

Rechter: tussen persoon en instituut

Peter Ingelse¹

DE RECHTER MOET ONAFHANKELIJK, ONPARTIIDIG EN OBJECTIEF ZIJN. DE PERSOON VAN DE RECHTER DOET ER NIETS TOE. DIT BEELD WORDT BEVORDERD DOOR DE AARD VAN HET OBJECTIEVE RECHT, DOOR DE BLINDDOEK VAN VROUWE JUSTITIA EN DOOR HET POSTULAAT VAN DE RECHTSEENHEID. ER WORDT OOK HARD AAN DAT BEELD GEWERKT. MAAR HET BEELD VAN DE 'ONPERSOONLIJK' OPERERENDE RECHTER KLOPT NIET. DE PERSOON VAN DE RECHTER SPEELT *IN* HET PROCES EEN GROTE ROL, TERWIJL DIE ROL DAARNA GEHEEL IS UITGESPEELD.

Inleiding

De persoon van de rechter heeft de aandacht. Klinkt de persoon van de rechter door in zijn uitspraak? Welke rol speelt zijn persoon *na* de uitspraak?

'De verandering van "anonieme ambtsdrager naar zichtbare persoonlijkheid" (is) een onvermijdelijke transformatie', aldus de boodschap op het Raio-congres eind 2008.² Rechtspreken is 'scheppende arbeid' waarbij de rechter soms 'empathie en warmte' moet laten doorklinken, aldus de president van de Hoge Raad op datzelfde congres. Maar, waarschuwt Corstens, het gaat daarbij niet 'om de persoon van de rechter'. Anderzijds moet de rechter zich ook niet 'onzichtbaar' maken. Onder omstandigheden moet hij of een collega zijn beslissing uitleggen. En soms zal de rechtspraak zich in het maatschappelijk debat moeten mengen. Dan mogen 'vertegenwoordigers van de instituties, onder wie (-) ook de president van de Hoge Raad (-), naar buiten treden'. Dáár komt 'de persoon van de rechter' naar voren. Maar, 'de rechter die te veel van zichzelf laat zien, stelt zijn onafhankelijkheid in de waagschaal en zaagt aan de poten van zijn stoel'.³ Trouwens, gezaagd wordt er toch, ook wanneer de rechter – traditioneel – weinig of niets van zich laat zien, zoals zij die Lucia de Berk veroordeelden⁴ merkten, toen Wagenaar – 'Wraak!' – de burger opriep hen systematisch te wraken.⁵

Het zijn geen eenvoudige boodschappen. Corstens heeft uiteenlopende situaties op het oog. Te onderscheiden vallen:

- de rechter die recht spreekt in de concrete zaak: de rechter *in* zaken; en
- de rechter die spreekt over (afgedane) rechtszaken: de rechter *over* zaken.

Het lijkt erop dat Corstens vindt dat de persoon van de rechter – en dan met name de 'vertegenwoordigers van de instituties' – meer een rol mag/mogen spelen naarmate we verderaf komen van de rechter *in* de concrete zaak. In het navolgende zal ik – aan de hand van voormeld onderscheid: de rechter *in* respectievelijk *over* zaken – bezien waar en wanneer de persoon van de rechter een rol speelt en mag spelen en waar zijn persoonlijkheid zichtbaar mag of moet zijn.

De rechter die recht spreekt in de concrete zaak: de rechter *in* zaken

Een onjuist beeld

De gemiddelde burger verwacht dat het niet uitmaakt of hij als verdachte terechtstaat of een vordering instelt in Middelburg, Amsterdam of Groningen. De rechter moet naar het recht oordelen en dat is overal hetzelfde. Bovendien moet de rechter onafhankelijk, onpartijdig en objectief zijn. De persoon van de rechter doet er niets toe. Dit beeld wordt bevorderd door de aard van het objectieve recht, door de blinddoek van vrouwe Justitia en door het postulaat van de rechtseenheid. Er wordt ook hard aan dat beeld gewerkt. In het bijzonder de rechtseenheid staat al geruime tijd hoog op de (rechts)politieke agenda.

De persoonlijke inbreng in de individuele zaak

Maar het beeld van de 'onpersoonlijk' opererende rechter klopt niet:⁶ het maakt vaak wel degelijk uit welke persoon of personen men als rechter(s) treft. Wat zichtbaar is voor de burger zijn de – niet steeds goed te verklaren – verschillen tussen rechters in straffen, in alimentatie, in ontslagvergoedingen en dergelijke. Wat echter niemand ziet, is

het feit dat de talloze (tussen)beslissingen die in iedere individuele zaak worden genomen telkens in meer of mindere mate bepaald worden door de persoonlijke *touch* van de individuele rechter. Hoe een en dezelfde zaak door de rechtbank te Maastricht of Haarlem of door onderscheiden kamers in Den Haag zou worden behandeld en afgedaan en de verschillen daartussen komen niet aan het licht: het is déze rechter die de zaak behandelt en beslist. Vaak zou een ander het anders hebben gedaan. Het gaat dus om *verborgen* verschillen.

Ik haast mij u gerust te stellen: in veel zaken zullen de meeste rechters tot dezelfde beslissing komen, afwijzen of toewijzen. Maar daartussen zit een – substantiële – bandbreedte: zaken waarin je van mening kunt verschillen en waarin de verschillende uitkomsten, hoe tegengesteld ook, ieder voor zich juist zijn te noemen en zowel juridisch als feitelijk goed verdedigbaar zijn.

Neem het bewijs. Voordat de rechter uit getuigenverklaringen zijn eindconclusies trekt, heeft hij tal van waarnemingen gedaan, keuzes gemaakt en (sub)conclusies getrokken. Die dragen zijn persoonlijk stempel: de al dan niet bewuste selectie van de vragen, het toelaten of weigeren van vragen, het verwerken ervan in hoofd en hart, het al of niet 'geloven' van de getuige, de waardering van het geheel.

Ook bij comparaties en pleidooien zijn luisteren, waarnemen, begrijpen, geloven en waarderen, het concentreren op het hoofd of ook toelaten van het hart enzovoort in hoge mate persoonlijk bepaald. Hoe vaak overkomt het mij en iedere andere rechter dat wij in de meervoudige kamer het antwoord van een partij of advocaat op een vraag van ons verschillend verstaan of opvatten, hoe vaak blijkt ons dat pas in raadkamer en hoe vaak zien wij dat over het hoofd? Hoe vaak vind ik iemand niet onbetrouwbaar, terwijl mijn collega zich laat overtuigen en omgekeerd? En de een is gevoeliger voor het voorkomende of juist platte gedrag van een partij en de al dan niet bestaande samenhang daarvan met diens geloofwaardigheid. De ene kamer heeft een actieve voorzitter die verrassende informatie boven water haalt, terwijl de ander een meer lijdelijke houding aanneemt.

En op de aldus persoonlijk vastgestelde feiten stapelt zich de toepassing van het recht. Ook hier kunnen – in het bijzonder bij open normen – lankmoedigheid en strengheid voor de nodige variatie zorgen. De ene kamer opereert voorzichtig, terwijl de andere de grenzen van het recht aftast.⁷ Van de rechter wordt gevraagd rekening te houden met de in Nederland levende rechtsovertui-

Op de persoonlijk vastgestelde feiten stapelt zich de toepassing van het recht

gingen.⁸ Denkt u dat de rechters in Nederland dezelfde opvattingen hebben over welke rechtsovertuigingen vanaf welk tijdstip voldoende zijn doorgedrongen? En: hoe vaak overkomt het de meervoudig zittende rechter niet dat hij de zittingszaal binnen stapt en stilletjes denkt: 'met deze combinatie zal ik een harde dobber eraan hebben om met mijn – uiteraard voorlopige – standpunt voet aan de grond te krijgen'? Of juist: 'met deze combinatie moet het wel lukken'? Ten slotte, de bekende 'sprong' van Scholten⁹ is per definitie persoonlijk.

Bij de unusrechter geldt dit allemaal nog sterker: diens persoonlijke inbreng wordt niet gemitigeerd door collegae. Al die keren dat een van ons in de meervoudige raadkamer zich in de opvatting van de anderen moest schikken, zouden wij als unus evenzeer – maar dan zonder het te weten – tot verschillend resultaat zijn gekomen.

Overdrijf ik? Een beetje. Maar niet meer dan dat. Inderdaad, voor de vaststelling van de toepasselijke normen is – in de woorden van Vranken – 'geen hoogstaand, creatief juridisch vernuft maar gewoon goed vakmanschap, dit wil zeggen gevoel voor maatschappelijke verhoudingen en kennis van de wet, rechtspraak en literatuur' vereist.¹⁰ Dit impliceert dat in de meeste gevallen geen verschil in uitspraak wegens verschillen in opvatting over de relevante rechtsregels is te duchten. Maar, zoals bekend gaat het bij verreweg de meeste zaken om de feiten en juist daarbij, bij de toepassing van dat vakmanschap op (de vaststelling van) de feiten, treden de – verborgen – verschillen op.

Erkenning verborgen verschillen

Maar, zoals gezegd, deze verborgen verschillen zien we niet. Elke zaak wordt slechts eenmaal berecht¹¹ en wat een andere samenstelling of een andere unus zou hebben gedaan, zullen we nooit weten. Is de rechtspraak dus een tombola, zoals men wel eens beweert? Aan dat woord zal ik mij hier nog niet wagen – straks wel, in positieve zin –, maar dat de uitkomst van een geding onzeker is en in

Auteur

1. Mr. P. Ingelse is vicepresident van het Hof Amsterdam en voorzitter van de Ondernemingskamer. Dit is een enigszins bewerkte en geactualiseerde versie van zijn bijdrage onder dezelfde titel in *Willems' wegen, Opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H.M. Willems (Serie vanwege het Van der Heijden Instituut deel 102)* 2010, onder redactie van mr. K.M. van Hassel en prof. mr. M.P. Nieuwe Weme, p. 185-202.

Noten

2. M. Wesseling, 'Wie de glazen toga past... trekke hem aan!', in: *De glazen toga*, Raio-congresboek 2008, p. 6, te vinden op www.ssr.nl/_media/docimages/GlazenToga.pdf.
3. G.J.M. Corstens, *De toga deels ontmanteld*, toespraak Raio-congres 2008, www.rechtspraak.nl/Gerechten/HogeRaad.
4. Rb. en Hof Den Haag, respectievelijk 24 maart 2003, *LJN AF617* en 18 maart

2004, *LJN AP2846*.

5. *NRC Handelsblad* 22 april 2010.
6. Ook Polak attendeert daarop – in verband met het bestuursrecht – in 'Enkele aspecten van rechterlijke toetsing van overheids-handelen, over activistische en defensieve rechters', *NJB* 2008, 857, afl. 18, p. 1084-1092. Zie voorts T.P. Spijkerboer, 'Voor een fundamentele rechtswetenschap', *NJB* 2010, 491, afl. 10, p. 604-614. Beiden vragen aandacht voor de factoren die de persoonlijke ver-

schillen beïnvloeden.

7. Respectievelijk de defensieve en de activistische rechter van Polak (a.w.).
8. Art. 3:12 BW.
9. Asser/Scholten 1974 (derde druk), p. 76.
10. Asser/Vranken 1995, Algemeen Deel deel 2, p. 57.
11. Mogelijk in meer dan één instantie.

niet onbelangrijke mate afhangt van de persoon van de rechter(s), staat voor mij wel vast.

Dit betekent natuurlijk niet dat partijen aan de willekeur van die persoon zijn overgeleverd. De rechters zijn verplicht 'om zich in de uitoefening van hun ambt uitsluitend te laten leiden door hun juridisch geweten, zulks met het gevolg, dat zij in hun optreden ook niet de schijn dienen te wekken van het tegendeel'.¹² De rechter heeft geen persoonlijk *belang*, hij speelt niet met zijn hobby's noch volgt hij zijn persoonlijke smaak of (politieke) voorkeuren. Hij moet abstraheren van zijn persoonlijke opvattingen. Kortom: de rechter heeft agenda noch boodschap, wel kompas en koers. Het behandelen en beslissen van de zaak moet hij niettemin doen met zijn persoon: deze is daarvoor zijn belangrijkste *tool*.

Ik wil geenszins beweren dat dit alles nieuw is.¹³ Wat is dan de zin van deze exercitie? Het is mijn stellige indruk dat de omvang van de invloed van het persoonlijke vaak onderschat en het onvermijdelijke van de daaruit voortvloeiende onzekerheid en verborgen verschillen vaak miskend wordt. Onderkenning van de sterke invloed van het persoonlijke en van de inherente onzekerheid is in meer dan één opzicht van belang: voor de aanvaarding van het fenomeen, voor de inrichting van het werk en de rekrutering van rechters, voor de toedeling van zaken en voor de relativering van de rechtseenheid. Ik licht dit toe.

Aanvaarding verborgen verschillen en rechtsonzekerheid

Rechtsonzekerheid is natuurlijk niet prettig, maar – zo bleek – onvermijdelijk. Zouden partijen of advocaten de uitkomst van hun zaak kunnen voorspellen, dan zouden zij niet bij de rechter komen. Die waarheid onderkennen, is voorwaarde voor aanvaarding. En aanvaarding is op haar beurt voorwaarde voor (handhaving van) het gezag van de rechtspraak. Je kunt de 'tombola' maar beter van een verklaring voorzien en uiteenzetten dat het systeem ondanks de onzekerheid zo gek nog niet is. Daarbij is er nog wel iets meer te melden dan alleen het onvermijdelijke karakter.

De invloed van de persoon van de rechter is inherent aan de essentie van rechtspraak: toepassing van het objectieve recht in het concrete geval. Zou de uitkomst van een geschil (en dus ook de vaststelling van de relevante feiten) logisch uit het recht gededuceerd kunnen worden, dan zou de wetgever die uitkomst in de wet kunnen vastleggen of die deductie kunnen opdragen aan een 'juridische automaat'. Daar heb je geen rechter voor nodig. Maar de rechter wordt wél ingeschakeld in al die gevallen waar die deductie niet mogelijk of toereikend is.¹⁴

Uit onderzoek blijkt dat partijen ook helemaal niet geïnteresseerd zijn in een 'bekwame "juridische automaat"'. Zij verwachten vooral procedurele rechtvaardigheid.¹⁵ Een vonnis is het resultaat van een ketting van keuzes en beslissingen op basis van luisteren en waarne-

men, begrijpen, waarderen en – uiteindelijk – het maken van de 'sprong' à la Scholten. De burger wil aandacht voor ieder schakeltje van die ketting. Hij wil iemand die goed kan luisteren, die hém begrijpt, die goed kan 'wel of niet geloven' én die goed kan 'springen': hij wil een rechter van vlees en bloed. Alleen dan komt 'zijn' zaak tot zijn recht. De burger aanvaardt de rechterlijke beslissing juist, omdat deze het resultaat is van het persoonlijke, van het authentieke van de rechterlijke activiteit. Daarbij dient de persoon niet als belanghebbende, maar – ik merkte dat al op – als instrument. Uiteindelijk is de persoonlijkheid van de rechter bepalend voor het gezag van de rechtspraak.

Inrichting van het werk en rekrutering

Goed luisteren en waarnemen is een kunst en dat geldt ook voor de andere genoemde rechterlijke activiteiten. Die kunst moet geleerd, geoefend en onderhouden worden.

De rechter dient zich ervan bewust te zijn dat het gaat om *zijn* luisteren, waarnemen, enz. Met andere woorden: hij dient niet alleen onafhankelijk te zijn in de gebruikelijke zin van het woord, maar ook en vooral dient hij die activiteiten *autonoom* te verrichten. Dat vereist professionele ruimte. Die ruimte is van de rechter zelf, niet van bestuurders. Naarmate het bestuur die ruimte inperkt, naarmate centralisatie en bureaucratisering meer ingrijpen in de berechting van de individuele zaak, wordt de beoordeling minder persoonlijk en daarmee minder onafhankelijk en komt het gezag van de rechtspraak in gevaar.

Voorts dient de rechter zijn keuzes zo veel mogelijk te verantwoorden in zijn uitspraken. Alleen dan wordt zichtbaar – voor hemzelf, voor partijen en voor andere belangstellenden – dat hij niet zijn persoonlijke boodschap uitdraagt maar – varend op *zijn* kompas en overeenkomstig *zijn* juridische geweten het recht toepast in *deze* zaak.

Ten slotte leidt onderkenning van de rol van de persoon van de rechter tevens tot het besef dat de selectie van rechters zich moet richten op en dat we moeten investeren in autonome, zelfbewuste, kritisch oordelende rechters die geïnteresseerd zijn in hun vak, juridisch en contactueel, die kunnen ondervragen en luisteren en die dūrven te springen. Dat kan uitsluitend door ook op dat terrein de invloed van de professionals, die sinds de invoering van de nieuwe rechterlijke organisatie in 2002 aanzienlijk heeft ingeboet, te herstellen.

Toedeling van zaken

Hierover kan ik kort zijn. Wij kennen in Nederland, anders dan bijvoorbeeld in de Bondsrepubliek Duitsland¹⁶ en Oostenrijk,¹⁷ geen heldere laat staan vaste en objectieve regels voor de verdeling van de zaken over de rechters. Een vaste, objectieve verdeling wordt belangrijker naarmate de invloed van de persoon van de individuele rechter groter is. Vroeg of laat roept de vrijblijvendheid van de Nederlandse praktijk op dit punt onvrede op. Dat ware te voorkomen.

Het zal u opgevallen zijn dat deze bijdrage vooral is geschreven vanuit het perspectief van het civiele recht. Dat neemt niet weg dat veel ook geldt voor het strafrecht en het bestuursrecht. Als het gaat om vaste en objectieve regels voor toedeling van zaken, moet ik in het bijzonder

Uiteindelijk is de persoonlijkheid van de rechter bepalend voor het gezag van de rechtspraak

wijzen op het strafrecht. Daar is het de facto het Openbaar Ministerie die de zaken over de kamers verdeelt. De rechter bemoeit zich er alleen roostertechnisch mee. Althans dat geldt voor het Amsterdamse hof. Het is dus een partij die zijn rechter uitkiest. Een verdeling per tombola valt te verkiezen boven een dergelijke gestuurde verdeling. Het is een wonder dat daarover niet de staf wordt gebroken.

Relativering van de rechtseenheid

Rechtseenheid is nastrevenswaard. Rechtsgelijkheid en voorspelbaarheid zijn belangrijke beginselen. In de praktijk wordt rechtseenheid voortdurend nagestreefd, bijvoorbeeld door bestudering van jurisprudentie. Dat betekent immers niet alleen leren hoe het moet, maar ook lezen hoe een ander het doet. Daarnaast kun je een boek raadplegen, maar ook een collega. Terecht worden – verdere – rechtseenheidsmaatregelen genomen ter voorkoming van te zeer uiteenlopende uitspraken in vergelijkbare zaken. Echter, de gedachte die daaraan ten grondslag ligt, verdient relativering.

Vaak is *rechtsverscheidenheid* het resultaat van keuzes die naar het juridisch geweten van rechter A nu eenmaal anders uitkomen dan naar dat van rechter B. Die verscheidenheid moet op de weg naar eenheid, die leidt via zorgvuldige rechtsontwikkeling, in beginsel worden aanvaard: *rechtsverscheidenheid* ter uitkristallisering van de problematiek en als inspiratie voor andere rechters, in het bijzonder de hogere rechter.

Er is – gelukkig – geen gremium dat de rechters A en B tot eenheid kan disciplineren. Sterker, de rechter die afwijkt van zijn juridisch geweten, verzaakt zijn plicht. Misschien vindt A, die kennisneemt van de uitspraak van B, het van het zijne afwijkende oordeel ook verdedigbaar en neemt hij het ter wille van de rechtseenheid over. Maar indien hij het niet verdedigbaar vindt, dan dient hij anders te beslissen.

De hieruit voortvloeiende *rechtsverscheidenheid* is makkelijker te aanvaarden indien men de hiervoor beschreven invloed van de persoon van de rechter op zijn uitspraak onderkent. Niet alleen speelt de persoon van de rechter, zijn juridisch geweten, – ook – een rol bij rechtseenheidvragen, maar bovendien heeft alle in rechtseenheid gestoken energie geen of slechts een beperkt effect op de besproken verborgen verschillen.

Te veel hameren op rechtseenheid is niet zonder risico's. Het houdt de illusie van voorspelbaarheid in stand. Komt iemand die in het ongelijk is gesteld tot het besef

De rechter die afwijkt van zijn juridisch geweten, verzaakt zijn plicht

dat een andere rechter wellicht tot een andere conclusie had kunnen komen, dan leidt dat – zonder begrip van de werking van de rechtspraak – gemakkelijk tot de gedachte dat het inderdaad niet meer dan een tombola is en dat het met rechtspraak niet veel te maken heeft. Waar bijvoorbeeld Hofhuis zegt dat uniforme rechtstoepassing noodzakelijk is en een eis is van goede rechtspraak,¹⁸ draagt hij een rechtseenheidsideaal uit dat de werkelijkheid verbloemt. Die werkelijkheid is niettemin onverbiddelelijk: de 'ongelijkheid' zal altijd blijven. Het zou het begrip voor en het gezag van de rechtspraak bevorderen indien bestuurders, in het bijzonder de Raad voor de rechtspraak, de durf hebben het streven naar rechtseenheid tot gepaste proporties terug te brengen en de waarheid aan de man te brengen dat rechtspraak mensenwerk is en moet zijn en dat de gelijkheid hem niet steeds zit in de uitkomst, maar in de onafhankelijke, onpartijdige, zorgvuldige en eerlijke behandeling. De rechterlijke macht ontleent haar gezag niet aan het optreden als eenheid, als bastion, maar juist aan de individuele rechter.

Ook brengt het te veel hameren op rechtseenheid het risico van centralisme met zich. Waar de wetgever ervoor gekozen heeft de rechter op enig onderwerp vrij te laten, gaat het niet aan dat Raad voor de rechtspraak, gerechtsbestuur of (landelijk) sectoroverleg die rechter tracht te sturen. Niet voor niets heeft de wetgever bepaald dat het gerechtsbestuur de uniforme rechtstoepassing slechts *bevordert*¹⁹ en dat de Raad voor de rechtspraak slechts ondersteuning biedt aan die bevorderingsactiviteiten.²⁰ Gelet op de aard van de materie en op de wetsgeschiedenis kan er geen twijfel over bestaan dat deze bepalingen in restrictieve zin moeten worden uitgelegd: het bestuur bevordert en de Raad voor de rechtspraak geeft ondersteuning en niet meer dan dat. Ik zou menen dat *leidinggeven* aan de uniforme rechtstoepassing hier al snel de grens overschrijdt. Opdringen of voorschrijven kan hoe dan ook niet.

Een goed geoliede en overall gelijklopende rechtspraak lijkt aantrekkelijk, maar is dat uiteindelijk toch niet. 'Soepeltjes'

Noten

12. F.J.F.M. Duynstee, 'Rechterlijke onafhankelijkheid', in: *Rechtspleging*, bundel ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Nijmegen, Deventer: Kluwer 1974, p. 35 e.v. Zo ook een tweede bekende passage van Scholten waar hij beschrijft hoe het beeld van de weegschaal – hoewel nuttig – ook tekortschiet: 'het laat niet zien, dat, wie recht zoekt, zegen wij hier de rechter, zelf in het

werk betrokken is, dat het afwegen niet onpersoonlijk is. De rechter doet anders dan waarnemen te wiens gunste de schaal overslaat, hij *beslist*. Die beslissing is een handeling, zij wortelt ten slotte in het geweten, van hem, die haar verricht.' A.w., p. 130.

13. Zo bespreken ook Polak en Spijkerboer in hun hiervoor aangehaalde artikelen uitgebreid de invloed van de persoon van de rechter op met name de beantwoording van rechtsvragen. Zie ook C.H. Sieburgh in 'l'Art de la distinction', *NJB* 2008, 3, afl.

1, p. 3-13. De invloed van de persoon op waarderingen en vaststellingen van feitelijke aard is echter minstens zo belangrijk.

14. In vergelijkbare zin ook Polak, a.w., par. 12.

15. A.F.M. Brenninkmeijer, 'Een eerlijk proces', *NJB* 2009, 1603, afl. 32, p. 2050-2056.

16. P.M. Langbroek & M. Fabri, *Toedeling van zaken binnen het gerecht: regels en praktijk in vijf Europese landen en in Nederland* (serie Rechtstreeks van de Raad voor de rechtspraak) 2006, nr. 2.

Deze studie sluit aan op de in de volgende noot genoemde studie.

17. P.M. Langbroek & M. Fabri, *Toedeling van zaken aan en binnen gerechten*, eindrapport van een vergelijkende studie door het WODC en de Faculteit Staats- en Bestuursrecht van de Universiteit van Utrecht 2004, p. 17 en par. 6.3.

18. H.F.M. Hofhuis, redactioneel in *Trema* 2009, p. 328.

19. Art. 23 lid 3 Wet RO.

20. Art. 94 Wet RO in samenhang met art. 23 lid 3 Wet RO.



draaiende gelijkheid krijgt men slechts, indien daaraan flink sturing wordt gegeven en de individuele professionaliteit wordt afgeknepen. Maar hoe meer centralisme en disciplinering, hoe meer de burger de indruk zal hebben dat een van richtlijnen en protocollen voorzien *instituut* met – adequaat, dat wel – uitvoerende rechters zijn zaak beoordeelt in plaats van een rechter met intensieve inbreng van diens *persoonlijk* hoofd en hart.

Conclusie

In de inleiding wierp ik de volgende vraag op: waar en wanneer speelt de persoon van de rechter een rol/mág de persoon van de rechter een rol spelen, waar mag of moet zijn persoonlijkheid zichtbaar zijn? Die vraag beantwoord ik, voor zover het de rechter *in* zaken betreft, aldus. De rol van de persoon van de rechter is onvermijdelijk want inherent aan zijn taak. Het gaat dus niet om ‘mogen’ maar om moeten in de zin van ‘müssen’. Die rol is cruciaal en bovendien gewenst. Alleen door inschakeling van de persoon kan het objectieve recht zijn weg vinden naar het concrete geval. De (persoonlijke) keuzes van de rechter moeten zichtbaar zijn door zijn motivering. Onderkenning van deze waarheid en wenselijkheid is van belang voor de aanvaarding – en daarmee het gezag – van de rechtspraak, voor de inrichting van het werk en de rekrutering van rechters, voor de toedeling van zaken en voor de aan rechtseenheid te besteden aandacht.

De rechter en (afgedane) rechtszaken: de rechter *over* zaken

Rechtszaken staan in de belangstelling. Journalisten zijn geïnteresseerd in uitleg en commentaar op het proces en de uitspraak in concrete zaken. Zij kloppen daarvoor aan

bij de rechter zelf, bij diens collegae en bij de bestuurders van de gerechten en van de Raad voor de rechtspraak. Per slot van rekening zijn die bestuurders – in de ogen van de buitenwacht – de ‘baas’ van het gerecht respectievelijk de rechtspraak. Voor de president geldt bovendien dat deze het gerecht vertegenwoordigt.²¹ In hoeverre mogen rechters, mogen bestuurders gehoor geven aan deze wens?

De rechter over ‘zijn’ zaak

De uitersten zijn hier – zoals vaker – simpel: de rechter zelf en de bestuurders behoren zich *over* het proces en de uitspraak in concrete zaken niet uit te laten. *Helemaal* niet. De rechter zelf spreekt alleen *in* de zaak: ter terechtzitting en – de aloude maar springlevende regel – *door* zijn uitspraak. Een persbericht met een extract van de uitspraak, bij voorkeur in de bewoordingen van de uitspraak zelf, en wellicht een verhelderend woord tijdens de uitspraak in het openbaar, dat kan allemaal. Meer bepaald niet.²²

Ik hoor u al zeggen: ‘dat is toch niet meer van deze tijd, de rechter moet zijn uitspraak toch kunnen verduidelijken?’ Zeker, ik ben sterk voor een duidelijke rechter, eentje die begrijpelijk en overtuigend spreekt. Daar heeft hij ook een mooi medium voor: zijn uitspraak. Heeft hij daarvan geen gebruik gemaakt, dan is hij te laat. Hij geeft de uitspraak prijs aan partijen, aan het publiek, aan de wetenschap en aan de rechtsmiddelen. Na zijn uitspraak treedt (de persoon van) de rechter terug. Iedere nadere uitleg en commentaar afkomstig van die rechter, de bron van de uitspraak, vult iets aan of voegt iets toe, neemt iets terug of wijzigt iets, kortom sjoemelt met en ondermijnt of vervaagt de uitspraak. Bovendien: juist omdat de persoon van de rechter *in* zaken essentieel is, bestaat bij napraten het risico dat de rechter die persoon gaat verdedigen en dat hij uit het oog verliest dat die slechts instrument was en dat hij zelf geen belanghebbende is.

De bestuurders

En het andere uiterste, de bestuurders van de rechtspraak? Ook zij dienen zich van uitleg over en commentaar op beslissingen in individuele zaken te onthouden. Hetgeen ik hiervoor in verband met de rechtseenheid schreef over de taak van de Raad voor de rechtspraak en de gerechtsbesturen, geldt hier in versterkte mate. De wetgever houdt – ook hier terecht – de bestuurders kort: Raad en bestuur treden bij hun taakuitoefening niet in de procesrechtelijke behandeling van, de inhoudelijke beoordeling van alsmede de beslissing in een concrete zaak, aldus art. 23 lid 2 en 96 Wet RO.

Ik zou menen dat het vanzelf spreekt dat dit niet alleen tijdens het proces en dus vóór de uitspraak geldt, maar ook daarna. Maar ik heb mij daarop verkeken. De afgelopen jaren hebben de voorzitter van de Raad en presidenten van rechterlijke colleges zich op gezette tijden wel degelijk over individuele zaken uitgelaten. Neem de zaak van de *Schiedammer parkmoord*. Het is het bestuur van de Rotterdamse rechtbank geweest, dat destijds heeft besloten tot ‘zelfreflectie’ over die zaak en die aan de behandelend rechters heeft gevraagd aan die zelfreflectie deel te nemen. En het was de toenmalig president die uit die reflectie twee lessen leerde. Zo concludeerde hij dat ‘bekentenissen en in het bijzonder bekentenissen die naderhand zijn ingetrokken met grote behoedzaamheid dienen te worden gebruikt bij het bewijs’.²³ Volgens de president speelt bij de beoordeling ‘niet alleen een rol of er naast die – ingetrokken – bekende-

Alleen door inschakeling van de persoon kan het objectieve recht zijn weg vinden naar het concrete geval

nis voldoende steunbewijs is, maar ook (-) of er voldoende aanleiding is aan de waarheid van die bekentenis te twijfelen en of er sterke redenen zijn die bekentenis voor het bewijs uit te sluiten.

De korte schorsing door het Hof Arnhem van de voorlopige hechtenis van de van mensensmokkel verdachte Saban B., die de verdachte gebruikte om ervandoor te gaan, heeft landelijke onrust gewekt. De president van het hof, D.J. van Dijk, heeft de beslissing met de betrokken raadsheren geanalyseerd, zo blijkt uit een interview in *NRC Handelsblad*.²⁴ Ik licht enkele opmerkingen van Van Dijk uit het interview:

- de taxatie van het vluchtgevaar was achteraf duidelijk fout,
- de rechters werden met het schorsingsverzoek overvallen,
- als er een concreter vluchtverhaal was geweest, dat beter was uitgezocht, dan had het verzoek afgewezen kunnen worden,
- dat verhaal was er niet;
- een vaste lijst vragen omtrent de risico's zou een volgende foute taxatie kunnen helpen voorkomen,
- dat zal vaak tot vertraging leiden, maar dat is dan maar zo.

De strekking is duidelijk: de president legt de uitspraak uit, levert kritiek, maar verdedigt haar ook en komt met remedies.

Zolang van de uitnodiging tot zelfreflectie geen suggestie ten aanzien van de inhoud uit gaat, valt zij nog te brengen onder de bevordering van de kwaliteit van de rechtspraak,²⁵ maar deelneming aan die reflectie gaat al over de grens. 'Zelfreflectie' door een bestuurder in plaats van door een deskundige collega is niet minder dan een 'ogje in het zeil'. Met zijn verslag van zijn bevindingen trad de Arnhemse president in de berechting van de concrete zaak. Dat was regelrecht in strijd met de wet zoals hiervoor besproken. Vond alleen de president de taxatie 'fout'²⁶ of ook (de meerderheid van) de betrokken kamer? En wat betekent de opvatting van de president voor een andersdenkend lid van de combinatie? Ik zie in een volgende zaak voor mij de advocaat-generaal bij het hof met een keurig afgevinkt vragenlijstje – hij heeft de boodschap van de president goed begrepen – en de daarop gegronde conclusie dat het schorsingsverzoek moet worden af- of toegewezen. Dúrfte de betrokken kamer dat lijstje terzijde te leggen en te overwegen dat zo'n lijst in het algemeen al weinig en in deze zaak niets zegt en bovendien alleen maar tot denkverslapping leidt? Ik hoop en verwacht dat (nog) wel, maar het wordt lastiger. En wat betekent de opmerking van de president dat de vertraging maar op de koop toe moet worden genomen? Hoe weegt zo'n opmerking als hij dat *niet* zou vinden? De president loopt de rechter regelrecht voor de voeten en dat is verboden.

De interventie van de Arnhemse president in 2009 gaat aanmerkelijk verder dan die van diens Rotterdamse collega in 2005. Als die 'groei' doorzet, kunnen we nog wat beleven: Van Dijk zal, indien hij consequent is – ik hoop van niet –, vaker in het openbaar de staf over uitspraken van 'zijn' rechters breken en collega-bestuurders zullen hem naar ik vrees volgen. Het is wel begrijpelijk dat bestuurders – zeker bij publiciteitsgevoelige zaken – graag willen tegemoetkomen aan de wens de opvattingen van de 'baas' te horen. Toch moeten zij dat niet doen. En als rechter vind ik het ook bepaald niet prettig als mijn president of de Raad voor de rechtspraak het vóór of tegen mijn uitspraak opneemt. Ik behoef nog zijn koude noch zijn warme hand op mijn schouder, laat staan zijn opmerking dat ik door een verzoek werd 'overvallen', alsof dat ook maar een glimp van een excuus zou opleveren. Dit 'voor zijn mensen' gaan staan, suggereert dat de president een verantwoordelijkheid ten aanzien van mijn uitspraak heeft. Maar die komt hem niet toe en zijn optreden misleidt het publiek. Presidenten en Raad moeten juist duidelijk uitdragen dat de verhoudingen zo niet zijn. Natuurlijk hebben de Rotterdamse en Arnhemse president beiden *gezegd* dat zij niet bevoegd zijn ten aanzien van de inhoud, maar ze *doen* anders en daar gaat het om. Door hun optreden verschuift het beeld van persoon naar instituut en vervaagt het zicht op de juist te koesteren kern van de rechterlijke taak: oordelen en beslissen in onafhankelijkheid, ook los van enig bestuur.²⁷ Bovendien roepen zij verwachtingen voor de toekomst op en zo kunnen wij in een gevaarlijke vicieuze cirkel terechtkomen. Een – verdere – voorbode daarvan vormt het optreden van de voorzitter van de Raad voor de rechtspraak²⁸ naar aanleiding van de vrijspraak in herziening van *Lucia de Berk*.²⁹ Ook al probeert de voorzitter de zaak meer in het algemeen te benaderen, het valt hem – merkbaar – moeilijk. En het zal steeds moeilijker worden.

De persrechter

Het voorgaande brengt mee dat zowel de rechter die een zaak behandelt en beslist als de bestuurders dienen te zwijgen over de concrete zaak. De persoon van de rechter én zijn 'baas' blijven buiten beeld. Is dat erg? Beperkt dat de rechtspraak te zeer? Welnee, we hebben toch de persrechter? Deze alom ingeburgerde functionaris kan voldoende afstand bewaren tot zowel de een als de ander en moet – mede gelet op zijn deskundigheid – in staat geacht worden daar waar nodig uitleg te geven. En het populair wordende erkennen van fouten? Ik zou zeggen: in zijn algemeenheid niet. Daarop kom ik nog terug.

De collegae

Wij zagen hiervoor dat de rechter die de zaak beslist zijn uitspraak prijsgeeft aan het vrije debat. Ik meen dat zijn collegae van dat debat niet zijn uitgesloten. Het ging *in* de

Noten

21. Art. 27 Wet RO.

22. In dezelfde zin recentelijk H.F.M.

Hofhuis in 'De rechtspraak en de zaak

Lucia de Berk', redactionele bijdrage

Trema 2010, afl. 6, p. 226.

23. F.W.H. van den Emster, 'Reflectie op

een rechterlijke dwaling', *Trema* 2005, p.

294 e.v. Dat dit een open deur is, zoals

Van de Emster ter aangehaalde plaatse

zelf ook vaststelt, doet voor mijn betoog

niet ter zake.

24. De krant van 24 september 2009,

p. 3.

25. Art. 23 lid 3 en 94 Wet RO.

26. Ik laat maar daar dat de president

hier meedoet aan de gangbare denkfout

– althans deze niet recht zet – dat het niet

uitkomen van de uit een taxatie voort-

vloeiende verwachting niets zegt over

de juistheid of kwaliteit van de taxatie

als zodanig.

27. Leijten vraagt zich in dit verband af

of onder mediadruk de Wet RO 'vloei-

baar' wordt. J.P. Leijten, 'Eerbied voor

de rechtspraak!', *NJB* 2009, 122, afl. 3,

p. 172 e.v.

28. F.W.H. van den Emster, interviews op

14 april 2010 op www.rechtspraak.nl en

op 15 mei 2010 in *NRC Handelsblad*.

29. Hof Arnhem 14 april 2010, *LJN*

BM0876.

betrokken zaak slechts om de persoon van die ene rechter of kamer. Juist omdat rechters – in ieder geval wat betreft de inhoud – geen deel uitmaken van een ambtelijke hiërarchie, valt niet in te zien waarom zij geen duit in het zakje zouden mogen doen over niet door hen berechte zaken. Hofhuis had zijn recente redactionele bijdrage over de zaak *Lucia de Berk* niet mogen schrijven als hij nog president van de Haagse rechtbank was geweest, maar nu – als collega – mocht hij dat wel. Natuurlijk is voorzichtigheid op zijn plaats. Vermelding van zijn functie bij openbaar optreden van de rechter zal onvermijdelijk maar ook nuttig zijn. Om te voorkomen dat het publiek denkt dat de rechter qualitate qua zijn mening geeft, maakt de rechter vanzelfsprekend duidelijk dat hij à titre personnel optreedt. Hij bestrijdt zo veel mogelijk het reële risico dat dat niet voldoende wordt onderkend. Hij zal daarin niet steeds slagen, maar de daaruit voortvloeiende onduidelijkheid prefereer ik boven de uitschakeling van de knowhow en de vrijheid van meningsuiting van de 2400³⁰ rechters in Nederland. Verder past terughoudendheid bij uitspraken van het eigen gerecht en uitspraken die niet onherroepelijk zijn. Ik ga geen regeltjes opstellen. Het kan gerust aan het gezonde verstand worden overgelaten wat wel en niet kan. De rechter heeft er tot nog toe bepaald geen blijk van gegeven dat zijn gezonde verstand op dit punt tekortschiet.

Erkenning van fouten en excuses

In dit verband een korte uitweiding over erkenning van fouten. Moet het voorgaande zover worden doorgetrokken dat Raad, bestuurder, persrechter en de rechter zelf een geconstateerde fout niet mogen erkennen? Dit is een tamelijk glibberige aangelegenheid. Ik noem twee varianten: een door de rechter vastgestelde dwaling (*Lucia de Berk*) respectievelijk een dwaling die zich – nog – niet geopenbaard heeft.

Bij een door de rechter vastgestelde dwaling is de erkenning met die vaststelling gegeven. Het komt dan naar de huidige mode verder aan op spijt en excuses. Ik ben daar geen liefhebber van. Maar als het zo nodig moet, dan uitsluitend in uitzonderingsgevallen als *Lucia de Berk* en uitsluitend in algemene termen, dat wil zeggen zonder in te gaan op de inhoud. Ik merkte al op dat dat niet eenvoudig blijkt te zijn. Veel belangrijker echter zijn de analyse van de gang van zaken en – indien er echt fouten zijn gemaakt³¹ – van de oorzaken daarvan alsmede het voorkomen van toekomstige fouten. Die analyse moet onbevagen zijn, ook tegenover de beslissing na herziening. Zij is de taak van professionals en wetenschap, niet van het bestuur. Het voorkomen van fouten moet zich niet richten op deze éne zaak, maar vergt voortdurende aandacht: goede selectie, opleiding en – vooral – ruimte voor een kritische instelling en professioneel debat.

De tweede variant is nog lastiger dan de eerste. Extreem gesteld: de rechter ligt woelend in zijn bedje en realiseert zich plotseling dat hij dat ene proces-verbaal steeds verkeerd heeft geïnterpreteerd, dat het wél een keihard alibi oplevert en dat het het bewijs tegen de gisteren tot levenslang veroordeelde volledig doorkruist. Mag/moet hij daarmee voor de draad komen? En wat als zijn kamergenoten daar niets van willen weten, de zaak is immers gesloten? Maakt het uit of het om een feitelijke of juridische fout gaat? Mijn rechterlijk hoofd is geneigd om deze problema-

tiek naar de rechtsmiddelen te verwijzen. Maar dat is een schijnoplossing: we verzinnen wel een voorbeeld waar de termijnen zijn verstreken. Mijn rechterlijk hart zegt: voor de draad er mee, mits de meerderheid van de kamer de conclusie deelt. In extreme gevallen – substantiële bestraffing en onwettelijke fout – wint hart het hier van hoofd. Mij zijn geen gevallen uit de praktijk bekend. Van strafrechtsspecialisten hoor ik dat het wel voorkomt en dat gratie dan uitkomst kan bieden. Opmerkelijk is dat de Hoge Raad in strafzaken een enkele keer op eigen initiatief een – administratieve tot niet-ontvankelijkheid leidende en dus ingrijpende – fout in een opvolgend arrest heeft hersteld.³² De Hoge Raad let daarbij op de ernst van de juridische gevolgen en op de omstandigheid dat hij in laatste instantie uitspraak doet. Wellicht moet voor de lagere rechter in zeer uitzonderlijke gevallen iets soortgelijks gelden. In ieder geval is ook hier echter een rol voor het bestuur niet weggelegd.

Conclusie

Na de uitspraak behoort de rechter zich niet meer over de zaak uit te laten. Hij is ook letterlijk *uitgesproken*. De bestuurders van de rechterlijke organisatie behoren zich in het geheel niet in commentariërende zin over concrete zaken uit te laten. Gelet op de evidentie daarvan heb ik onbesproken gelaten dat dit ook geldt *tijdens* de procedure. Collegae van de betrokken rechter(s) zijn niet van het debat over concrete zaken uitgesloten.

Eindconclusie

Het betoog van Corstens was voor mij aanleiding te onderzoeken wat de rol is van de persoon van de rechter in en na het proces. Ik betrok daarin ook des rechters collegae en de ‘vertegenwoordigers van de instituties’. De suggestie van Corstens dat de persoon van de rechter meer een rol mag spelen naarmate we verderaf komen van de rechter die recht spreekt in de concrete zaak en de gelijktijdige verschuiving van de individuele rechter naar de persoon van die vertegenwoordigers, de bestuurders, blijkt ongegrond. De persoon van de rechter speelt juist *in* het proces een grote rol, terwijl die rol daarna geheel is uitgespeeld. Voor de bestuurders is noch *in* noch na en dus evenmin *over* het proces een rol weggelegd.

Slechts indien deze positionering van de rechter tussen persoon en instituut voortdurend scherp in het oog wordt gehouden, zal de rechtspraak niet verworden tot een instituut met een bestuur en uitvoerders, maar blijven wat zij behoort te zijn: een gecoördineerde verzameling van rechters die op grond van hun benoeming en beroepsethos door middel van hun individuele persoon in staat zijn in elke afzonderlijke zaak ‘ieder het zijne te geven’. Alleen die benadering zal – op de lange duur – de burger tot respect voor de rechtspraak blijven inspireren. •

Noten

³⁰ Zie ‘De Nederlands rechtspraak in cijfers’ op de website van de Raad voor de rechtspraak op www.rechtspraak.nl.

³¹ Met een rechterlijke dwaling op zichzelf is een – professionele – fout nog niet gegeven. Daar lijkt ook Hofhuis (t.a.p.,

p. 227) vanuit te gaan: mogelijk zouden anderen niet anders hebben beslist.

³² HR 10 mei 2005, *NJ* 2006, 23, HR 8 september 2009, *LJN* BJ3710, HR 4 oktober 2005, *LJN* AT9095 en HR 16 december 2008, *LJN* BG4182.