



Universiteit
Leiden

The Netherlands

De gezichtspuntencatalogus als beleidsinstrument in cassatie

Peeters, V.J.W.; Schendel, W.A.M. van; Altena, J.; Cnossen, J.; Crijns, J.; Schuyt, P.; Voorde, J. ten

Citation

Peeters, V. J. W., & Schendel, W. A. M. van. (2021). De gezichtspuntencatalogus als beleidsinstrument in cassatie. In J. Altena, J. Cnossen, J. Crijns, P. Schuyt, & J. ten Voorde (Eds.), *In onderlinge samenhang: Liber Amicorum Tineke Cleiren* (pp. 987-999). Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/3464185>

Version: Publisher's Version

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/3464185>

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

DE GEZICHTSPUNTENCATALOGUS ALS BELEIDSINSTRUMENT IN CASSATIE

Vincent Peeters en Willem van Schendel

1 INLEIDING

Rechtsvorming in het strafrecht, de daar gehanteerde methoden van argumentatie en rechtsvinding en de invloed daarop van dienovereenkomstige ontwikkelingen in het civiele recht vormen een telkens terugkerend thema in het werk van Tineke Cleiren. Het is onderdeel van een grotere discussie over de eenheid van het recht, waaraan interne rechtsvergelijking tussen de verschillende rechtsgebieden kan bijdragen. Rechtsvergelijking draagt een inspiratief karakter, gericht op het verwerven van beter inzicht in elk van de onderzochte objecten, maar heeft tevens een normatief karakter. Uit de overeenstemming van de vergelijkingsobjecten kan voortvloeien dat regels die van toepassing zijn in het ene geval ook in het andere gebied gelding hebben, juist vanwege de eenheid van rechtsverschijnselen.

Deze ‘kruisbestuiving’¹ vormt ook de achtergrond van deze bijdrage. Daarin komt het verschijnsel aan de orde dat de Hoge Raad in strafarresten gebruik maakt van, in het civiele recht al langer gehanteerde en als zodanig benoemde, gezichtspuntencatalogi om meer open geformuleerde normen of vage begrippen nader te omlijnen.² De Hoge Raad overweegt dan dat de beantwoording van de voorliggende rechtsvraag afhankelijk is van de omstandigheden van het geval en belicht vervolgens factoren die kunnen of moeten worden betrokken bij dat antwoord. Het is een techniek in cassatie waarmee een nadere invulling wordt beoogd van het desbetreffende rechtsbegrip om zo enig houvast te bieden voor de rechtstoepassing. Rechter, Openbaar Ministerie en verdediging weten dan welke elementen in ieder geval van belang zijn voor de bepaling van de inhoud van het rechtsfenomeen en kunnen daar hun onderzoek of procespositie op afstemmen. Het is een methode om de rechtsontwikkeling te kunnen begeleiden. Welke factoren van belang zijn, valt voor de Hoge Raad veelal niet direct te overzien: enkele zijn voor de hand liggend of doorslaggevend;

1 C.P.M. Cleiren, ‘Kruisbestuiving’: procesposities in strafrecht en privaatrecht’, in: A.M. Hol & C.J.J.M. Stolker (red.), *Over de grenzen van strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer: Kluwer 1995, p. 79-89.

2 Klassieke civiele arresten zijn HR 5 november 1965, ECLI:NL:HR:1965:AB7079, NJ 1966/136, m.nt. G.J. Scholten (*Kelderluik*); HR 19 mei 1967, ECLI:NL:HR:1967:AC4745, NJ 1967/261, m.nt. G.J. Scholten (*Saladin/HBU*); HR 13 maart 1981, ECLI:NL:HR:1981:AG4158, NJ 1981/635, m.nt. C.J.H. Brunner (*Haviltex*). Deze arresten hebben een stroom aan opvolgende rechtspraak opgeleverd.

die kunnen reeds in abstracto worden aangewezen. Andere elementen blijken pas uit de verscheidenheid aan gevallen die zich voordoen en daaruit kunnen dan weer nieuwe bij de beoordeling te betrekken gezichtspunten worden gedestilleerd. Het biedt de Hoge Raad de gelegenheid de rechtseenheid op het betrokken terrein te bevorderen en het draagt bij aan de rechtsvorming. Deze techniek geeft de Hoge Raad processueel de mogelijkheid in cassatie de begrijpelijkheid van het oordeel van de rechter inzichtelijker te toetsen aan de hand van de deugdelijkheid van zijn motivering: zijn de relevante factoren bij dat oordeel betrokken? Maar deze techniek heeft ook een niet te onderschatten normatieve betekenis. Door de aan- of afwezigheid van bepaalde elementen nadrukkelijk als onderdeel van het rechtsbegrip te benoemen, geeft de Hoge Raad nadrukkelijk vorm aan de inhoud van het materiële recht.

In onze bijdrage belichten we enkele aspecten van de rol van de gezichtspuntencatalogus in de arresten van de strafkamer van de Hoge Raad en van de wijze waarop en het doel waarmee dit instrument in cassatie kan worden ingezet.

2 DE GEZICHTSPUNTENCATALOGUS EN DE DOELEINDEN VAN CASSATIE

De Hoge Raad controleert of de feitenrechter in de voorliggende zaak het recht juist heeft toegepast en daarbij de voorgeschreven normen heeft nageleefd. Daarnaast schrijft men aan de Hoge Raad steeds nadrukkelijker een maatschappelijke rol toe, die kan worden gevat in de drie bestaansredenen van het cassatie-instituut: (1) rechtsvorming of rechts-

ontwikkeling, (2) rechtseenheid en (3) rechtsbescherming.³ Langs deze drie lijnen kunnen ook de doelstellingen of effecten van de gezichtspuntencatalogus worden geduid.⁴

2.1 *Rechtsvorming*

Reeds uit de bewoordingen ‘in het belang van (...) de rechtsontwikkeling’ in artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie (hierna: Wet RO) blijkt dat de wetgever een rechtsvormende taak aan de Hoge Raad heeft toebedeeld.⁵ Deze rechterlijke rechtsvorming kan zowel interpretatieve als non-interpretatieve vormen aannemen. In sommige gevallen interpreteert de Hoge Raad een min of meer vaag omschreven wettelijke bepaling, terwijl hij in andere gevallen gaten opvult die de wetgever heeft opengelaten of tegenstrijdigheden tussen bestaande rechtsnormen oplost.⁶

In dat verband is het de vraag of de Hoge Raad rechtsvormend optreedt door in zijn arresten gezichtspunten te formuleren. In de civielrechtelijke literatuur hebben zich in het debat daarover verschillende stromingen afgetekend, die bruikbare aspecten belichten voor het antwoord op die vraag.⁷ In beginsel schept een gezichtspunt niet de norm of regel,

3 Vgl. M.W.C. Feteris, ‘Voorwoord’, in: R. de Graaff e.a. (red.), *Rechtsvorming door de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2016, p. 18-19; C.P.M. Cleiren & J.M. ten Voorde, ‘What’s in a name? Overzichtsarresten in perspectief’, *Strafblad* 2018(1), p. 14; G.J.M. Corstens, *Het Nederlands strafprocesrecht* (bewerkt door M.J. Borgers & T. Kooijmans), Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 970-971; A.J.A. van Dorst, *Cassatie in strafzaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 155. Deze maatschappelijke functie lijkt te worden onderstreept door de mogelijkheid om in civiele en fiscale zaken prejudiciële vragen aan de Hoge Raad te stellen. Vgl. J.W. van den Berge, ‘Maatschappelijke aspecten van beslissingen als factor van rechtsvinding’, *FED* 2016(19). Voor strafzaken bestaat die mogelijkheid nog niet, maar uit de plannen voor de modernisering van het Wetboek van Strafvordering blijkt dat deze procedure naar verwachting ook in het strafrecht zal worden ingevoerd. Zie het Wetsvoorstel tot vaststelling van het nieuwe Wetboek van Strafvordering, Boek 6, Titel 2.3 Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (te raadplegen via: rijksoverheid.nl, ambtelijke versie 30 juli 2020). Binnen afzienbare tijd zal men in de praktijk alvast ervaring opdoen met deze procedure in het kader van de Innovatiewet Strafvordering (zie voor de meest recente stand van zaken daaromtrent de Zesde voortgangsrapportage modernisering Wetboek van Strafvordering (te raadplegen via: rijksoverheid.nl, 12 november 2020), p. 5-7). Uit onderzoek was de wenselijkheid van deze mogelijkheid ook gebleken. Zie I. Giesen e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad. Een tussentijdse evaluatie in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

4 Zie ook V.J.W. Peeters, *Gezichtspuntencatalogus in de strafrechtspraak. Een analyse en waardering in het licht van de posities van wetgever, feitenrechter en procespartijen*, Weert: Celsus Juridische Uitgeverij 2020, p. 9-16.

5 S.K. Martens, ‘De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter’, *NJB* 2000(14), p. 748.

6 Vgl. A. Barak, *Purposive Interpretation in Law*, Princeton: Princeton University Press 2005. Zie ook Y. Buruma, ‘Strafrechtelijke rechtsvorming’, *Strafblad* 2013(1), p. 8-13.

7 J.H. Nieuwenhuis, *Drie beginselen van contractenrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 1979, p. 92-93; J.M. Barendrecht, *Recht als model van rechtvaardigheid. Beschouwingen over vage en scherpe normen, over binding aan het recht en over rechtsvorming*, Deventer: Kluwer 1992, p. 187-190; J.B.M. Vranken, Mr. C. Asser’s *Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht. Algemeen deel****, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 2005, nr. 95 en 106; J.P. Quist, *Gezichtspunten in het privaatrecht, in het bijzonder het arbeidsrecht* (diss. Rotterdam), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2014, p. 37-39.

maar is het eerder een startpunt voor de argumentatie en motivering. Tegelijkertijd krijgt een gezichtspunt een steeds normatiever karakter, wanneer het concreter is geformuleerd. Zodoende kan het een (concrete) maatstaf of regel opleveren aan de hand waarvan de relevante feiten van het geval geanalyseerd en beoordeeld moeten worden.⁸ Dat kan in aangewezen gevallen houvast bieden, in het bijzonder wanneer de wetgever de norm meer onbepaald heeft omschreven.

In hoeverre een gezichtspunt al dan niet concreet geformuleerd kán worden, is onder meer afhankelijk van de vraag of de wetsgeschiedenis daarvoor nadere aanknopingspunten biedt. De bedoeling van de wetgever valt echter niet altijd eenduidig te achterhalen.⁹ Dan kan ook betekenis toekomen aan eerdere rechtspraak en de mate waarin de Hoge Raad zich kan oriënteren op toekomstige soortgelijke gevallen. Daarbij heeft de strafkamer het voordeel dat zij veel meer concrete typen van gevallen voorbij ziet komen dan de civiele kamer.¹⁰ Dat brengt mee dat het voor de strafkamer eenvoudiger kan zijn om te achterhalen welke omstandigheden kenmerkend zijn of zouden moeten zijn voor de beoordeling van een bepaald rechtsfenomeen. De diversiteit aan feitelijke omstandigheden die zich in de praktijk binnen de desbetreffende categorie gevallen steeds weer voordoet en de Hoge Raad onder ogen komt (ook als de zaak zelf met toepassing van artikel 80a Wet RO wordt afgedaan), maakt het tevens mogelijk eerdere gezichtspunten aan te vullen of te verduidelijken. De gezichtspuntencatalogus is ten slotte een levend instrument.

2.2 *Rechtseenheid*

Voorts duidt de wettekst van artikel 81 Wet RO ('in het belang van de rechtseenheid') op een taak van de Hoge Raad om de eenheid van het recht te bewaken in relatie tot de beantwoording van rechtsvragen.¹¹ Daarbij maakt men, traditioneel gezien, een onderscheid tussen feit en recht en vervolgens tussen feitelijke oordelen en rechtsoordelen van de feitenrechter. De feitenrechter stelt soeverein de feiten vast en bij daarop gebaseerde gevolgtrekkingen en redeneringen beperkt de cassatierechter zich tot een begripelijkheidstoets. Rechtsoordelen vallen daarentegen onder rechtstreeks en vol toezicht van de Hoge Raad.¹²

⁸ Vgl. Peeters 2020, p. 9-11.

⁹ Vgl. J.G. Brouwer e.a., 'Over vermeende wetshistorische rechtsvinding en selectieve interpretatie', *AA* 2020(2), p. 161-167.

¹⁰ Zo stroomden er in de jaren 2016, 2017, 2018 en 2019 respectievelijk 483, 425, 429 en 421 civiele zaken in. De caseload in de strafsector kwam toen neer op respectievelijk 4997, 4785, 4145 en 3755 strafzaken. Zie Bijlage 1 bij het *Jaarverslag Hoge Raad 2018* en Bijlage 1 bij het *Jaarverslag Hoge Raad 2019* (online raadpleegbaar via rechtspraak.nl).

¹¹ M.A. Loth, 'Rechtseenheid in veelvoud', in: W.M.T. Keukens & M.C.A. van den Nieuwenhuizen, *Raad & Daad. Over de rechtsvormende taak van de Hoge Raad*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 2008, p. 95.

¹² Van Dorst 2018, p. 162-163 en 237.

Interessant wordt het vooral bij beslissingen van de feitenrechter die zich op het grensvlak van feit en recht bevinden.¹³ Deze gemengde oordelen hebben zowel betrekking op het in de rechtsregel voorkomende begrip in het algemeen, als op de toepassing daarvan in het licht van de concrete feiten van het geval.¹⁴ In de literatuur wordt hier een verband gelegd met open normen, vooral omdat de toepassing daarvan afhankelijk is van de omstandigheden van het geval.¹⁵ Ten aanzien van deze onbepaalde normen bieden syllogistische redeneringen niet al te veel soelaas. Er is immers geen duidelijke rechtsregel voorhanden die men kan toepassen op een door de rechter vastgesteld feitencomplex.¹⁶ Eerder lijkt er sprake te zijn van een invulling van die norm door alle omstandigheden van het geval te wegen en waarden. Zo bezien, gaan de te beoordelen feiten deel uitmaken van de norm aan de hand waarvan ze beoordeeld moeten worden, zodat de gevonden norm onlosmakelijk vervlochten raakt met de omstandigheden van het geval. In de woorden van Scholten: ‘er is geen andere regel dan die van het feitencomplex in zijn geheel’.¹⁷

Tegen die achtergrond komt aan de gezichtspuntencatalogus een belangrijke rol toe bij het invullen en controleerbaar maken van de toepassing van open normen. Dat kan ook zo ver gaan dat de feitenrechter de gezichtspunten niet alleen kan, maar op straffe van cassatie ook in zijn uitspraak moet betrekken.¹⁸ Dit herkent men aan de soms tamelijk imperatieve bewoordingen waarmee de catalogus wordt ingeleid. Langs deze weg van eenheid van gronden dwingt de Hoge Raad dus een zekere mate van rechtseenheid af, ook als die terreinen van het recht sterk zijn verweven met de feitelijke omstandigheden van het geval.¹⁹ Tegelijkertijd komt daarmee ook nadrukkelijker een competentievraagstuk tussen de Hoge Raad en de feitenrechtspraak in beeld.²⁰

13 Vgl. H.J. Snijders, C.J.M. Klaassen & G.J. Meijer, *Nederlands burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2011, nr. 273.

14 F.H. Koster, ‘Iets over cassatietechniek’, in: G.P.M.F. Mols (red.), *Homo Advocatus* (Spong-bundel), Den Haag: Sdu Uitgevers 1998, p. 75-76; D.J. Veegens, E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Mr. C. Asser’s handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht 7 Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2005, nr. 101.

15 Van Dorst 2018, p. 163.

16 E. Korthals Altes, in: *GS Burgerlijke Rechtsvordering*, art. 79 RO, aant. 6 (online, bijgewerkt 1 september 2005).

17 P. Scholten, *Mr. C. Asser’s Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel**, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1974, p. 9. Zie ook Asser/Vranken 2005, nr. 96; P. Memelink, ‘Zwijgen wegens verstrengeling van recht en feiten’, in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 50 en 53.

18 Nieuwenhuis 1979, p. 92-93.

19 Vgl. Asser *Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen* 2005, nr. 102; Loth 2008, p. 96-98; Quist 2014, p. 91-96.

20 Memelink 2009, p. 57-62.

2.3 *Rechtsbescherming*

Ten derde kent men aan de Hoge Raad een rechtsbeschermende taak toe. In beginsel gaat het daarbij om de rechtsbescherming van de rechtszoekende burger. In het strafrecht krijgt die taak een zekere rechtsstatelijke lading, omdat de verdachte door een onafhankelijke rechter beschermd moet worden tegen grensoverschrijdend overheidshandelen. De cassatierechter controleert daartoe op grond van artikel 79 Wet RO of de feitenrechter tot een juiste toepassing van het recht is gekomen onder naleving van de daarbij voorgeschreven processuele normen.²¹

Bovendien wordt in de literatuur opgemerkt dat de taakopvatting van de Hoge Raad niet alleen van belang is voor de wijze waarop hij zijn uitspraken motiveert, maar vooral ook voor de manier waarop hij zelf de grenzen van zijn bevoegdheden bepaalt.²² Tot op zekere hoogte kiest hij zelf een actieve(re) of terughoudende(r) positie in relatie tot wetgever, feitenrechter en procespartijen.²³ De invoeringen van de verkorte motivering van artikel 81 Wet RO en de selectie aan de poort van artikel 80a Wet RO onderstrepen deze keuzebevoegdheid. Hierdoor kan de Hoge Raad zich richten op zaken die er in zijn ogen 'toe doen', waarbij betekenis kan toekomen aan signalen uit de rechtspraktijk en aan de (beleidsmatige) doelstellingen die hij zichzelf heeft gesteld.²⁴ Daarbij wordt wel de (kritische) vraag gesteld of de cassatierechter deze keuzes consistent en coherent maakt of dat ze meer op toeval berusten.²⁵ Doet de Hoge Raad bijvoorbeeld zaken op een bepaald terrein veelal zonder motivering af, dan wordt het belang dat wordt gehecht aan uitspraken waarin de Hoge

21 D. Schaffmeister, 'De rol van de Hoge Raad en de ontwikkeling van het cassatierecht in strafzaken', in: H.C.F. Schoordijk e.a. (red.), *De Hoge Raad der Nederlanden: de plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 67-68; E.H.M. Hirsch Ballin, 'Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde', in: H.C.F. Schoordijk e.a. (red.), *De Hoge Raad der Nederlanden: de plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel. De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1988, p. 215; A.E.M. Röttgering, *Cassatie in strafzaken. Een rechtsbeschermend perspectief* (diss. Tilburg), Den Haag: Sdu Uitgevers 2013, p. 80-83; Van Dorst 2018, p. 155.

22 Asser Procesrecht/Veegens-Korthals Altes-Groen 2005, nr. 73.

23 Vgl. Memelink 2009, p. 56-57; J.B.M. Vranken, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen Deel****. Een synthese*, Deventer: Wolters Kluwer 2014, nr. 63; G. Boogaard & J. Uzman, 'Tussen Montesquieu en Judge Dredd. Over rechter, politiek en rechtsvorming', AA 2015(1), p. 61-67.

24 A. Hammerstein, *Versterking van de cassatierechtspraak. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad*, Den Haag 2008, p. 3 en 53 e.v.; *Jaarverslag Hoge Raad 2007-2008*, p. 30 (online raadpleegbaar via rechtspraak.nl); Feteris 2016, p. 21-22; T. de Bont & W.A.M. van Schendel, 'Overzichtsarresten van de strafkamer', *Strafblad* 2018(1), p. 6-12. Vergelijk over het vormgeven van rechterlijk beleid door middel van richtinggevend uitspraken in het bestuursrecht: J.E.M. Polak, 'De conclusie voorbij; hoe nu verder?', *NTB* 2018(4), p. 163-169.

25 Vgl. Barendrecht 1992, p. 3-21; J.B.M. Vranken, 'Toeval of beleid? Over rechtsvorming door de hoogste rechters', *NJB* 2000(1), p. 1-5; W.E. Haak, 'Rechtsvorming door de hoogste rechter, toeval of beleid?', *NJB* 2000(13), p. 713-714.

Raad zich over die materie (nog) wél nadrukkelijk uitlaat navenant groter, waarbij zich gevaren van te veel ‘inlezen’ en van misverstanden kunnen aandienen.²⁶

In dat verband valt het op dat de Hoge Raad ook met betrekking tot rechtsbescherming een eigen (rechtspolitieke) koers vaart. In sommige gevallen beperkt hij zich tot de belangen van de rechtszoekende burger(s), bijvoorbeeld door enkele belangrijke factoren in diens zaak uit te lichten. Daarnaast kan hij zich in bredere zin oriënteren op de belangen van anderen die in soortgelijke gevallen op eenzelfde manier bescherming zouden verdienen.²⁷ Dit kan men herkennen in de zaaksoverstijgende overwegingen die de Hoge Raad in enkele (overzichts)arresten heeft opgenomen. De afweging beperkt zich evenwel niet alleen tot de belangen van degenen die rechtsbescherming genieten tegen normhandhaving, maar kan ook uitdrukkelijk oog hebben voor de belangen dóór normhandhaving,²⁸ zoals belichaamd door het slachtoffer en de samenleving in bredere zin. Een belangrijk voorbeeld vormt in dit opzicht het benoemen van de procesopstelling van de verdachte als een gezichtspunt. In zoverre is de gezichtspuntencatalogus dus ook een rechtspolitiek instrument.

3 DE GEZICHTSPUNTENCATALOGUS ALS BELEIDSINSTRUMENT

Dat met behulp van het instrument van de gezichtspuntencatalogus de hiervoor benoemde doeleinden van cassatie kunnen worden verwezenlijkt, laat zich goed illustreren aan de hand van rechtspraak van de strafkamer van de Hoge Raad. Daarbij past de aantekening dat deze doeleinden elkaar natuurlijk niet uitsluiten, maar kunnen samenlopen. Aan de toepassing van dit instrument zit met het oog op het bereiken van die doeleinden bepaald ook een beleidsmatige kant. Met behulp daarvan kan de cassatierechter bijvoorbeeld juist de rechtseenheid of de rechtsbescherming proberen te bevorderen. Hij kan ook handvatten bieden die hij in het bijzonder voor de rechtsvorming van belang vindt. De wijze waarop en de mate van indringendheid waarmee dat gebeurt, zegt iets over hetgeen de cassatierechter kan en wil bereiken.

De cassatierechter is voor de invulling van begrippen of bestanddelen in hoge mate afhankelijk van de casus die bij de feitenrechters aan de orde zijn geweest. De maatstaf van de begrijpelijkheid van het oordeel van de feitenrechter – en de meeste oordelen zijn van

26 Vgl. Th.C.J.A. van Engelen, ‘Analogische rechtsvorming: *Nebula Berzona* en het lot van een licentie van een failliete licentiegever’, *AA* 2015(5), p. 405-412; W.J.M. Davids, ‘Rode draad “Rechtsvorming door de Hoge Raad”’. Woorden achteraf in een aggregerende bijdrage’, *AA* 2015(12), p. 1012-103 en 1019.

27 Vgl. G.J.M. Corstens, ‘Versterking van de cassatierechtspraak’, in: G.J.M. Corstens e.a. (red.), *De positie van de Hoge Raad*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 19.

28 T.M. Schalken, *Strafrecht als systeem van rechtsbetrekkingen. Een ontwikkeling naar evenwicht?* (oratie Amsterdam VU), Arnhem: Gouda Quint 1987; Röttgering 2013, p. 87-88; J. de Hullu, *Materieel Strafrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2018, p. 19.

gemengde aard – brengt mee dat dit oordeel met terughoudendheid wordt gezien. Gecaseerd wordt slechts als de Hoge Raad dat oordeel niet (zonder meer) begrijpelijk acht. Maar ook die toets kan met meer of mindere mate van gestrengheid of indringendheid worden toegepast en heeft daarmee een meer of minder sturende invloed. In veel gevallen benadrukt de Hoge Raad dat het antwoord op een bepaalde vraag afhankelijk is van de omstandigheden van het geval. Het is de feitenrechter die deze omstandigheden zal moeten vaststellen. Maar uit de wijze waarop de Hoge Raad het op deze omstandigheden gebaseerde oordeel toetst, kan een aardig beeld worden verkregen van de meer beleidsmatige achtergrond van zijn beslissing. We noemen hier enkele aspecten daarvan.

3.1 *Concrete feiten en abstracte gezichtspunten*

Op de voorgrond staan de talloze gevallen waarin in het bijzonder de niet-onbegrijpelijkheid van het concrete oordeel van de feitenrechter door de Hoge Raad wordt gemotiveerd met de in de bestreden uitspraak vastgestelde omstandigheden. De Hoge Raad kan dan de gelegenheid te baat nemen deze feiten en omstandigheden van een meer algemene of abstracte aanduiding te voorzien en zo, nog niet heel nadrukkelijk, een aantal gezichtspunten formuleren die bij soortgelijke zaken te pas kunnen komen. Een voorbeeld is het arrest over ‘ontuchtige handelingen’ in de zin van artikel 247 Sr, waarin de Hoge Raad overweegt dat het oordeel van het hof dat daarvan sprake is niet blijkt geeft van een verkeerde rechtsopvatting en niet onbegrijpelijk is, ‘in aanmerking genomen de aard van de handelingen, de zeer jeugdige leeftijd van genoemde minderjarige en het grote leeftijdsverschil met de verdachte.’²⁹ Een ander voorbeeld vormt een arrest over belaging, waarin een overweging luidt: ‘in aanmerking genomen hetgeen de bewijsmiddelen inhouden omtrent de aard, de duur, de frequentie en de intensiteit van de gedragingen van de verdachte, de omstandigheden waaronder deze hebben plaatsgevonden en de invloed daarvan op het persoonlijk leven en de persoonlijke vrijheid (...)’.³⁰ Aan de hand van een concrete casus en de daarbij spelende feiten en omstandigheden is het gemakkelijker deze op een abstracter niveau te formuleren en zo zaaksoverstijgende handvatten te vormen.³¹ Daarbij kan een nieuwe casus ook weer de bron zijn van verduidelijking en nuancering of van aanvullende factoren die (voortaan) in de beoordeling kunnen of moeten worden betrokken.³² Op deze wijze is bijvoorbeeld de rol van de procesopstelling van de verdachte

29 HR 24 juni 1997, ECLI:NL:HR:1997:ZD0775, NJ 1997/676.

30 HR 29 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5710, NJ 2004/426, m.nt. D.H. de Jong.

31 Zie bijvoorbeeld HR 12 februari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BY8434, NJ 2013/161, m.nt. P.H.P.H.M.C. van Kempen (TBS; welke omstandigheden bepalen of sprake is van een ‘geweldsmisdrijf’ in de zin van artikel 38e lid 1 Sr?).

32 Een voorbeeld vormt HR 30 juni 2020, ECLI:NL:HR:2020:1149, waarin de vraag speelt wanneer het beoogde slachtoffer van oplichting de onjuiste voorstelling van zaken had moeten doorzien. Oplichting is niet aan

nadrukkelijker als gezichtspunt in beeld gekomen, toen bleek dat in de praktijk werd geworsteld met de vaststelling van de betekenis van het voorhanden hebben van een gestolen voorwerp voor de bewezenverklaring van (medeplegen van) diefstal in gevallen waarin de verdachte het zwijgen ertoe deed.³³

3.2 *Afstand tot de beslissing van de feitenrechter*

Dan zijn er de gevallen waarin de strafkamer bij het gebruik van gezichtspunten wel enig algemeen houvast wil bieden, maar toch afstand wil houden tot de feitelijke beslissing en deze zoveel mogelijk aan de feitenrechter wil laten. Een voorbeeld is *Reisbureau Rita*, waarin de Hoge Raad in een geval van smaad overweegt dat de vraag of sprake is van een dringende noodzaak tot beperking van de vrijheid van meningsuiting ingevolge artikel 10, tweede lid, EVRM moet worden beoordeeld aan de hand van de omstandigheden van het geval, waarbij het in een geval als het onderhavige vooral aankomt op ‘aan de feitenrechter voorbehouden oordelen omtrent de inhoud, de aard en de strekking van het desbetreffende geschrift. Die oordelen kunnen in cassatie slechts in beperkte mate worden getoetst.’³⁴ De grens van de onbegrijpelijkheid zal dan voor de Hoge Raad niet zo snel zijn overschreden. Dat komt ook naar voren in een arrest over de betekenis van het voorhanden hebben van gestolen voorwerpen voor diefstal of heling. Nadat is overwogen dat voor de beoordeling daarvan de feiten en omstandigheden van het geval van belang zijn, waarbij een rol kan spelen of de betrokkene een aannemelijke verklaring heeft gegeven voor dat voorhanden hebben, overweegt de Hoge Raad:

‘Kwalificatie als heling is tevens uitgesloten indien de in de bestreden uitspraak gebezigde bewijsvoering dwingt tot de gevolgtrekking dat het de verdachte zelf is geweest die als pleger of als medepleger het desbetreffende voorwerp door misdrijf heeft verkregen. Indien zij niet dwingt tot die gevolgtrekking – ook al laat zij die mogelijkheid wel open –, heeft de rechter de mogelijkheid dat het de verdachte zelf is geweest die als pleger of als medepleger het desbetreffende voorwerp door misdrijf heeft verkregen, kennelijk niet aannemelijk geoordeeld. Dat is een feitelijk oordeel dat in cassatie niet snel onbegrijpelijk zal worden geoordeeld. In dat verband kan van belang zijn of door of namens de verdachte in feitelijke aanleg op die – aan een veroordeling ter zake van heling in de weg staande – omstandigheid een voldoende geconcretiseerd beroep is gedaan.’³⁵

de orde, ‘wanneer een middel is gebruikt dat in het algemeen niet is geëigend een ander te bedriegen en het tevens dermate evident is dat sprake is van een onjuiste voorstelling van zaken dat moet worden aangenomen dat de in het algemeen in het maatschappelijk verkeer vereiste omzichtigheid die ander aanleiding had moeten geven die onjuiste voorstelling van zaken te onderkennen of zich daardoor niet te laten bedriegen’.

33 HR 28 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3022, NJ 2018/310, m.nt. H.D. Wolswijk.

34 HR 16 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7750, NJ 2009/379, m.nt. E.J. Dommering.

35 HR 11 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:644, NJ 2017/277, m.nt. T. Kooijmans.

Het is het soort feitelijke beslissing waarvoor de Hoge Raad kennelijk de concrete omstandigheden zo divers en doorslaggevend acht, dat de ruimte voor weging en waardering daarvan bij uitstek aan de feitenrechter is. Deze laatste zaak is ook een aardig voorbeeld van de wijze waarop voor veel voorkomende situaties – hier: de verdachte heeft enige tijd na de diefstal het gestolen goed voorhanden, is hij de dief of de heler? – de praktijk in het kader van de beoordeling van de begrijpelijkheid van de beslissing met behulp van gezichtspunten houvast wordt geboden door te wijzen op de bewijsredenering die kan worden gevolgd.³⁶

3.3 *Greep op de beslissing van de feitenrechter*

Hoe nadrukkelijker de gezichtspunten in de arresten van de Hoge Raad naar voren worden gebracht, in de vorm van vooropstellingen, beslissingskaders, overzichtsarresten of onder welke benaming ook,³⁷ hoe meer greep de cassatierechter zal kunnen – of willen – uitoefenen op de beoordeling van soortgelijke gevallen in de praktijk. Indien de rechter bepaalde factoren niet in zijn beoordeling heeft betrokken, kan zijn oordeel niet voldoende begrijpelijk of niet behoorlijk gemotiveerd zijn. Daarbij wordt de rechter meer of minder nadrukkelijk gewezen op de noodzaak aan de hand van de, meestal niet limitatief opgesomde,³⁸ gezichtspunten zijn motivering op te bouwen. Dat kan geschieden door de in aanmerking te nemen omstandigheden te voorzien van aanduidingen als ‘in het bijzonder’ of ‘men name’ of soortgelijke woorden waarmee deze onder de aandacht worden gebracht.³⁹

36 Soortgelijke motiveringsaanwijzingen geeft de Hoge Raad als hij het bij de beoordeling betrekken van de procesopstelling van de verdachte van belang acht, zoals in: HR 28 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3022, NJ 2018/310, m.nt. H.D. Wolswijk (medeplegen inbraak). Een dergelijke aanwijzing gebeurt vaak ook door als mogelijk argument te noemen of al of niet een aannemelijke verklaring is gegeven voor een bepaald fenomeen, zoals in HR 11 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:644, NJ 2017/277, m.nt. T. Kooijmans (voorhanden hebben gestolen voorwerp). Ook voorschrijven dat moet worden gelet op het bestaan van contra-indicaties is zo een instrument, zoals in HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, NJ 2003/552, m.nt. Y. Buruma (voorwaardelijk opzet); HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BR2342, NJ 2012/518, m.nt. B.F. Keulen (voorbedachte raad); HR 28 november 2017 (medeplegen inbraak), hiervoor genoemd.

37 Zie daarover De Bont & Van Schendel 2018, p. 6-12.

38 Na de frase ‘afhankelijk van alle omstandigheden van het geval’, meestal ingeleid met woorden als ‘onder meer’ of ‘zoals’. Zo maar een voorbeeld: HR 8 juni 1999, ECLI:NL:HR:1999:ZD1614, NJ 1999/590 (ontucht met misbruik van gezag): ‘zoals het overwicht dat tussen de verdachte en de minderjarige bestaat op grond van de aard en graad van bloedverwantschap, de plaats waar de tenlastegelegde gedragingen plaatsvonden en de leeftijd van de verdachte en van de minderjarige alsmede de duur van de betrekking tussen beiden.’ Zo ook uitdrukkelijk in: HR 23 november 2010, ECLI:NL:HR:2010:BN0578, NJ 2011/44, m.nt. N. Keijzer (witwassen): ‘Gelet op de vele varianten waarin het witwassen in de praktijk kan plaatsvinden, die zich bovendien niet op voorhand laten overzien, is de hiervoor gegeven opsomming van mogelijk in de beoordeling te betrekken omstandigheden *niet limitatief*.’

39 Zie bijvoorbeeld HR 16 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BG7750, NJ 2009/379, m.nt. E.J. Dommering (artikel 10, tweede lid, EVRM): ‘Daarbij komt het in een geval als het onderhavige *vooral* aan op aan de feitenrechter voorbehouden oordelen omtrent de inhoud, de aard en de strekking van het desbetreffende geschrift.’ HR

Is door de rechter aan deze omstandigheden geen aandacht besteed, dan zal zijn oordeel te eerder niet voldoende begrijpelijk zijn als er geen klemmende andere factoren tegenover staan. Een nog iets dwingendere vorm is die waarin bepaalde omstandigheden zonder meer van belang of van betekenis worden geacht. Zie bijvoorbeeld een arrest over oplichting, waarin de Hoge Raad overweegt:

‘Tot die omstandigheden behoren de vertrouwenwekkende aard, het aantal en de indringendheid van de (geheel of gedeeltelijk) onware mededelingen in hun onderlinge samenhang, de mate waarin de in het algemeen in het maatschappelijk verkeer vereiste omzichtigheid degene tot wie de mededelingen zijn gericht aanleiding had moeten geven de onwaarheid te onderkennen of zich daardoor niet te laten bedriegen en de persoonlijkheid van het slachtoffer.’⁴⁰

En ten slotte zijn er gevallen waarin bepaalde gezichtspunten als het ware verplicht zijn voorgeschreven om in de beoordeling te betrekken. Zie bijvoorbeeld de volgende overwegingen uit het arrest *Felter*:

‘Bij de beoordeling van een uitlating in verband met de strafbaarheid daarvan wegens groepsbelediging en/of aanzetten tot discriminatie in de zin van voormelde wettelijke bepalingen, dient acht te worden geslagen op de bewoordingen van die uitlating alsmede op de context waarin zij is gedaan. Daarbij dient onder ogen te worden gezien of de gewraakte uitlating een bijdrage kan leveren aan het publiek debat of een uiting is van artistieke expressie. Tevens dient

13 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2842, NJ 2017/218, m.nt. P.A.M. Mevis (witwassen): ‘Bij de beoordeling van de begrijpelijkheid van de beslissing omtrent de “onmiddellijke” afkomst uit “eigen” misdrijf zijn als factoren vooral van belang of (...)’ HR 9 oktober 2001, ECLI:NL:HR:2001:ZD2776, NJ 2002/76, m.nt. J. de Hullu (vrijheid artistieke expressie): ‘Voor de beoordeling van de vraag of die passage beledigend is in de zin van art. 137c of van de art. 266 en 267 Sr (...) dient met name te worden gelet op de aard en de strekking van de roman en de plaats die de desbetreffende passage daarin inneemt.’ HR 26 april 2016, ECLI:NL:HR:2016:733, NJ 2016/375, m.nt. H.D. Wolswijk (feitelijk leidinggeven): ‘Een belangrijk oriëntatiepunt bij de toerekening is of de gedraging heeft plaatsgevonden dan wel is verricht in de sfeer van de rechtspersoon.’

40 HR 15 november 2011, ECLI:NL:HR:2011:BQ8600, NJ 2012/279, m.nt. J.M. Reijntjes (oplichting). Zie verder bijvoorbeeld: HR 25 maart 2003, ECLI:NL:HR:2003:AE9049, NJ 2003/552, m.nt. Y. Buruma (voorwaardelijk opzet): ‘Of in een concreet geval moet worden aangenomen dat sprake is van bewuste schuld dan wel van voorwaardelijk opzet zal afhangen van de feitelijke omstandigheden van het geval. Daarbij zijn de aard van de gedraging en de omstandigheden waaronder deze is verricht, van belang.’ HR 1 juni 2004, ECLI:NL:HR:2004:AO5822, NJ 2005/252, m.nt. G. Knigge, over schuld in de zin van artikel 6 WvW 1994: ‘Daarbij komt het aan op het geheel van gedragingen van de verdachte, de aard en ernst daarvan en de overige omstandigheden van het geval.’ HR 8 april 2008, ECLI:NL:HR:2008:BC4459, NJ 2008/312, m.nt. N. Keijzer (noodweerexces): ‘Bij de beantwoording van de vraag of in een concreet geval van een dergelijk “onmiddellijk gevolg” sprake is geweest, komt betekenis toe aan de mate waarin de grenzen van de noodzakelijke verdediging zijn overschreden alsmede aan de aard en de intensiteit van de hevige gemoedsbeweging.’

onder ogen te worden gezien of de uitlating in dat verband niet onnodig grievend is.⁴¹

3.4 *Instrument van beleid*

Deze wijzen van het gebruik van het instrument van de gezichtspuntencatalogus om richting te geven – van vrijblijvende en voor de hand liggende aandachtspunten tot nauwkeurig benoemde factoren – biedt ook een indicatie in welke mate en op welke terreinen de Hoge Raad in strafzaken de vinger aan de pols wil houden. Dat is zichtbaar op gebieden waarin hij, in het bijzonder uit een oogpunt van rechtsbescherming, strakker wil toezien op het bewijs van strafverzwarende elementen. Dan is het niet zozeer de norm of maatstaf zelf die hij verzwaaert of versterkt, maar zijn het de eisen die aan de concrete toepassing of invulling moeten worden gesteld. Dat heeft steeds vaker ook deze vorm dat aan de vaststelling van het desbetreffende onderdeel ‘bepaaldelijk eisen’ worden gesteld en de rechter wordt opgedragen aan de motivering van de bewezenverklaring daarvan bijzondere aandacht te schenken. Bekende voorbeelden zijn arresten over voorbedachte raad,⁴² roekeloosheid,⁴³ medeplegen⁴⁴ en (schuld)witwassen.⁴⁵ Met deze verzwaarde toets aan de begrijpelijkheid van de motivering met behulp van in aanmerking te nemen factoren beoogt de Hoge Raad in die gevallen zijn taak tot rechtsvorming, tot het bevorderen van de rechtseenheid en tot het bieden van rechtsbescherming nadere invulling te geven. Juist ook voor zulke beleidsmatige, zo men wil rechtspolitieke keuzes, is de gezichtspuntencatalogus in cassatie een behulpzaam instrument.

4 TOT SLOT

Anders dan in veel arresten van de Hoge Raad valt de vraag wel in zijn algemeenheid te beantwoorden en laten alle omstandigheden van het concrete geval zich op voorhand overzien: het werk van Tineke Cleiren, doordat het zo vaak over de grenzen van het straf-

41 HR 16 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3583, NJ 2015/108, m.nt. N. Rozemond (artikel 137c en 137d Sr). Zie bijvoorbeeld ook HR 4 april 2006, ECLI:NL:HR:2006:AU4664, NJ 2007/144, m.nt. T.M. Schalken (misbruik van voorwetenschap), waarbij de rechter moet nagaan of voor de transactie een valide reden bestaat. ‘Daarbij zal de rechter in zijn overwegingen *moeten* betrekken het tijdstip, de aard en de omvang van die transactie. Hij zal daarbij mogen betrekken of en in hoeverre de desbetreffende transactie afwijkt van een voordien gevolgde gedragslijn.’

42 HR 28 februari 2012, ECLI:NL:HR:2012:BR2342, NJ 2012/518, m.nt. B.F. Keulen.

43 HR 15 oktober 2013, ECLI:NL:HR:2013:960, NJ 2014/25, m.nt. N. Keijzer.

44 HR 2 december 2014, ECLI:NL:HR:2014:3474, NJ 2015/390, m.nt. P.A.M. Mevis; HR 28 november 2017, ECLI:NL:HR:2017:3022, NJ 2018/310, m.nt. H.D. Wolswijk.

45 HR 11 april 2017, ECLI:NL:HR:2017:644, NJ 2017/277, m.nt. T. Kooijmans.

recht heen de blik op het civiele recht heeft gericht, vormt voor de strafrechtswetenschap en voor ons een blijvende inspiratie.