

PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/141816>

Please be advised that this information was generated on 2018-02-20 and may be subject to change.

De zin van ons leven

Over de meerwaarde van een professionele rechterlijke macht¹

Roel Schutgens

Jaren geleden nam ik als enthousiaste rechtenstudent kennis van Pauline Westermans *Rechtsfilosofie. Inleiding*.² Ik las met groot plezier tot p. 126, waar het regelscepticisme van Karl Llewellyn uit de doeken werd gedaan. Deze beroemde *Legal realist* had weinig fiducia in de sturende kracht die rechtsregels op de rechter uitoefenen. Het geldende recht is volgens hem zodanig open en onderbepaald, dat de rechter in werkelijkheid gewoon de beslissing neemt die hem intuïtief juist toeschijnt. De motivering van het vonnis – waarin de rechter moet verantwoorden welke oplossing het geldend recht in de gegeven casus voorschrijft – is slechts *window dressing*, een rationalisatie achteraf. Door de open textuur van het recht had de rechter net zo goed onder aanroeping van andere³ regels een heel andere oplossing kunnen rechtvaardigen.⁴ Nu wil het toeval dat deze visie op het recht ook onder universitaire docenten populair is. Wij doen aan de academie weinig liever dan onze studenten voorhouden dat het in het rechtsbedrijf niet gaat om de uitkomst maar om de argumenten, dat alleen leken denken dat de rechter ‘de hele dag regeltjes toepast’, terwijl hij in werkelijkheid open normen aangrijpt om ‘maatwerk’ te bieden, dat de heuristiek veel belangrijker is dan de legitimatie van het rechterlijk oordeel, dat ‘duidelijke’ wetteksten niet bestaan, dat er tussen de verschillende interpretatiemethoden geen hiërarchische relatie bestaat, dat het subsumptiemodel een negentiende-eeuws drogbeeld is, dat Montesquieu er weinig van had begrepen met zijn *bouche de la loi*, enzovoorts, en zo verder.

Nu zullen ongetwijfeld veel studenten over zulke ideeën hun schouders ophalen en onverstoord verder leven, maar een (over)gevoelige natuur kan er last van krijgen. Als de rechter inderdaad allen maar lippendienst bewijst

1 Deze bijdrage berust mede op een voordracht tijdens de Dag van de Rechtspraak op 11 september 2014 in het WTC Rotterdam.

2 Westerman 1998.

3 Misschien zelfs: dezelfde.

4 Latere bestudering van het werk van Llewellyn leerde mij dat de soep hier niet zo heet wordt gegeten als zij wordt opgediend. Ook Llewellyn ziet wel degelijk duidelijke gevallen waarin de rechterlijke beslissing toch gestuurd wordt door het recht. Niettemin heb ik als eerstejaars na kennismaking van het Legal Realism een tijd gedacht dat ik een zinloos vak studeerde. In deze bijdrage zet ik uiteen waarom ik dat nu niet meer denk. Dit stuk is uitdrukkelijk geen bestrijding van Llewellyn; dan zou mijn verhaal immers een klassieke *straw man fallacy* bevatten.

aan het idee dat hij het recht toepast, waarom dan al die moeite gedaan om dat recht te bestuderen? Als in feite de morele intuïtie van de rechter leidend is, waarom investeren wij dan jaarlijks miljoenen gemeenschapsgeld in het opleiden van nieuwe rechtsgeleerden, om vervolgens een select groepje talenten onder hen te laten rechtspreken voor een in de ogen van Jan Modaal meer dan comfortabel salaris?

Ergens in het nieuwe millennium ben ik over deze twijfels heen gegroeid. Ik denk inmiddels dat het positieve recht wél sturende kracht heeft, en dat het opleiden van een klasse van specialisten die dat recht toepassen, zinvol is. In dit artikel leg ik uit waarom.

Deze bijdrage berust op twee vooronderstellingen die door maar weinig hedendaagse juristen of meta-juridici bestreden zullen worden. Ten eerste: het positieve recht bevat talloze open normen en vage beginselen, zodat op voorhand plausibel is dat de normatieve intuïties van de rechter de uitkomst van de zaak op zijn minst mede beïnvloeden. Ten tweede ga ik ervan uit dat ieder normaal intelligent mens in staat is om morele oordelen te vellen. Daarmee is in dit verband bedoeld: in staat om bij een belangenconflict of bij mogelijk strafbaar gedrag een oordeel te vellen op basis van zijn morele intuïtie of – voor mijn part – zijn gevoel van empathie. Let wel: hier staat niet dat iedere leek normaal *juiste* oordelen kan vellen (*whatever that be*). Mijn veronderstelling is slechts dat leken tot een enigszins onderbouwde, moreel geïnspireerde keuze kunnen komen. Wie dat betwijfelt, moet meer tv kijken. Zowel bij *De rijdende rechter* als bij *Zestien miljoen rechters* wordt er een juridisch conflict gepresenteerd, waarna een lekenpubliek zijn oordeel mag vellen.⁵ Om te beginnen: het publiek kán dat, en bovendien stemmen de gekozen oplossingen meer dan eens overeen met de keuze die de professionele rechter uiteindelijk maakt. De kijker denkt: waar hebben wij die rechter dan voor nodig? Wie haar werkzame leven heeft besteed aan het opleiden van rechtsgeleerden en aan de empirische bestudering van de rechterlijke soort in zijn natuurlijke habitat, zou zich kunnen afvragen: wat was eigenlijk de zin van dat leven?

Volgens mij is hier echter geen reden tot pessimisme. Nu lijd ik op dit punt mogelijk aan een *sunk cost bias*: inmiddels heb ik zélf al een kwart van mijn professionele leven in het opleiden van toekomstige Edelachtbaren geïnvesteerd. Ik *wil* dat dat zin heeft. Mogelijk is die wens hier de vader mijner gedachten. Toch zet ik mijn standpunt hier zonder aarzeling uiteen, in het vertrouwen dat Leny de Groot een eventuele vooringenomenheid genadeloos zal doorprikken. Overigens heb ik over een deel van wat ik hieronder beweert, al vaker met Leny gesproken. Mocht zij hier en daar zichzelf terughoren, dan hoop ik dat zij dit als een compliment zal beschouwen. Voor het

5 Overigens zijn er zoals bekend voldoende 'buitenlanden' die door juryrechtspraak op zijn minst een deel van de rechtsprekende functie aan leken uitbesteden.

overige sluit ik niet uit dat ik dingen beweer die reeds door intelligente rechtssociologen zijn opgeschreven. Een deel van mijn beweringen is ook empirisch te onderzoeken. Ik heb dat niet al te uitgebreid nagezocht. Een afscheidsbundel voor een gewaardeerde collega is daarvoor veel te leuk: het is een van de weinige publicatievormen die zich lenen voor enige persoonlijke bespiegelingen.

Mijn 'onderzoeksvraag' luidt: wat is de meerwaarde van een professionele rechter,⁶ nu ook leken beschikken over een morele intuïtie waarmee zij conflicten kunnen oplossen en nu het door rechter toegepaste recht zo onderbepaald is dat die rechter waarschijnlijk óók zijn morele intuïtie zal laten mee(recht)spreken. Op het eerste hoorcollege voor onze eerstejaars stel ik dezelfde vraag altijd zo: waarom zetten wij niet gewoon een oude vrouw onder een dikke boom, die dan op basis van haar levenswijsheid onze conflicten beslecht?

Mijn antwoord luidt dat een professionele rechter op vier punten een meerwaarde heeft boven die oude vrouw en haar boom. Die punten zijn: (1) bejegening van de justitiabele, (2) kennis van het recht, (3) kwaliteit van de rechterlijke intuïtie en (4) feitenvinding.

1. BEJEGENING VAN DE JUSTITIABELE

Een voor de hand liggende, maar daarom niet minder belangrijke kwaliteit van de professionele rechter is zijn vermogen tot adequate zittingscommunicatie. Zelfs als rechtskennis nauwelijks zou bijdragen aan de inhoud van het vonnis, dan nog is zittingscommunicatie een vak apart. Naar het mij voorkomt weet een goed communicerende rechter het evenwicht te bewaren tussen doortastendheid en terughoudendheid. Bovendien communiceert een goede rechter strategisch: hij schat vooraf in hoe partijen op een vraag of probleem zullen reageren en welke factoren daarop van invloed zijn. Die inschatting laat hij mede bepalen of, wanneer en in welke bewoordingen hij een kwestie aan de orde stelt, en in hoeverre hij deze op de spits drijft. Strategische communicatie houdt bovendien in, dat de rechter op basis van zijn kennis van het dossier al tijdens de zitting de denkbare eindbeslissingen voor ogen houdt, en zorgt dat beide partijen op alle mogelijke 'afslagen' die hij daarbij kan nemen, tijdens de zitting kunnen reageren. Een adequaat communicerende rechter voorkomt dat partijen met verrassingsbeslissingen wor-

6 Onder een professionele rechter versta ik iemand die aan de academie is gevormd tot rechtsgeleerde, waarna hij zich in een beroepsopleiding van enige substantie specifieke rechterlijke vaardigheden heeft eigen gemaakt.

den geconfronteerd en is dus doordrongen van de waarde van het beginsel van hoor en wederhoor.⁷

Onlangs zag ik een voorbeeld van strategische communicatie in een bestuursrechtelijk beroep waarbij ik als plaatsvervanger betrokken was. Onder de Algemene wet bestuursrecht mogen partijen tot tien dagen voor de zitting aanvullende stukken indienen.⁸ In casu kwam de eiser vier dagen voor zitting met een verhuisdoos vol nadere stukken, vergezeld van een zeventien pagina's tellende samenvatting. Het geheel moest onderbouwen dat – anders dan het verweerschrift suggereerde – niet de eiser, maar de overheid debet was aan de uitgestelde ingebruikname van een bepaald ICT-systeem. De rechters hadden de samenvatting voor de zitting nog kunnen lezen. Meteen bij aanvang maakte het bestuursorgaan echter 'principiële' bezwaar tegen de late indiening van deze stukken; er was onvoldoende tijd geweest om ze door te nemen waardoor goed verweer onmogelijk werd. Het bestuursorgaan eiste daarom dat de rechtbank de stukken buiten beschouwing zou laten. De eiser verklaarde echter dat de doos stukken een late reactie was op het onjuiste beeld dat het eveneens laat ingediende verweerschrift van de gang van zaken schetste. Ogenblikkelijk werd de spanning haast tastbaar: verweerder verwachtte van de rechtbank een machtswoord; eiser zou zich daardoor juist zeer benadeeld voelen. In plaats van zich onder druk te laten zetten, stelde de voorzitter voor om met de vragen van de rechtbank te beginnen en de kwestie over de aanvullende stukken maar 'even te parkeren'. Nu was de rechters uit het dossier wel duidelijk dat de relevantie van de aanvullende stukken dubieus was. De vragen van de rechtbank raakten er dan ook nauwelijks aan; toen partijen zelf het woord kregen, was er alle gelegenheid om over en weer te reageren op het al dan niet door de stukken gecorrigeerde 'beeld'. Uit de hele discussie bleek, dat de nagezonden documenten nauwelijks relevant waren voor de kern van de zaak. Tegen het eind van de zitting had het bestuursorgaan dan ook geen probleem meer met de aanvullende stukken.⁹ Strategische communicatie kon hier een gespannen situatie snel neutraliseren.

7 De 'grondgedachte' lijkt mij in beide gevallen dezelfde: elke aanname die de rechter doet, kán onevenwichtig of onjuist zijn. Juist daarom moeten partijen de gelegenheid krijgen om op alle mogelijke aannames te reageren, tenzij het feiten van algemene bekendheid zijn.

8 Art. 8:58 Awb.

9 Overigens kan het 'parkeren' van punten van orde ook verstandig zijn bij kwesties die wel relevant zijn voor de zaak. Een strafrechter vertelde mij over een getuige die 'principiële' geen eed wilde afleggen, omdat hij vond dat de rechtbank hem moest vertrouwen. Kennelijk zag de rechtbank hem voor een leugenaar aan. Daar deed hij niet aan mee. Terwijl de officier al rood aanliep, vroeg de voorzitter de getuige om eerst maar eens rustig te vertellen wat hij over de zaak wist. Nadat de getuige een groot deel van zijn verhaal met de rechtbank had gedeeld, legde de voorzitter hem uit dat deze infor-

Het voorgaande is maar een voorbeeld van effectieve communicatie van een ervaren rechter.¹⁰ In het algemeen vereist effectieve zittingscommunicatie een specifiek gedragsrepertoire dat door zelfreflectie en intervisie op peil wordt gehouden. Ook een communicatief begaafde leek zal dit niet zomaar beheersen. Een wellevende bejegening is niet genoeg; het communiceren *als rechter* vereist specifieke vaardigheden en ervaring. Op dit punt heeft de professionele rechter een duidelijke meerwaarde boven de oude vrouw.¹¹

Het gaat hier bovendien minstens ten dele om communicatieve vaardigheden die inzicht in het toepasselijke recht vereisen (zie ook punt 2). Het strategisch structureren van de zitting vereist immers niet alleen het vermogen om het gedrag van partijen te kunnen inschatten, maar ook een besef van de mate van relevantie van feiten, standpunten en argumenten in het licht van de rechtsregels die op de zaak betrekking (kunnen) hebben.

2. KENNIS VAN HET RECHT

Vanzelfsprekend onderscheidt de professionele rechter zich door zijn kennis van het positieve recht. Onze vraag was echter, of die kennis ook meerwaarde heeft. Mogelijk is het recht immers zodanig onderbepaald dat de rechter eigenlijk recht spreekt op basis van een normatieve intuïtie waar een wijze oude vrouw ook over beschikt. Volgens mij is rechtskennis echter wel dege-lijk van meerwaarde.

a. Voor de academicus: het recht is vaak glashelder

Anders dan de academicus wellicht zou kunnen denken,¹² geeft het recht vaak duidelijke oplossingen. In talloze gevallen is het toepasselijke recht zelfs zo helder, dat het veelvuldig afgeserveerde subsumptiemodel er adequaat functioneert. Er wordt *daadwerkelijk* mechanische rechtsvinding verricht bij een 'geflitse' automobilist: een computer past een eenvoudig syllogisme op dat feit toe en draait automatisch een boetebeschikking uit. Hetzelfde geldt

matie zinvol was, maar dat de wet nu eenmaal verbood deze te gebruiken zolang de getuige niet beëdigd was. De getuige werkte vervolgens zonder al te veel morren mee.

10 Als beginnend plaatsvervanger zat ik geboeid naar de voorzitter te kijken en dacht: 'benieuwd wat hij nou gaat doen'.

11 Dat wordt mogelijk anders als die oude vrouw langdurig rechtspreekt en ervaren wordt in zittingscommunicatie. Dan is zij echter op zeker moment niet echt een leek meer, in ieder geval procesrechtelijk niet.

12 Althans: anders dan ik zelf jarenlang ten onrechte dacht.

voor eenvoudige belastingaanslagen, de inschrijving van een achttienjarige in het kiesregister et cetera.¹³

Zulke zaken onttrekken zich eenvoudig aan de waarneming van de academicus. Wij onderzoeken geen verkeersregels. Paradoxaal genoeg worden wij pas wakker bij vragen waar ons vak géén eenduidige oplossingen voor geeft: is het aanvaardbaar dat een vader die voor zijn kinderen jarenlang de erfenis van hun overleden moeder heeft verzwegen, zich op verjaring van hun vordering beroept?¹⁴ Als twee op één scooter vluchtende overvallers een voetganger doodrijden, bestaat er tussen beiden dan een zo 'bewuste en nauwe samenwerking' dat de passagier medepleger is van doodslag?¹⁵ Juist over zulke 'onduidelijke' zaken valt er wat te schrijven. De niet-pathologische gevallen daarentegen zijn voor de academicus niet interessant.

Iets vergelijkbaars geldt naar ik vermoed ook voor de rechter, zij het in mindere mate. 'Niemand gooit tijd en geld weg om naar de bekende weg te vragen', schreef een kantonrechter ooit.¹⁶ Dat is wat gechargeerd – (civiele) zaken kunnen noodzakelijk zijn omdat de gedaagde bij een onbetwistbare vordering simpelweg op geen enkele aanmaning reageert; justitiabelen kunnen het uit narrigheid op een kansloze zaak laten aankomen, en zwaardere strafzaken moeten sowieso door de rechter worden afgedaan, ook als de kwestie glashelder is¹⁷ – maar inderdaad kost procederen tijd, geld en frustratie. Die investering is vooral moeite waard voor partijen die een redelijke kans maken. Evident kansloze zaken kunnen beter buiten de rechtszaal gehouden worden; in evident 'winbare' zaken zal de tegenpartij al snel vrijwillig zijn verlies nemen. Het is niet rationeel om griffierecht te betalen voor een beroep tegen een Mulderbeschikking wegens overschrijding van de maximumsnelheid als er een duidelijke foto is.

Daarom heb ik het sterke vermoeden dat er een filtermechanisme werkt, dat de 'duidelijke zaken' bij de rechter weghoudt en juist de 'onduidelijke zaken' op zijn bordje doet belanden.¹⁸ Dat filtersysteem werkt door 'naar

13 Zulke mechanische rechtsvinding kan alleen worden toegepast bij hard and fast rules, waarvan de rechtsfeitomschrijving is opgebouwd uit meetbare grootheden (dus zonder evaluatieve regelbestanddelen als 'redelijkerwijs' of 'noodzakelijk') en waarbij bovendien ook geautomatiseerde meetsystemen bestaan die de aanwezigheid van de betreffende regelbestanddelen kunnen meten.

14 HR 20 juni 2014, *NJ* 2014/233 (Verzwegen erfenis).

15 HR 17 december 2013, *AA* 2014/841.

16 Fruytier 2004.

17 Zie art. 257a Sv: de OvJ kan feiten met een maximumstraf van niet meer dan zes jaar bij strafbeschikking afdoen. Te verwachten valt, dat door dit traject de 'duidelijke' zaken deels worden uitgefilterd, waardoor ook in het strafrecht (bij de lichtere delicten) de gedachte dat niemand tijd en geld weggooit om naar de bekende weg te vragen duidelijker opgeld zal doen.

18 Overigens kan het ook gaan om zaken waar de feiten onduidelijk zijn.

boven': wie zich uit laksheid bij verstek laat veroordelen tot een schadevergoeding van enkele honderden euro's zal niet snel in hoger beroep gaan. Hogere rechters zien daarom een nog sterkere selectie van *onduidelijke* zaken op hun bureau belanden; zaken waarin mechanische rechtstoepassing niet mogelijk is omdat er normatieve afwegingen nodig zijn.¹⁹ Enigszins gechargeerd zou men over de hoogste rechter kunnen beweren dat hij zich jaren bekwaamt in een vak dat hij vervolgens niet meer toepast.

Wat is nu het verband tussen dit filtermechanisme en de toegevoegde waarde van de professionele rechter? Het door mij veronderstelde mechanisme kan alleen bestaan als het recht in vele gevallen duidelijke oplossingen voorschrijft. Bovendien werkt het alleen als de rechter dat recht kent en het getrouw toepast. De (soms toch) aan de rechter voorgelegde zaken waarin de uitkomst wél vooraf is te voorspellen, moeten die uitkomst ook krijgen. Zouden rechters ook in 'evidente' zaken naar eigen smaak gaan beslissen, dan zou er heel snel een geweldige juridisering optreden: bij ieder geschil met enig economisch belang zou procederen dan immers de moeite gaan lonen – ongeacht wat de wet over dat geschil zegt.²⁰ Juist het feit dat in duidelijke zaken de oplossing voorspelbaar is geeft de justitiabele een prikkel om die zaken bij de rechter weg te houden.

Ook hier heeft de juridisch geschoolde rechter een duidelijke meerwaarde boven de oude vrouw. Al moge de (hogere) rechter veel zaken te beslissen krijgen waarin het recht geen duidelijke oplossing voorschrijft, dat neemt niet weg dat het recht de justitiabele in nog veel meer zaken wél eenduidige antwoorden geeft, en belangrijker nog, dat deze situatie slechts kan blijven bestaan als de rechter in de duidelijke zaken die hem wel bereiken, het recht door zijn vakkennis getrouw toepast.

b. Het recht is (soms) complex

Sommige rechtsgebieden zijn zodanig complex, dat lekenrechtspraak er moeilijk voorstelbaar is. Met een complex rechtsgebied bedoel ik niet 'moei-

19 Bij de lagere rechter is de genoemde 'onduidelijkheid' overigens de optelsom van onzekerheid omtrent de betekenis van het recht en onzekerheid omtrent de feiten. Wellicht is er in een groot deel van de eerstelijnszaken uitsluitend sprake van onduidelijkheid omtrent de feiten. Eenmaal bij de Hoge Raad staan de feiten echter vast. Daar bestaat nog enkel onduidelijkheid van het recht. Juist die zaken trekken aan de academie de aandacht.

20 Mogelijk met het resultaat dat de justitiabelen veel gaan schikken, afkopen, weg- of vrijtekenen, om maar bij de rechter weg te blijven. Dat doet aan mijn beweringen niet af: dit levert immers een enorme juridisering op, zij het gedeeltelijk in buitengerechtere vorm.

lijk in morele zin'.²¹ Het gaat mij om rechtsgebieden die bestaan uit een ingewikkeld samenstel van regels en begrippen.

Niet alle rechtsgebieden zijn complex. De burenruzies die mr. Frank Visser krijgt voorgelegd, zijn niet zelden op te lossen met behulp van enkele eenvoudige wetsbepalingen en wat gezond verstand; hetzelfde geldt voor veel politierechterzaken, zoals eenvoudige mishandeling of winkeldiefstal. Er zijn echter legio uiterst complexe rechtsgebieden waar dat niet zo is: het goederen- en insolventierecht, het bestuursprocesrecht, de regels voor financieel toezicht, het pensioenrecht, het verzekeringsrecht: het zijn allemaal rechtsgebieden die zijn opgebouwd uit regels die – ook als hun toepasselijkheid *duidelijk* is – een complex, samenhangend systeem vormen dat niet zonder gegeden juridische training kan worden doorgrond.²² Zulke rechtsgebieden kunnen niet bestaan zonder vakspecialisten en juridisch geschoolde rechters.²³

c. *De praetor en de lekenrechter*

Sommige rechtsgebieden kunnen door hun complexiteit alleen door geschoolde juristen worden beoefend. Er is echter ook met die rechtsgebieden iets opmerkelijks aan de hand. Zelfs in juridisch-technisch complexe zaken komt de rechter na het oplossen van een reeks technische puzzels toch vaak weer bij een beslispunt uit, dat hem noopt tot een nauwelijks genormeerde normatieve keuze.

Een voorbeeld. Een advocaat verwerft automatisch 'opleidingspunten' als hij cursussen volgt bij een door de advocatenorde 'erkend' opleidingsinstituut. De orde trekt zijn erkenning van opleidingsinstituut E in, maar zegt toe, dat cursussen die E op dat moment nog aan het opzetten is, onder de oude erkenning zullen vallen. Na drie maanden volgt de mededeling dat de erkenning voor alle cursussen wordt ingetrokken. E gaat in beroep tegen de gegunde termijn van slechts drie maanden.

21 Dat zijn grotendeels de 'onduidelijke' zaken die onder (a) zijn bedoeld.

22 Juridische complexiteit is iets anders dan onderbepaaldheid of openheid van het recht. In het eerste geval geeft het recht eenduidige oplossingen, die echter slechts door geïntegreerde studie zijn te reconstrueren; in het tweede geval geeft het recht geen eenduidige oplossingen, zodat de rechtstoepasser een normatieve keuze moet maken. In dat tweede geval spreekt men vaak van 'hard cases'. Zij zijn echter niet analytisch, maar normatief lastig, meestal omdat zij een moreel dilemma oproepen.

23 Een observatie terzijde: als ik mij niet vergis, vinden veel eerstejaars juist dit soort rechtsgebieden (bestuursprocesrecht, goederenrecht) lastig en saai, terwijl inleidend strafrecht of onrechtmatigedaadsrecht meer boeien. De rechtsgebieden waar je met intuïtie een eind komt, lijken de beginner en de leek aan te spreken. Bij gevorderden is het vaak andersom.

De rechter moet nu een reeks lastige vragen beantwoorden: is de gegunde termijn een op rechtsgevolg gericht besluit? Heeft E belang bij dit beroep, nu advocaten haar cursussen ook zonder erkenning blijken te kunnen meetellen als opleidingspunten? Was de Orde gezien wettelijk bevoegd om een overgangstermijn te bieden?

Nadat deze technische kwesties van het geschil zijn 'afgepeld' blijft de volgende vraag over: is de aan E gegunde termijn van drie maanden om de nieuwe cursussen af te ronden, *redelijk*? Er is geen rechtsregel die die vraag beantwoordt.

De rechter moet dan terugvallen op zijn normatieve intuïtie – zodat opnieuw de vraag rijst wat hij toevoegt. Zouden wij de rechtspleging niet zo kunnen inrichten, dat een ervaren jurist de technische vragen beantwoordt en de normatieve knopen blootlegt, waarna een leek die knopen doorhakt? Een dergelijk systeem is in het Romeinse recht eeuwenlang toegepast.

Kort gezegd ging dat als volgt.²⁴ De procespartijen en hun rechtsgeleerde adviseurs traden in onderhandeling over de grenzen van hun geschil. Vervolgens stelden zij een *formula* op die moest worden goedgekeurd door de *praetor*, een (door juristen bijgestane) overheidsfunctionaris. De *formula* is een soort 'voorgestructureerd' vonnis, samengesteld uit een reeks geschakelde voorwaarden die elk voor zich elementjes van geldend recht vertegenwoordigen. Een voorbeeld:

Terzake van het feit dat [gedaagde] aan [eiser] een niet in geld uitgedrukte prestatie heeft beloofd en de dag waarop deze prestatie verricht moet zijn, is aangebroken, alwat terzake daarvan [gedaagde] aan [eiser] moet presteren, tenzij er arglist van de eiser in het spel is of is geweest, tot een zodanig geldsom moet de rechter [gedaagde] jegens [eiser] veroordelen. Indien dit niet blijkt, moet hij hem vrijspreken.²⁵

De *praetor* legt de positiefrechtelijke puzzelstukjes als het ware al in de juiste volgorde klaar. Vervolgens benoemt hij een lekenrechter, die strikt op basis van de *formula* vonnist. Zowel de normatieve knopen die naar geldende recht moeten worden doorgesneden (is er arglist?), als de beoordeling van de feiten (wat was er beloofd?) worden overgelaten aan deze leek, die met zijn boerenverstand beslist.

Een moderne variant is denkbaar. Een professionele rechter leidt de zitting – hij is daar immers communicatief het best voor toegerust (zie punt 1). Hij beslist op basis van zijn vakkennis (punt 2) welke rechtsregels mogelijk van toepassing zijn, waarna hij een leek (of jury) instrueert over de normatieve

24 Ontleend aan Lokin 2012, p. 42-57.

25 Vertaling van Lokin 2012, p. 50.

ve en feitelijke beslissingen die nodig zijn om te weten of die regels daadwerkelijk toepasselijk zijn. De leek hakt de knopen door.²⁶

Dit model is 'doenlijk'. Toch heeft het bepaald niet mijn voorkeur. Volgens mij kunnen ook de normatieve keuzes beter door de professionele rechter dan door de leek worden gemaakt (punt 3). Bovendien mag ook bij de feitenvinding meer van de rechter worden verwacht dan van de leek (punt 4).

3. KWALITEIT VAN DE RECHTERLIJKE INTUÏTIE

In talloze zaken maakt de rechter een 'sprong van Scholten', waarbij de beslissing om een rechtsregel toe te passen een normatief oordeel vergt dat zich niet eenduidig uit het recht laat afleiden.²⁷ De rechter moet dan teruggrijpen op zijn morele intuïtie (Scholten spreekt over geweten²⁸). Ik durf de stelling aan dat de normatieve intuïtie van de rechter een andere (mogelijk zelfs: betere) kwaliteit heeft dan die van de leek. De rechter heeft een geschoolde intuïtie, die is gevormd onder invloed van jarenlange bestudering en toepassing van het geldende recht. Wie zich lange tijd in het positieve recht verdiept, zal op den duur veel van de waarden waaraan dat recht uitdrukking geeft, internaliseren. Dat heeft verschillende voordelen.

a. *De geschoolde intuïtie is doordrongen van typisch juridische waarden*

Wie oordeelt op basis van een juridisch geschoolde intuïtie, beslist geschillen minder snel op basis van zijn initiële gevoel van sympathie of afkeer alléén. Een geschoolde intuïtie is doordrongen van een reeks typisch juridische waarden, die inherent zijn aan ons (of een) rechtssysteem. Men denke aan rechtszekerheid, rechtsgelijkheid, bescherming van gerechtvaardigd vertrouwen, legaliteit, hoor en wederhoor, onpartijdigheid van de rechter en dergelijke. Het zijn beginselen die in de loop van eeuwen hun waarde bewezen hebben en waarvan ons rechtssysteem is doordeesemd. Een ordelijk functionerende maatschappij kan het moeilijk zonder zulke waarden stellen. Het bijzondere is, dat veel van zulke typisch juridische waarden op zijn minst deels zijn aangeleerd. Het is de mens (althans mij) niet vreemd om op basis van een larmoyant verhaal zijn oordeel al klaar te hebben. Men moet leren om die neiging te weerstaan in het besef dat ieder verhaal een keerzijde *kan*

26 Ik ga even voorbij aan de voor de hand liggende tegenwerping dat de rechter ook bij een instructie gebaseerd op mogelijk toepasselijke rechtsregels normatief kan 'sturen'; de technische en de normatieve beoordeling lopen in de praktijk waarschijnlijk wat vloeiender in elkaar over dan ik doe voorkomen.

27 Scholten 1974, p. 76.

28 Scholten 1974, p. 130.

hebben. Het is de mens evenmin vreemd om op basis van incidenten tot het oordeel te komen dat het roer radicaal om moet. Men moet *leren* dat radicale maatregelen gerechtvaardigd vertrouwen kunnen beschamen en dat het veronachtzamen van de rechtszekerheid funeste maatschappelijke gevolgen heeft. Het is de mens niet vreemd om in reactie op ieder immoreel gedrag te vinden dat er straf moet worden uitgedeeld. Men moet het grote maatschappelijk belang *leren* van het nulla poena-beginsel. Een geschoolde intuïtie is doordrongen van zulke 'acquired values'. Het gaat er niet om, zulke waarden te verabsoluteren – dat roept weer andere problemen op²⁹ – maar zij dienen wel mee te wegen bij alle juridische beslissingen, óók daar waar het recht zodanig open is, dat de beslisser moet teruggrijpen op zijn geweten.³⁰

b. De geschoolde intuïtie ikt het morele kompas van de rechter

Het recht heeft een open tekstuur. Dat komt niet alleen door de vele ongeschreven rechtsbeginselen, maar ook voor de talloze wettelijke bepalingen waarvan de evaluatieve regelbestanddelen de rechter tot een eigen normatief oordeel nopen. Zo is iemand die een ander schade berokkent, aansprakelijk als zijn gedrag niet voldeed aan wat maatschappelijk 'betaamt'.³¹ Zo is een zeventienjarige die seks heeft met iemand van vijftien slechts strafbaar bij 'ontuchtige' seksuele handelingen.³² En zo mag de rechter een bestuurlijke boete vernietigen wegens 'onevenredigheid'.³³ Hoewel de wet hier de sluisen open zet voor persoonlijke rechterlijke keuzes, zijn er voor zover mij bekend weinig aanwijzingen dat dit in de praktijk tot grote onvoorspelbaarheid leidt.

Vermoedelijk is dit mede te danken aan het feit dat rechters voortdurend elkaars uitspraken bestuderen en becommentariëren. De daarmee opgedane kennis kan er niet toe leiden, dat in nieuwe, altijd toch net weer andere gevallen met mathematische zekerheid kan worden beslist of er sprake is van onbetamelijkheid, ontucht, evenredigheid. Niettemin ontwikkelt de rechter idealiter een intuïtie voor hoe zijn beroepsgroep *doorgaans in vergelijkbare gevallen* beslist. Het kompas van de rechterlijke intuïtie wordt als het ware geïkt op

29 Waarden als rechtszekerheid, gelijkheid en legaliteit hebben geen absolute gelding; zij moeten worden afgewogen tegen andere belangen. Het overdrijven van deze typisch juridische waarden kan leiden tot formalisme, starheid en letterknechterij, eigenschappen waar juristen in de literatuur veelvuldig mee gekarikaturiseerd worden (cf. Dickens, *Bleak House*).

30 De rechterlijke intuïtie heeft alleen meerwaarde als het recht dat die intuïtie schoolt, van voldoende moreel gehalte is. Gedurige toepassing van onrechtvaardige wetgeving heeft naar mijn overtuiging juist morele afstomping tot gevolg.

31 Art. 6: 162 lid 2 BW.

32 Art. 245 en 247 Sr, zie ook HR 30 maart 2010, NJ 2010/376.

33 Zie art. 3:4 lid 2 Awb en art. 5:46 leden 2 en 3 Awb.

dat van collega's – en ook dat is een manier om rechtszekerheid te bewerkstelligen, zelfs als het geschreven recht weinig houvast biedt.³⁴

4. FEITENVINDING

Tot slot een lastig punt: de feitenvaststelling. Hoewel ook dit aspect van de rechtspleging zich wat buiten het blikveld van de academicus bevindt, betreft het in zekere zin 'de helft' van de rechterlijke taakuitoefening. De rechter neemt immers twee typen beslissingen: hij 'vindt' niet alleen het recht, maar net zo goed de feiten waarop hij dat recht toepast. Eerstelijnsrechters hoor ik zelfs vaak zeggen dat zij vooral bezig zijn met de feiten; als die eenmaal zijn vastgesteld, is meestal wel duidelijk hoe er beslist moet worden. Feitenvaststelling is dus een zeer belangrijk onderdeel van de rechtspleging. In veel buitenlandse landen wordt juist hiervoor een jury aangewezen, in ieder geval in zware strafzaken. In Nederland ligt de feitenvinding volledig in handen van de professionele rechter. Heeft hij ook hier een meerwaarde?

Om te beginnen moet een professionele rechter zijn bewijsoordeel motiveren. Van juridisch niet geschoolde leken daarentegen kan bezwaarlijk de analytische en taalkundige vaardigheid worden verwacht die een goede bewijsmotivering vereist. Een deugdelijke bewijsmotivering heeft in ieder geval twee voordelen. Zij laat zien welke bewijsmiddelen de rechter tot zijn oordeel over de feiten hebben gebracht, waarmee dat oordeel vatbaar wordt voor toetsing in hoger beroep. Verder legt een goede bewijsmotivering uit, waarom tegenbewijs is gepasseerd. Juist als de rechter al vrij snel een 'hunch' heeft dat de feiten zijn bewezen, dwingt de motiveringsplicht hem om ontlastend bewijs op zijn minst in ogenschouw te nemen.

Nu zullen velen wel willen aannemen dat de rechter het allemaal fraaiër kan opschrijven dan de leek. Spannender is de vraag of de rechter ook betere inschattingen maakt van de betrouwbaarheid en de voorspellende waarde van het gebruikte bewijs. Het cliché wil dat lekenjury's vatbaar zouden zijn voor emotionele beïnvloeding; de professionele rechter zou door zijn ervaring veel beter in staat zijn om objectief naar het bewijs te kijken. Helaas duidt rechtspsychologisch onderzoek erop dat professionele getuigenverhoorders helemaal niet beter zijn in het herkennen van liegende getuigen, intuïtieve inschattingen over de betrouwbaarheid van bewijsmiddelen en dergelijke. Rechters hebben vooral de *illusie* dat zij daarin beter zijn, terwijl zij in

³⁴ Overigens levert zo'n geijkte intuïtie alleen rechtszekerheid op als ervaren advocaten een vergelijkbare intuïtie ontwikkelen, op basis waarvan zij de rechtzoekende adviseren.

feite nauwelijks verder komen dan de doorsneeburger.³⁵ Ik vrees dat er op dit punt nog het een en ander te verbeteren valt.

Wellicht moet de academie zich dit aantrekken. In de rechtenstudie is praktisch geen aandacht voor feitenvinding.³⁶ De aankomend jurist wordt jarenlang getraind in de fijne kneepjes van de toepassing van het positieve recht, maar het feitenonderzoek moet hij er in de praktijk maar even bij doen.³⁷ Dat is een slechte zaak. De rechtenstudie zou de student op zijn minst het besef moeten meegeven dat het correct vaststellen van de feiten even belangrijk is als de rechtsvinding. Idealiter zou de studie zelfs de basis moeten leggen voor de verdere professionele ontwikkeling op dit gebied: rechters (en andere juristen) zouden beter dan leken *moeten zijn* in het vaststellen van de feiten.

Dat vereist om te beginnen goede kennis van de eigenschappen en de kwaliteit van verschillende courante bewijsmiddelen: hoe betrouwbaar is een getuigenverhoor?³⁸ Kun je een liegende getuige herkennen? Hoe achterhaal je in een verhoor de gewenste informatie zonder de getuige te sturen? Hoe werkt DNA-bewijs? Wat is handschriftanalyse, en hoe betrouwbaar is dat? Hoe betrouwbaar is een Oslo-confrontatie en welke omstandigheden kunnen een dergelijke proef 'vervuilen'? Enzovoorts.

Bovendien zou de aankomend jurist affiniteit moeten verwerven met de problemen die ook buiten de rechtstoepassing optreden als men probeert vast te stellen of een gebeurtenis zich werkelijk heeft voorgedaan, of als men het verband tussen twee feitelijke verschijnselen onderzoekt.

Daartoe zou ook een jurist over elementaire basiskennis van kansleer en statistiek moeten beschikken. Ook de basisbegrippen van de diagnostiek zouden tot de bagage van de rechter moeten behoren, denk aan vragen als: wat is een 'vals-positieve' of een 'vals-negatieve' uitslag van een bewijsmiddel; wat is het verschil tussen de validiteit, de betrouwbaarheid en de specificiteit van een bewijsmiddel; wat is een correlatie tussen verschijnsel A en verschijnsel B en wat is het verschil met causaliteit.

Tot slot zouden juristen moeten worden getraind in het redeneren over reeksen van bewijsmiddelen. Enkele Nederlandse rechtspsychologen beplei-

35 Zie over het (niet) herkennen van liegende getuigen door professionele verhoorders en hun 'zelfoverschatting' daarin Van Koppen, Hessing, Merckelbach & Crombag 2010, p. 625-647.

36 In de literatuur is er de afgelopen jaren gelukkig veel meer aandacht voor dit onderwerp. Zie bijvoorbeeld Loth, De Groot, Gerbrandy & Groenhuijsen 2012, Barkhuysen & Schuurmans 2012, Giard 2013a en 2013b, alsmede de vele publicaties van de in de vorige voetnoot genoemde rechtspsychologen.

37 Zoals ook blijkt uit allerhande casusvragen die de studenten gedurende hun studie oplossen: de feiten worden gegeven, het gaat er vervolgens alleen maar om het recht toe te passen.

38 Deze en de volgende alinea bevatten zinsneden uit Schutgens 2012.

ten dat rechters (en politiemensen) moeten leren om scenario's op te stellen, die vervolgens door verschillende bewijsmiddelen kunnen worden gefalsificeerd of juist bevestigd. Het lijkt de moeite waard om aankomende juristen hiermee kennis te laten maken. Dat zou bijvoorbeeld kunnen door studenten bij oefenrechtbanken opdracht te geven om gaten te schieten in het *bewijs* in plaats van hen de zoveelste keer tot spitsvondige wetsinterpretaties aan te zetten.³⁹ Misschien nog het belangrijkste is het aankweken van bekendheid met de beruchte 'tunnelvisie' en andere beoordelingsfouten die zich kunnen voordoen in het brein van de waarnemer zelf.⁴⁰ De afgelopen decennia is er ongelooflijk veel onderzoek gedaan naar dit soort psychologische valkuilen. Om er niet in te trappen, zal de rechter de resultaten van dat onderzoek op zijn minst moeten kennen.

Aan de academie is er op dit moment nog niet een begin van aandacht voor dit soort vragen. In de opleiding van de rechter is er de laatste jaren gelukkig wel aandacht voor. De basis zou echter al gelegd moeten worden in de rechtenstudie. De professionele rechter én de professionele jurist moeten ook op dit gebied een expert zijn.

5. SLOT

In deze bijdrage betoogde ik dat de professionele rechter op vier terreinen een toegevoegde waarde heeft. Hij is door zijn scholing en ervaring beter in staat tot een effectieve zittingscommunicatie, hij is beter op de hoogte van complexe rechtsgebieden waardoor hij bijdraagt aan de rechtszekerheid, hij heeft typisch juridische waarden geïnternaliseerd en beschikt over een goede intuïtie voor hoe doorgaans in bepaalde zaken wordt beslist en tot slot lijkt hij wat beter dan de leek in staat tot een correcte waarheidsvinding. Vooral op dat laatste punt is er echter nog duidelijk werk aan de winkel. Gelukkig begreep ik van de redactie dat dit geen afscheidsbundel is, maar een tussentijdse bemoedigingsschriftuur. Ik weet dat de matige opleiding van rechters en juristen op het terrein van de waarheidsvinding Leny zeer ter harte gaat. Laat ik voor de tweede helft van haar carrière de hoop uitspreken dat zij op dit terrein nog een grote toegevoegde waarde moge hebben.

³⁹ Over redeneren aan de hand van scenario's: Wagenaar, Israëls & Van Koppen 2009.

⁴⁰ Bekendheid met deze valkuilen komt overigens ook de objectiviteit van de rechtsvinding ten goede.

LITERATUUR

- Barkhuysen, T. & Y. Schuurmans (2012) 'Waarheidsvinding in het bestuursrecht', *NJB* 2012/1265.
- Fruytier, M.P.A.M. (2004) 'Afstemming van rechterlijke uitspraken is gevaarlijk', *NRC Handelsblad*, 27 september, p. 9.
- Giard, R.W.M. (2013a) 'Waarheidsvinding: een spel van vraag en antwoord', *Expertise en Recht*, p. 115-121.
- Giard, R.W.M. (2013b) 'Waarheidsvinding. Hoe de juridische werkelijkheid het methodologische ideaal kan naderen', *TREMA*, p. 89-96.
- Koppen, P.J. van, D.J. Hessing, H. Merckelbach & H.F.M. Crombag (red.) (2010) *Het recht van binnen: psychologie van het recht*, Deventer: Kluwer.
- Lokin, J.H.A. (2012) *Prota. Vermogensrechtelijke leerstukken aan de hand van Romeinsrechtelijke teksten*, Groningen: Chimaira bv.
- Loth, M.A., G. de Groot, A. Gerbrandy & M.S. Groenhuijsen (2012) 'Waarheid en waarheidsvinding in het recht', in: M.A. Loth e.a., *Handelingen NJV*, jrg. 142/2012-1, Deventer: Kluwer.
- Scholten, P. (1974) *Algemeen deel* (aangevuld door G.J. Scholten), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Schutgens, R.J.B. (2012) 'Onderbelicht: Het vaststellen van de feiten', *Ars Aequi*, 246.
- Wagenaar, W.A., H. Israëls & P.J. van Koppen (2009) *De slapende rechter*, Amsterdam: Bert Bakker.
- Westerman, P.C. (1998) *Rechtsfilosofie. Inleiding*, Assen/Heerlen: Van Gorcum/Open Universiteit.