, een overweging zijn om die zaak al dan niet toe te laten. Hiervoor is al meermalen verwezen naar het criterium dat een zaak – in het licht van de adequate inzet van de cassatierechtspraak – van onvoldoende gewicht is voor behandeling. Het beroep kan een fout van de feitenrechter aan de orde stellen die onbelangrijk voorkomt, dat wil zeggen, waardoor de verzoeker geen significant nadeel lijdt. Een verwant criterium is, in de derde plaats, dat een zaak te nauw verweven is met de feiten om voor cassatie van betekenis te zijn. Er is veel kaf onder het koren in de eindeloze stroom motiveringsklachten die de Hoge Raad bereikt. In het strafrecht kan men denken aan veel klachten over de bewezenverklaring. In het onderzoek van Perry merkte één van de law clerks op:

11 Zie ook J.B.M. Vranken, ‘Consequenties van een versterking van de rechtsvormende taak van de Hoge Raad: talrijk, divers en soms vergaand’, *NJB* 2009, p. 1082-1094.

12 Perry 1991, p. 221.

'The Court really doesn't sit there to decide whether the evidence is sufficient.'¹³

Ook de Hoge Raad volstaat hier met een marginale toetsing van de bewijsmotivering van de feitenrechter. In de vierde plaats kan een zaak onvoldoende rijp zijn om te worden toegelaten. Soms is een zaak pas rijp wanneer zij door verschillende feitenrechters is berecht, en soms pas wanneer zij in de doctrine voldoende is uitgekristalliseerd om te beslissen. Uit het onderzoek van Perry blijkt dat ook wordt gekeken naar welke feitenrechter op de zaak heeft gezeten, welke rechters betrokken waren, en welke 'dissents' er zijn geschreven. Met de rijpheid van een zaak is verbonden de vraag of er nog andere zaken in de pijplijn zitten, die dezelfde rechtsvraag misschien beter aan de orde stellen. Ten slotte is ook van belang of het beslissende gerecht zelf een bijdrage aan de oplossing van het probleem denkt te kunnen leveren in de vorm van een duidelijk antwoord op de rechtsvraag. Soms lijkt dat niet het geval, hetzij omdat geen duidelijke oplossing in zicht is, hetzij omdat het gerecht zelf te verdeeld is om met een duidelijk antwoord te kunnen komen.

5.2 De feitenrechtspraak

De meest dringende reden voor het Supreme Court om een zaak toe te laten is, zoals we al zagen, verdeeldheid onder de lagere rechters. Ook voor de Hoge Raad is in de verhouding tot de feitenrechtspraak een belangrijke, tweeledige taak weggelegd. In de eerste plaats is er de uniformerende taak, die meebrengt dat divergerende jurisprudentie van de hoven op één lijn moet worden gebracht (rechtseenheid). Daarvan te onderscheiden is de toezichthoudende taak, inhoudende dat afwijkingen van vaste jurisprudentie en andere fouten worden rechtgezet (kwaliteitsbewaking). In beide deeltaken is de traditionele taak van de Hoge Raad te herkennen: de bescherming van de wet tegen de rechter. In de uitoefening van zijn taak is de Hoge Raad gebonden aan zijn cassatietechnische beperking tot rechtsklachten en belangrijke motiveringsklachten. Zoals hiervoor al bleek heeft de beoogde verschuiving in de taakstelling van de Hoge Raad belangrijke consequenties voor de feitenrechtspraak. Allereerst brengt zij mee dat de feitenrechters (met name de hoven) zelf een grotere verantwoordelijkheid krijgen voor de rechtseenheid. Voorts leidt zij er toe dat de hoven een grotere inbreng krijgen in de kwaliteitsbewaking van de feitenrechtspraak (van met name de rechtbanken). Bij de selectie van zaken bij de Hoge Raad zal de constatering van divergentie tussen feitenrechters of van fouten in hun uitspraken niet zonder meer tot toelating van de desbetreffende zaken leiden. Alleen indien daar een belang van rechtsontwikkeling of kwaliteitsbewaking mee gediend is, ligt interventie van de Hoge Raad in de rede. Meermalen is

13 Perry 1991, p. 224.

er al op gewezen dat de hoven zich daarom op hun nieuwe taken als hoogste feitenrechter moeten voorbereiden (vergelijk Hammerstein II). Vooral van een versterking van de rechterlijke samenwerking tussen de hoven, in het voetspoor van de rechtbanken, is veel te verwachten. Overigens is hier ook een beweging in de tegenovergestelde richting gaande. Nieuwe instrumenten als een ruimer gebruik van cassatie in het belang der wet en de mogelijkheid van prejudiciële vragen moeten ervoor zorgen dat de Hoge Raad de zaken aan zich kan trekken die hem nu niet (tijdig) bereiken. In de verhouding tot de feitenrechtspraak is derhalve sprake van zowel een terugtrekkende, als van een optrekkende Hoge Raad. Beide ontwikkelingen zullen hun invloed hebben op de beslissing om in cassatie zaken al dan niet toe te laten.

5.3 De rechtsorde

Hiervoor is al opgemerkt dat de rechtsorde meer gediend is met enkele goed gekozen richtinggevende uitspraken dan met een eindeloze stroom meer of minder interessante reacties op motiveringsklachten. Hier is derhalve ruimte voor keuze en beleid. Waar is de rechtsorde mee gediend? Het antwoord op die vraag is sterk afhankelijk van het al dan niet optreden van andere normstellende instituties. Op welke gebieden blijft de wetgeving achter bij maatschappelijke ontwikkelingen, of bij rechtsontwikkelingen op internationaal en supranationaal niveau? Welke van die tegenstellingen zijn het meest urgent, en hoe kan de Hoge Raad bij het overbruggen daarvan een rol spelen? Is er behalve een noodzaak ook een mogelijkheid tot rechtsvorming? Welke issues en controverses leven er in de feitenrechtspraak? Welke knopen moeten hier doorgehakt worden en welke zijn daarvan het meest urgent? Komt daartoe ook gelegenheid voor de Hoge Raad in de vorm van een geschikte zaak? De beslissing om een zaak al dan niet toe te laten, kan niet los worden gezien van het antwoord op dergelijke vragen. Voor de Hoge Raad zijn ze in twee opzichten vernieuwend ten opzichte van de bestaande praktijk. In de eerste plaats gaat het om strategische vragen, in die zin dat het antwoord op die vragen mede afhankelijk is van wat andere actoren doen. Voorts gaat het om beleidsvragen, in die zin dat de beantwoording een prioriteitsstelling veronderstelt omtrent wat meer of minder belangrijk wordt gevonden. Twee relativeringen zijn echter op hun plaats. In de eerste plaats is het niet zo dat dergelijke vragen thans geen enkele rol spelen. In de context van de oordeelsvorming over de merites van zaken spelen zij wel degelijk een rol – soms impliciet, soms expliciet – maar in de context van de beslissing tot toelating zullen zij een nadrukkelijker rol spelen. In die setting wordt immers de agenda van de Hoge Raad bepaald. Ten slotte is het ook niet zo dat de genoemde vragen altijd in abstracto en expliciet voorwerp van beraad zouden moeten zijn, laat staan tot consensus zouden moeten leiden. De Hoge Raad blijft vanzelfsprekend een rechtsprekend orgaan. Het is om die reden dat het Supreme Court

de beslissing tot toelating in beginsel heeft onderworpen aan dezelfde procedure als de beslissing over de merites van een zaak (behoudens afwijkingen als de 'rule of four'). Dat neemt echter niet weg dat de beslissing om te beslissen sterker doortrokken is van strategische en beleidsmatige overwegingen dan de beslissing over de merites van de zaak. Overigens blijkt niet van een aantoonbaar verband tussen beide soorten beslissingen, in die zin dat de toelatingsbeslissing anticipeert op de beslissing over de merites van de zaak. Wel bleek er bij de raadsheren een grotere neiging zaken toe te laten waarin de beslissing van de lagere rechter verkeerd werd gedacht dan zaken waarin dat niet het geval is.¹⁴

5.4 De samenleving

Soms vraagt de samenleving om een rechterlijke uitspraak op het hoogste niveau in een controversiële zaak. Het betreft meestal kwesties die politiek omstreden zijn (het stakingsrecht), vanuit levensbeschouwelijk of moreel gezichtspunt tot verdeeldheid leiden (abortus, euthanasie), grote sociale betekenis hebben (onwettige kinderen), of een unieke combinatie vormen (onrechtmatige geboorte of leven). Het maatschappelijk belang en het rechtsvormend belang vallen overigens lang niet altijd samen. Soms veroorzaakt een zaak grote maatschappelijke onrust, zonder dat er juridisch veel nieuws onder de zon is (de spraakmakende herzieningsverzoeken), en soms is het omgekeerde het geval (onrechtmatige geboorte of leven). In al deze gevallen zijn er vanzelfsprekend sterke indicaties om de zaak toe te laten, omdat de Hoge Raad een voortrekkersrol in het publieke debat kan en heeft te vervullen, soms om de grenzen te verkennen, soms juist om knopen door te hakken. Lastig wordt het wanneer zich een zaak aandient die niet past binnen de taakstelling van de Hoge Raad, maar niettemin sterk aan het rechtvaardigheidsgevoel appelleert. Ook bij het Supreme Court worden soms zaken toegelaten die moeilijk te verenigen zijn met de filosofie dat het er niet is 'to right wrongs';

'Try as they might, justices cannot always resist acting as a court of last resort. Sometimes they will take a case that is a flagrant abuse of justice even though it presents no particularly interesting question of law.'¹⁵

Kennelijk is ook daar de praktijk soms harder dan de leer.

¹⁴ Perry 1991, p. 268-270, 280.

¹⁵ Perry 1991, p. 265.

6 WAT BRENGT DE TOEKOMST?

In de Inleiding merkte ik reeds op dat met de invoering van een gematigd verlostelsel een weg wordt vervolgd die al met de invoering van artikel 81 RO was ingeslagen. Een geleidelijke ontwikkeling derhalve, maar wel één met mogelijk revolutionaire consequenties. Op de korte termijn zal de geleidelijkheid van het negatieve verlostelsel overheersen. Selectiekamers zullen kansloze beroepen ‘weg’ selecteren, te beginnen met de artikel 81 RO zaken maar mogelijk ook andere zaken waarin het belang van de rechtsbescherming in de individuele zaak niet opweegt tegen dat van de adequate inzet van de cassatierechtspraak. Het is mogelijk dat het daarbij blijft, met als resultaat dat de consequenties van de invoering van artikel 80a RO overzichtelijk blijven. Een ander scenario is echter dat de instroom van beroepen blijft groeien. Indien die ontwikkeling zich voordoet zal de druk toenemen om de categorie zaken die voor toepassing van artikel 81 juncto artikel 80a RO in aanmerking komt, te laten uitdijen. De doelstelling is immers om de begrensde capaciteit te besteden aan de (1000 of 400) zaken die er het meeste toe doen, zodat ook zaken zullen afvallen die weliswaar tot cassatie zouden kunnen leiden, maar waarbij geen grote belangen op het spel staan. In dit scenario zal het geïnstalleerde negatieve verlostelsel doorgroeien naar een positief verlostelsel, dat is gericht op de selectie van de zaken die een behandeling in cassatie waard zijn. Met de selectie van zaken zal eerst meer ervaring moeten worden opgedaan vooraleer de open criteria uit de wet verder kunnen worden ingevuld. De selectie van zaken veronderstelt echter altijd veel beslissingsruimte en daarmee ook open criteria. Verschillende soorten overwegingen – ontleend aan de zaak zelf, de feitenrechtspraak, de rechtsorde en de samenleving in ruimere zin – zullen een rol spelen. Wanneer de Hoge Raad zelf zijn agenda wil kunnen afstemmen op zijn omgeving, zal daartoe ruime beslissingsvrijheid moeten blijven bestaan.

In dit licht dienen de consequenties voor de werkwijze van de Hoge Raad en voor zijn positionering te worden gezien. In de nabije toekomst zal niet veel capaciteit vrijkomen om de zaken anders te instrueren of te motiveren dan thans het geval is. Wanneer het negatieve verlostelsel is geïnstalleerd, zullen zowel de Raad als het Parket de handen vol hebben aan de verwerking van de (groeierende) instroom. De betekenis van de Hoge Raad zal niet ingrijpend veranderen. Wanneer het negatieve verlostelsel zich – al dan niet onder druk van een voortdurend groeiende instroom – zal ontwikkelen naar een positief verlostelsel, ziet de toekomst er echter anders uit. In dat geval komt in beginsel capaciteit vrij – afhankelijk van het aantal toegelaten beroepen – om belangrijke zaken anders te instrueren of te motiveren. ‘Indien na een ‘selectie aan de poort’ een geringer aantal zaken voor inhoudelijke behandeling in aanmerking komt’, zo schreven onlangs F.F. Langemeijer, J.E. van de Bunt

en S. Sierksma, 'kan aan die zaken evenredig meer tijd worden besteed'.¹⁶ In zijn bijdrage heeft Jan Vranken een voorschot genomen op de mogelijkheden om de informatie te verbeteren die de tendens naar een sterkere rechtsvormen-rol zullen moeten ondersteunen. Zowel Vranken als Langemeijer c.s. gaan uitvoerig in op de mogelijkheid van het gebruik van 'briefs' van 'amicus curiae', naar het voorbeeld van het Supreme Court.

'In zaken waarin een rechtsvraag aan de orde is die in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling beantwoording door de Hoge Raad behoeft, kunnen amicus curiae-brieven – mits naar vorm en omvang strak gereguleerd – wellicht bijdragen aan de kwaliteit van de uitspraak en aan de aanvaarding van de nieuw gevormde rechtsregel.'¹⁷

Ook andere wijzigingen in de werkwijze dienen zich in de discussie aan; van een ruimer gebruik van de pleidooizitting, tot meer overleg met de ketenpartners, de introductie van 'concurring' en 'dissenting opinions', of zelfs ambtshalve cassatie. Het is duidelijk dat deze ontwikkelingen, indien geëffectueerd, de zichtbaarheid, positie en betekenis van de Hoge Raad ingrijpend zouden beïnvloeden. Zoals het Supreme Court?, zo werd onlangs de President van de Hoge Raad gevraagd. 'Een héél klein beetje', luidde zijn antwoord.¹⁸

16 F.F. Langemeijer, J.E. van de Bunt, S. Sierksma, 'Het raadplegen van externe deskundigen in burgerlijke zaken door de Hoge Raad of het parket', *Trema* 2009, p. 130.

17 Langemeijer c.s. 2009, p. 135.

18 'Tussen ideaal en nuchterheid, interview met de nieuwe president van de Hoge Raad mr. G.J.M. Corstens, van Caroline Lindo', *NJB* 2009, p. 1074.