

Stilte in de rechtspleging

Ashley Terlouw*

‘Daarom dienen rechters goed te spreken, maar ook, indien het risico te groot is, te zwijgen: *in dubio abstinere*.¹

1. INLEIDING

Wat is de betekenis van stilte – van zwijgende rechters – in de rechtspleging? Zwijgen heeft een goede naam, zwijgen is goud, maar wat betekent zwijgen door de rechter voor de toegang tot het recht, voor de *equality of arms*, voor (gevoel van) procedurele rechtvaardigheid en voor het vertrouwen in de rechter?

Voor zover ik weet, is dat niet onderzocht; in elk geval niet onder de algemene noemer van stilte in de rechtspleging.² Leny de Groot-van Leeuwen heeft laten weten nog in te zijn voor allerlei nieuwe projecten op het terrein van de rechtspleging. Bij dezen een aanzet voor een onderzoeksproject over stilte in de rechtspleging, dat ik graag samen met haar zou uitvoeren. Ik zal volstaan met drie hypotheses en een toelichting daarop. De hypotheses luiden als volgt:

1. Zwijgende rechters zijn in het nadeel van de onervaren procespartij.
2. Het verzwijgen of verhullen van argumenten in de motivering is niet in het belang van de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming en zelfs niet altijd in het belang van de rechtseenheid in algemene zin.³

* De auteur dankt Iris Sportel hartelijk voor haar commentaar op een eerdere versie van deze bijdrage.

1 De Groot-van Leeuwen 2011, p. 21.

2 In het inspirerende artikel ‘A Time to Keep Silent and a Time to Speak: The Functions of Silence in the Lawyering process’, laat Stefan Krieger zien hoeveel betekenissen stilte kan hebben, met name ook in verschillende culturen en contexten, en hoe stilte kan worden gebruikt. Hij behandelt het onderwerp stilte in de rechtspleging echter vooral vanuit het perspectief van de advocaat. In deze bijdrage kies ik het perspectief van de rechter, maar een nog te verrichten onderzoek kan uiteraard verbreed worden naar de betekenis van stilte voor alle actoren in het recht, waarbij dan, Leny kennende, vooral ook het perspectief van de procespartijen niet moet worden vergeten.

3 De standaardoverweging waarmee de ABRvS vele hoger beroepen buiten zitting ongegrond verklaart, luidt: ‘Het hoger beroepschrift stelt geen rechtsvragen aan de orde die in het belang van de rechtseenheid, de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming in algemene zin beantwoording behoeven. Gelet op het vorenstaande kunnen de door

3. Spreekende rechters dragen meer bij aan het vertrouwen in de rechtspraak dan zwijgende rechters.

De hypothesen dienen uiteraard te worden getoetst in het op te zetten onderzoeksproject. In het onderstaande zal ik beschrijven waarom ik dat zinvol vind en waarop ik de hypothesen heb gebaseerd. Dit stuk is geschreven vanuit bestuursrechtelijk perspectief.

Het woord 'spreken' zit verborgen in het woord 'uitspraak'. Rechters spreken recht en dat gebeurt niet in stilte maar in het openbaar. Artikel 121 Gw luidt: 'Met uitzondering van de gevallen bij de wet bepaald, vinden de terechtzittingen in het openbaar plaats en houden de vonnissen de gronden in waarop zij rusten. De uitspraak geschiedt in het openbaar.' Nu is het in het bestuursrecht al jarenlang een fictie dat uitspraken in het openbaar worden gedaan.⁴ De uitspraak wordt aan partijen toegestuurd, maar het is geen onbelangrijke fictie. Het principe van openbaarheid van de uitspraak is een van de pijlers voor het vertrouwen in rechters. Het maakt deze niet democratisch gekozen derde staatmacht namelijk tot op zekere hoogte controleerbaar.⁵

De rechter laat op drie momenten (meer of minder) in het openbaar van zich horen. Over één moment zwijgt hij en moet hij zwijgen; dat is over wat er in de raadkamer gebeurt (art. 7 lid 3 Wet RO). Het geheim van de raadkamer is overigens geen wet van Meden en Perzen want in andere rechtssystemen, waarvan dat van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens voor de Nederlandse rechtspraak het meest relevant is, wordt door het systeem van *dissenting* en *concurring opinions* wel degelijk bekend hoe de verhoudingen in de raadkamer lagen en welke afwijkende argumenten zijn besproken. Ik zal in deze bijdrage niet op de discussie daaromtrent ingaan, maar in het te verrichten onderzoek waarvoor ik Leny uitnodig, zou dit wel aan de orde kunnen komen.

Het eerste moment waarop de rechter moet besluiten of hij spreekt of zwijgt of iets daartussenin, is tijdens de zitting. Het tweede moment waarop hij voor deze beslissing staat, is in de motivering van zijn uitspraak; dan moet hij zich afvragen of hij meer of minder blootgeeft van zijn motieven en argumenten. Het derde moment is na de uitspraak. Gebruikelijk is dat hij er

appellanten aangevoerde grieven niet tot vernietiging van de aangevallen uitspraak leiden. Met dat oordeel kan, gelet op het bepaalde in artikel 91, tweede lid, van de Vw 2000, worden volstaan.'

4 In het strafrecht is het wel gebruikelijk dat de uitspraak mondeling wordt gedaan. Bij mediagenieke zaken gebeurt dit vaak in de vorm van een zogenaamd voorleesvonnis. Een enkele keer wordt ook in het bestuursrecht een voorleesvonnis opgesteld.

5 Veel uitspraken worden op internet gepubliceerd op de website rechtspraak.nl. Waarschijnlijk draagt dit meer bij aan de toegankelijkheid van rechterlijke uitspraken dan het mondeling uitspraak doen.

dan het zwijgen toe doet volgens het adagium 'de rechter spreekt via zijn uitspraken', maar in toenemende mate zijn rechters toch bereid tot het geven van een toelichting, of laten zij een toelichting geven door een persrechter.⁶ Laten we alle drie de momenten nader bekijken.⁷

2. ZWIJGEN OF SPREKEN TIJDENS DE ZITTING?

De procedure ter zitting wordt geleid door de rechter. Freek Bruinsma heeft als een van de eersten laten zien hoe bepalend de houding van de rechter tijdens de procedure is.⁸ Hij bestudeerde het gedrag van 200 kantonrechters en onderscheidde de volgende drie typen rechters. Ten eerste de kadi, waarmee hij doelde op de rechter die zijn discretionaire bevoegdheid gebruikt om ethisch gekleurde en praktische, gedurfde oplossingen te geven. Ten tweede de actieve rechter. Dit type rechter is niet-lijdelijk, maar begeeft zich anders dan de kadi niet buiten de grenzen van het formele recht. Ten derde de sfinx, de zwijgende lijdelijke rechter die vindt dat hij geen maatschappelijk werker is, onbewogen luistert naar wat partijen naar voren brengen en niet laat merken wat hij vindt. De actieve rechter en kadi kunnen ter zitting aan ongelijkheidscompensatie doen, en bijvoorbeeld door het stellen van vragen actief zorg dragen voor *equality of arms*.⁹

De rechter kan tijdens de zitting dus een meer of minder lijdelijke rol aannemen, zwijgen of actief vragen stellen en eventueel zelfs al een voorlopig oordeel geven en partijen de gelegenheid geven daarop te reageren. Voor partijen is het wellicht handig om te weten hoe de vlag erbij hangt op een moment dat ze nog in de gelegenheid zijn om argumenten aan te voeren: *to know your judge is to win half your case*, is het gezegde. Vooroordelen zijn onontkoombaar en het rechterswerk is wel getypeerd als het voortdurend bijstellen van de vooroordelen tot het oordeel is gevormd. Maar begint een rechter met het geven van zijn voorlopige oordeel, dan loopt hij het risico dat hij het open debat verandert in een verdediging tegenover de rechtbank door een van de partijen of in een discussie met de *rechtbank* in plaats van een discussie tussen *partijen*. Er zijn ook andere nadelen.

Ten eerste kan een voorlopig oordeel door partijen worden opgevat als vooringenomenheid.

6 In toenemende mate brengen rechtbanken persberichten uit.

7 Sommige punten die ik in het onderstaande behandel, heb ik ook genoemd in een voordracht die ik hield bij het afscheid van prof. Pieter Boeles (2012).

8 Bruinsma 1995.

9 Dit neemt uiteraard niet weg dat ook de sfinx aan ongelijkheidscompensatie kan doen in zijn uitspraken.

Ten tweede kan het formuleren van een voorlopig oordeel daadwerkelijk leiden tot tunnelvisie. Een rechter die de zitting ingaat met een *state of mind* kan daar moeilijk van af te brengen zijn. Dat risico is kleiner als de rechter met een *open mind* de zitting ingaat.

Ten derde is het niet ondenkbaar dat – in geval van een meervoudige kamer – een voorlopig oordeel van de actieve rechter zijn collega's teveel beïnvloedt. Misschien is er in een enkelvoudige zitting meer voor een actieve rechter te zeggen dan in een meervoudige zitting. In de meervoudige kamer kan hij een vorm van discussie teweegbrengen die hij, als hij als unus moet oordelen, ontbeert. De unus-rechter kan trachten die discussie dan ter zitting met partijen te voeren.

In 1996 zei Pieter Boeles op een bijeenkomst van Vreemdelingenrechters 'dat het voor het vertrouwen van minderheden in de rechter noodzakelijk is dat hij zichtbaar blijft worstelen met de aan hem voorgelegde dilemma's'.¹⁰

De gedachte achter een actief optreden tijdens de zitting is dat stilte in het voordeel werkt van de status quo en in het nadeel van de minder ervaren procespartij, de *one shotter* en *have not*.¹¹ Dat is ook een van de redenen waarom ik enthousiast ben over de nieuwe zaaksbehandeling in het bestuursrecht.¹² De bedoeling daarvan is dat de rechter een actievere rol ter zitting vervult. In de praktijk betekent dat met name dat partijen minder tijd krijgen om te pleiten en dat de rechters actiever dan in het verleden zelf vragen stellen aan partijen. Dit kan bijdragen aan de *equality of arms*, wat zeer welkom is aangezien juist in het bestuursrecht de verhouding tussen partijen vaak fundamenteel ongelijk is.¹³ De overheid met ruime ervaring en onbeperkte middelen staat tegenover de over het algemeen onervaren burger wiens middelen beperkt zijn.

3. ZWIJGEN OF SPREKEN IN DE UITSPRAAK

Het volgende moment waarop de rechter de keus heeft om meer of minder van zich te laten horen, is in de uitspraak. De rechter moet zijn uitspraak motiveren (art. 121 Gw).¹⁴ Dat betekent in elk geval dat de rechter de verantwoordelijkheid heeft om de door partijen aangevoerde argumenten te bespreken in de uitspraak en goed te verwoorden hoe hij ze heeft gewogen. Draagt een uitvoeriger motivering bij aan vertrouwen in de rechtspraak of

10 Boeles 1996, p. 11-14.

11 Galanter 1974, p. 95-160.

12 Boeree & Schaberg 2013, p. 142-148.

13 Vgl. Niemeijer 2014, p. 85-102.

14 Art. 359 lid 2 Sv geeft een verdere uitwerking van deze motiveringseis voor strafrechters. Zie uitvoeriger over de motivering in strafzaken: *Eindrapport Promis II* (2015).

kan die er ook afbreuk aan doen? Wie moet de rechter voor ogen hebben als hij motiveert: de procespartijen, hun juridisch geschoolde gemachtigden, collega's of het grote publiek? Leny heeft er zelf onderzoek naar gedaan op het terrein van het strafrecht.¹⁵ Anders dan zij heeft gedaan, zal ik me niet richten op de vraag of motiveringen helder en begrijpelijk zijn en voor wie, maar op de vraag welke redenen er voor de rechter kunnen zijn om zijn uitspraken wel of niet uitvoerig te motiveren en om overwegingen al of niet te vermelden. Mijn tweede hypothese was dat het verzwijgen of verhullen van argumenten in de motivering niet in het belang van de rechtsontwikkeling of de rechtsbescherming is en zelfs niet altijd in dat van de rechtseenheid. Ik licht toe.

Laat ik beginnen met de open deur dat rechters er in mijn ogen altijd goed aan doen en zelfs verplicht zijn de argumenten die door partijen naar voren zijn gebracht te behandelen en de uitspraak te baseren op wat ter zitting aan de orde is geweest. Zoals Willem van Bennekom schreef: 'Weinig is voor de verliezende partij zo frustrerend als de lectuur van een uitspraak die blijkt te zijn bepaald door gegevens die ter zitting niet aan bod zijn geweest.'¹⁶

Dat neemt niet weg dat rechters goede redenen kunnen hebben om niet elke overweging die zij bij het nemen van de beslissing hebben aan het papier toe te vertrouwen. Zij zijn zich waarschijnlijk zelfs niet van elke overweging bewust. Psychologisch onderzoek laat zien dat mensen – en het lijkt buitengewoon onwaarschijnlijk dat rechters daarop een uitzondering vormen – zeer gevoelig zijn voor allerlei onbewuste waarnemingen en *framing*. Ik volsta met één voorbeeld. Uit onderzoek van Hilde Wermink, Jan de Keijser en Pauline Schuyt blijkt dat rechters aan verdachten met een donkere huidskleur die de Nederlandse taal niet beheersen voor een zelfde delict meer straf opleggen dan aan andere daders.¹⁷ Er zijn nog vele andere psychologische processen waarvan we ons niet of slecht bewust zijn. Een daarvan is de *confirmation bias*: we zijn meer geneigd argumenten te horen die bevestigen wat we al dachten dan argumenten die daarmee in strijd zijn.¹⁸ Vanzelfsprekend moeten rechters wel trachten zich zoveel mogelijk bewust te zijn van dit soort mogelijke invloeden op hun overwegingen en ze proberen te voorkomen. Daarbij kan het helpen als zij van zichzelf verlangen alle overwegingen die een rol spelen zoveel mogelijk te expliciteren.

Gedachten en overwegingen waarvan rechters zich wel bewust zijn, zijn niet altijd relevant en soms zelfs verwerpelijk. Niet elk verwerpelijk argument hoeft genoemd te worden in de uitspraak als het voor een ieder evident

15 De Groot-van Leeuwen, Laemers & Sportel 2015.

16 Van Bennekom 1998.

17 Wermink, De Keijser & Schuyt 2012, p. 726-733.

18 Haidt 2013, p. 93.

is dat het argument irrelevant of verwerpelijk is. Dit geldt des te meer als het niet door partijen is aangevoerd. Denk aan het argument: 'hij heeft zo'n onverzorgd uiterlijk'. Toch is het ook hierbij goed dat de rechter zich probeert bewust te zijn van de invloed die zoiets op hem kan hebben. In zo'n geval kan het goed zijn het punt voor zichzelf en eventueel tegen andere leden van de raadkamer te benoemen. Maar dat wil nog niet zeggen dat hij deze argumenten in de uitspraak moet vermelden; integendeel.

Tot zover is het tamelijk evident. Lastiger wordt het als het gaat om wel relevante argumenten. De rechter moet zich dan allereerst afvragen of ze een rol mógen spelen volgens het geldende recht. Als dat niet zo is, zijn ze niet echt relevant en kan hij ervoor kiezen dat al of niet te vermelden. Niet vermelden lijkt geen probleem als ze niet door partijen zijn aangevoerd. Als de argumenten wel door partijen zijn aangevoerd, doet de rechter er waarschijnlijk goed aan de argumenten uitdrukkelijk te verwerpen onder vermelding dat ze geen rol mógen spelen.

Dan zijn er argumenten waarvan de rechter – ik concentreer me nu even op de eerstelijnsrechter – zich afvraagt of ze wel stand zullen houden in hoger beroep. In mijn onderzoek¹⁹ heb ik waargenomen dat rechters zich zeer bewust zijn van de vraag of hun uitspraken 'hoger beroep *proof*' zijn en hun motiveringen daarop afstemmen. Op het eerste gezicht prima, in hoger beroep worden immers de lijnen uitgezet en wordt gewaakt voor rechtseenheid. Soms laten eerstelijnsrechters daarom echter argumenten weg en soms kiezen zij daarom voor zogenoemde waslijstredeneringen: een heleboel feiten opsommen zonder exact te vermelden welk van de feiten relevant en doorslaggevend is geweest. Of zij kiezen ervoor de zaak sterk toe te spitsen op de bijzondere individuele omstandigheden.²⁰ Vaak nemen zij eerder houdbaar gebleken tekstblokken over of tekstblokken uit uitspraken van de hogere rechter. Dit draagt mogelijk bij aan de houdbaarheid van de uitspraak in hoger beroep.

Toch heeft het ook grote nadelen. In feite zie ik dit verhullen of weglaten van argumenten in de motivering van de uitspraak als een vorm van zwijgen door de rechter. Hij verzwijgt wat zijn werkelijke overwegingen zijn en verschuilt zich achter tekstblokken of waslijstredeneringen.

De nadelen liggen erin dat werkelijke argumenten niet boven tafel komen en ook de hiërarchisch hogere rechter niet bereiken. 'Fluistervoice' noemden Kees Groenendijk en ik deze vormen van motiveren.²¹ De rechter die al zijn argumenten op tafel legt, dwingt zich niet alleen eerlijk te zijn te

19 Onder meer in mijn dissertatie (Terlouw 2003) en in het onderzoek dat ik samen met Kees Groenendijk verrichtte naar de relatie tussen eerstelijns vreemdelingenrechters en de Raad van State (Groenendijk & Terlouw 2009).

20 Vgl. Terlouw 2003, p. 190.

21 Groenendijk & Terlouw 2009, p. 212.

genover zichzelf, maar geeft ook partijen, collega's, hiërarchisch hogere rechters en rechtswetenschappers de gelegenheid tot nadenken en kritiek. Dat is goed voor de rechtsontwikkeling.

Is het belang van de rechtsbescherming gediend bij dit soort stilte (het verhullen van argumenten) in uitspraken? In een individueel geval kan een partij erdoor worden beschermd, namelijk in die gevallen waarin de uitspraak van de eerstelijnsrechter in zijn voordeel is en als door het verhullen van de argumenten de uitspraak standhoudt in hoger beroep. Maar in algemene zin is het in mijn ogen niet goed voor de rechtsbescherming. Werkelijke en doorslaggevend argumenten in het belang van de rechtsbescherming gaan geen deel uitmaken van het positieve recht als zij worden verzwegen.

Draagt deze stilte in uitspraken bij aan de rechtseenheid? Op het eerste gezicht misschien wel, de lijn van de hogere rechter blijft immers in stand. Maar op het tweede gezicht niet, want eerstelijns rechters gaan individualiseren en waslijsten hanteren, waardoor van eenheid minder sprake zal zijn. Eerder omgekeerd, de rechtseenheid wordt bedreigd als uitspraken steeds weer vooral zijn toegespitst op een individueel geval.

Tot nu toe heb ik me geconcentreerd op de motivering van uitspraken van eerstelijns rechters, maar ook voor hiërarchisch hogere rechters geldt in mijn ogen dat volledig gemotiveerde uitspraken niet alleen goed zijn voor de rechtsontwikkeling en de rechtsbescherming, maar ook voor de rechtseenheid. Goed gemotiveerde uitspraken van de hoogste instantie geven de eerstelijns rechters, procespartijen en hun gemachtigden houvast. Zij maken ook duidelijk op welke punten de strijd in de toekomst kan worden gevoerd, welke argumenten kunnen worden aangevochten en vooral zijn zij ook goed voor het vertrouwen in de rechtspraak (denk aan mijn derde hypothese). Volledige openheid over de overwegingen die tot de uitspraak hebben geleid, geeft het vertrouwen dat de rechter alle argumenten van partijen heeft gehoord en gewogen en getoetst aan het recht.

4. ZWIJGEN OF SPREKEN IN DE MEDIA

Het derde moment waarop de rechter kan kiezen of hij meer of minder van zich laat horen, is ná de uitspraak. Onder rechters heerst de algemene mening dat zij spreken via hun oordelen en er verder het zwijgen toe moeten doen. Dat is ook de uitdrukkelijke visie van de Hoge Raad.²² Als een rechter

22 HR 6 maart 2013, ECLI:NL:HR:2013:B23458, *RvdW* 2013, 601: 'Het is onwenselijk dat een comparitierechter zich na afloop van de comparitie op verzoek van een der partijen buiten een getuigengehoor om uitlaat over de betekenis die naar zijn mening toekomt aan de in zijn aanwezigheid tot stand gekomen overeenkomst.' HR 6 maart 2013, ECLI:

goed motiveert, zou hij in principe helemaal niet meer hoeven te spreken over zijn oordelen. Iets zeggen over hun uitspraken of die van hun collega's vinden de meeste rechters uit den boze.²³ Den Tonkelaar vraagt zich echter af of de rechter die door zijn vonnis spreekt genoeg zegt. 'Er zijn geluiden', zo schrijft hij, 'met name uit het juridisch forum, dat het schort aan voldoende motivering. Belangrijker is dat ook uit de maatschappij kritiek komt.'²⁴

Het komt dan ook in toenemende mate voor dat rechters over hun werk praten in de media. Dit schoot Tijn Kortmann in het verkeerde keelgat.²⁵ Volgens hem moeten leden van de zittende en staande magistratuur zich naar buiten rustig en bescheiden opstellen en gedragen. Verreweg de belangrijkste functie van rechtspraak is volgens hem 'vrede stichten en voor het stichten van vrede zijn rust, bezinning en bedachtzaamheid nodig. Vrede krijgt weinig kans in hectiek en opwinding.' Daarom moet rechtspraak zich volgens hem verre houden van politiek en van de media. 'Daar wordt immers bij voorkeur en in ieder geval vaak veel lawaai gemaakt en worden tegenstellingen vaak opgeklopt en uitvergroot.' Leny de Groot-van Leeuwen gaf het mooie beeld van de rechters die door journalisten worden verleid en verlokt, zoals schippers dat werden door de nimf met de gouden haren op de Lorelei, waardoor hun schepen tegen de rots te pletter sloegen.²⁶

Ik denk dat, zolang het nog schort aan begrijpelijke motiveringen en helder taalgebruik in uitspraken, het goed is dat er persrechters zijn om die uitspraken uit te leggen aan het publiek.²⁷ Daarnaast denk ik dat het ook goed is voor het vertrouwen in de rechter als voor het publiek zichtbaar is dat de rechter een mens is en niet een ongenaakbare ambtenaar in zijn ivoren toren.

NL:HR:2013:BZ3450, *RvdW* 2013,600: 'Het ligt niet op de weg van de rechter zijn eigen beslissing, als die eenmaal is vastgesteld en bekend gemaakt, van commentaar te voorzien of te verduidelijken, en ook niet om vragen over de betekenis van de beslissing of van onderdelen van de daarvoor gegeven motivering te beantwoorden.' En 'Het is (...) onwenselijk dat een gerechtsbestuur op verzoek van een partij of een derde, of eigener beweging, aan een rechterlijke beslissing een uitleg geeft of anderszins commentaar daarop geeft dat als een authentieke interpretatie daarvan zal worden opgevat.' HR 6 maart 2013, ECLI:NL:HR2013:BZ3462, *RvdW* 2013, 602: 'De rechter mag wel aanwijzingen geven indien een door hem ingeschakelde deskundige opheffing vraagt over bepaalde punten met betrekking tot het te verrichten onderzoek.' Voor een uitvoerige bespreking van deze uitspraken, zie Den Tonkelaar 2013.

23 Tegenwoordig wordt in strafzaken vaak de hiervoor al genoemde tussenvorm van het voorleesvonnis gekozen, een eenvoudige versie van het vonnis die door de rechter mondeling wordt uitgesproken.

24 Den Tonkelaar 2013, p. 265.

25 Kortmann 2011.

26 De Groot-van Leeuwen 2011.

27 Aldus ook De Groot-van Leeuwen & Den Tonkelaar 2012. Zij spreken over 'zwarte gaten' in de motivering.

Op de Agenda voor de Rechtspraak voor 2008-2011 stond dan ook: 'Voor verankering in de samenleving is het van belang dat de Rechtspraak de dialoog aangaat met haar omgeving, zichtbaar is in de media, kritische signalen oppakt en openheid van zaken geeft.'²⁸ Verschillende wetenschappers hebben laten zien hoe moeilijk vertrouwen in de rechtspraak te meten is. Marnix Croes stelt bijvoorbeeld de vraag: wat hebben respondenten voor ogen als zij hun vertrouwen, of gebrek daaraan, uitspreken? Denken ze bijvoorbeeld alleen aan de strafrechter?²⁹ John Griffiths vindt alle uitspraken over vertrouwen in de rechtspraak gewoon loze kreten³⁰ en ook hij vraagt zich af of mensen wel hetzelfde verstaan onder vertrouwen. Bedoelen ze betrouwbaarheid in de zin van integriteit of professionaliteit in de zin van deskundigheid of onpartijdigheid?

Hoewel ik vind dat rechters terughoudend moeten zijn met publieke optredens, omdat het tot tenenkrommende tafereelen kan leiden als een rechter in discussie gaat met de media, en omdat soms het aanzien van de rechter en van de rechterlijke macht erdoor wordt geschaad en het dus ten koste kan gaan van het vertrouwen in de rechterlijke macht, vind ik het van belang dat als er onwaarheden worden beweerd over de rechtspraak de rechterlijke macht die rechtzet. Liefst in een persbericht of verklaring en bij voorkeur niet in een praatprogramma.

5. STILTE IN DE RECHTSPLEGING EN DE RECHTER-PLAATSVERVANGER

Afzonderlijke aandacht in ons onderzoek behoeft waarschijnlijk de positie van de rechter-plaatsvervanger. Rechters-plaatsvervangers, niet zijnde gepensioneerde rechters, zullen namelijk vaak in het kader van hun andere functie(s) van zich hebben laten horen. Dat kan problemen opleveren als zij over soortgelijke problemen eerder hebben gesproken of gepubliceerd als die waarmee zij als rechter-plaatsvervanger in een concrete zaak worden geconfronteerd.

Op 13 juli 2012 oordeelde de meervoudige belastingkamer van de rechtbank Breda dat het gunstige belastingregime voor ondernemers die een bedrijf erven ook geldt voor de erfgenamen van privévermogen.³¹ De uitspraak zou mogelijk grote financiële consequenties hebben. Een van de drie betrokken rechters was de Tilburgse hoogleraar belastingrecht Van Vijfeijken, rechter-plaatsvervanger in Breda. Haar betrokkenheid bij de uitspraak in Breda werd in diverse media en in de Tweede Kamer ter discussie gesteld, omdat

²⁸ *Agenda voor de Rechtspraak 2008-2011*.

²⁹ Croes 2011.

³⁰ Griffiths 2011.

³¹ Rechtbank Breda, 13 juli 2012, Zaaknummer 11/5509, ECLI:NL:GHSHE:2013:BZ7841.

de uitspraak in het verlengde lag van de mening die Van Vijfeijken als hoogleraar over dit thema had geuit. Als hoogleraar had zij zich uitgesproken tegen een onderscheid tussen ondernemings- en privévermogen in de Successiewet. Dit onderscheid zou volgens haar discriminerend zijn. Naar aanleiding van de discussie over het optreden van Van Vijfeijken zei Van den Emster, voorzitter van de Raad voor de rechtspraak, op 27 augustus 2012: 'De Rechtspraak zou terughoudend moeten zijn bij het inschakelen van rechters en raadsheren-plaatsvervangers. Ik denk dat we zo veel mogelijk moeten proberen te organiseren dat we reguliere rechters inzetten, zeker bij belangrijke zaken.'³²

Omdat ik zelf rechter-plaatsvervanger ben en ook ik ter zitting wel eens ben geconfronteerd met kwesties waarover ik me eerder heb uitgelaten, heb ik me beraden en ook met de rechtbank besproken of ik me in dat soort gevallen zou moeten verschonen vanwege vooringenomenheid. Ik meen van niet.

Een van de belangrijkste redenen dat rechters-plaatsvervangers worden ingeschakeld, is vanwege hun expertise. Als rechters-plaatsvervangers zich zouden moeten verschonen in alle zaken waarin bekend is dat zij een bepaalde expertise hebben en zij zich op basis daarvan misschien al eerder een oordeel hebben gevormd over rechtsvragen op het terrein van die expertise, verliest het inschakelen van plaatsvervangers voor een belangrijk deel zijn nut. Natuurlijk is een andere functie van het inschakelen van plaatsvervangers hun frisse blik en kunnen ook zij door tunnelvisie verblind zijn, maar eerdere oordeelsvorming op basis van studie en ervaring heeft in mijn ogen niets te maken met onafhankelijkheid en onpartijdigheid. Ook fulltime rechters zullen vaak al eerder over vergelijkbare kwesties hebben moeten oordelen en daarover hun gedachten hebben gevormd. En ook zij worden op zitting zo nu en dan geconfronteerd met hun eerdere uitspraken.

Voor procespartijen heeft het voor- en nadelen om de visie van de rechter op de problematiek te kennen (niet zo heel anders dan de voor- en nadelen van spreken of zwijgen ter zitting die ik noemde onder punt 2), in mijn ogen vooral voordelen. Zij kennen die visie en kunnen hun argumenten daarop toespitsen. Als de visie van de rechter(-plaatsvervanger) niet bekend is, wil dat niet zeggen dat hij die visie niet heeft. Bovendien is het prettig voor procespartijen als wordt geoordeeld door een specialist, iemand met kennis van zaken. Het nadeel kan zijn dat de frisse blik ontbreekt. Als belangrijkste remedie daartegen zie ik een zo divers mogelijk samengestelde meervoudige

32 Den Haag 27 augustus 2012, zie www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Pages/Voorzitter-Raad-Terughoudend-in-gebruik-rechter-plaatsvervanger.aspx.

kamer en het zou me niet verbazen als ik daarmee op één lijn zit met Leny de Groot-van Leeuwen.³³

De rechter-plaatsvervanger heeft andere momenten waarop de vraag zwijgen of spreken lastiger voor hem is, althans zo ervaar ik dat. Hoever kan hij gaan met het behandelen van zaken waarin hij zelf als rechter is opgetreden in colleges voor studenten? Kan hij nog spreken en schrijven over het functioneren van de rechterlijke macht en kan hij daar onderzoek naar doen? Zo ja, is zijn methode er dan wel of niet een van participerende observatie? Kan hij annotaties schrijven onder uitspraken van zijn collega-rechters? Op dit moment oordeel ik daar (in overleg met de rechtbank) van geval tot geval over, maar het zou in mijn ogen nuttig zijn om het spreken of zwijgen van rechters-plaatsvervangers bij ons op te zetten onderzoek te betrekken.³⁴

6. ZWIJGEN IS ZILVER, (RECHT)SPREKEN IS GOUD

De Indiase Meher Baba zweeg 44 jaar lang en werd daarom vereerd als een wijs man. Pete Townshend stelde deze verering aan de kaak in de film *Tommy*, over het leven van Baba, een ogenschijnlijk doofstomme en blinde flipperkampioen die zich goeroe ging noemen en door zijn volgelingen werd aanbeden als een wijze, hoewel hij een volkomen inhoudsloos leven leidde. Hebben stille wateren wel zulke diepe gronden of verhult die stilte een leegte? Of is het een dekmantel voor lafheid om verantwoordelijkheid te nemen?

Terug naar mijn drie hypothesen:

Voor alle drie de hypothesen zijn aanwijzingen te vinden in eerder onderzoek, maar toch zijn ze nu nog meer stellingen dan de resultaten van empirisch wetenschapsbeoefening. De eerste hypothese – zwijgende rechters zijn in het nadeel van de onervaren procespartij – berust vooral op onderzoek naar de positie van *one shooters* en *repeat players* in het recht, waarbij het perspectief van de procespartij centraal staat. Het zou interessant zijn om de rechter centraal te stellen en na te gaan wát hij doet aan ongelijkheidscompensatie, hóe hij dat doet en wat hij níet doet, maar misschien wel noodzakelijk zou vinden, en of zijn keuze om te spreken of te zwijgen samenhangt met de noodzaak die hij al dan niet ziet tot ongelijkheidscompensatie.

De tweede hypothese – het verzwijgen of verhullen van argumenten in de motivering is niet in het belang van de rechtsontwikkeling of de rechtsbe-

33 Zie onder meer: De Groot-van Leeuwen 2013 en Böcker & De Groot-van Leeuwen 2006.

34 Eerder onderzoek naar rechters-plaatsvervangers is onder meer gedaan door Van Emmerik, Loof & Schuurmans 2014, p. 90-95. Zie ook in deze bundel de bijdrage van Böcker & Jettinghoff.

scherming en zelfs niet altijd in dat van de rechtseenheid – sluit aan bij het onderzoek dat Leny de Groot-van Leeuwen c.s. hebben verricht naar de motivering van vonnissen in strafzaken. Maar ook daar geldt dat een ander perspectief, namelijk dat van de rechter, interessant zou kunnen zijn. Onderzoek naar de vraag welke keuzes rechters maken bij de motivering en waarom, welke overwegingen zij hebben om argumenten wel of niet te noemen en wat de effecten daarvan zijn, kan belangrijke informatie opleveren voor de rechterlijke macht. Deze informatie zou de motivering van uitspraken kunnen versterken, maar ook inzicht kunnen geven in de relaties tussen enerzijds rechters onderling en anderzijds tussen rechters en procespartijen.³⁵

De derde hypothese – sprekende rechters dragen meer bij aan het vertrouwen in de rechtspraak dan zwijgende rechters – is het meest kwetsbaar. Er kan meer vertrouwen uitgaan van de magische stilte van de sfinx, van een nauwelijks gemotiveerde uitspraak (hoe uitgebreider de motivering hoe kwetsbaarder voor kritiek) en rechters die met de media praten maken zich helemaal kwetsbaar. *In dubio abstine*, raadt Leny aan, maar toch durf ik deze hypothese aan. Er wordt veel onderzoek verricht naar vertrouwen in de rechter, maar voor zover ik weet, nog te weinig vanuit het perspectief van de rechter. Wat doet hij wel en niet om vertrouwen in hemzelf of in de rechterlijke macht te vergroten? Meent hij dat spreken of zwijgen tijdens de zitting, in zijn motiveringen en na de uitspraak, daaraan bijdraagt?

De bekende compositie 4'33" van John Cage bestaat uit drie delen, elk met de instructie 'stilte'. De eerste uitvoering vond plaats door David Tudor op 29 augustus 1952, die 4 minuten en 33 seconden achter de piano zat zonder een klank voort te brengen. John Cage is er beroemd mee geworden, maar deze *sound of silence* kan wat mij betreft niet meer dan één keer imponeren en dan nog slechts vanwege het originele idee, want eigenlijk staat die stilte gewoon voor niets.³⁶

Ik hou van stilte: ik zou liever doof zijn dan aan tinnitus lijden, ik zou liever altijd stilte om me heen hebben dan altijd muziek en ik verwijs de uitvinder van de bladblazer. Ik hou van stilte, niet omdat ik stilte kunstzinnig of muzikaal vind, maar omdat stilte rust en ruimte geeft om ongestoord na te denken. Toch ben ik ervan overtuigd dat inspiratie vooral voortkomt uit conversatie en dat de wetenschap, zeker de rechtswetenschap, slechts vooruitgang kan boeken door communicatie en gedachtewisseling.

35 In het kader van het Promis II-onderzoek zijn rechters wel al uitvoerig bevroegd over de motivering in strafzaken. *Eindrapport Promis II*.

36 Dat neemt niet weg dat ik het eens ben met Krieger 2001, p. 212, dat het laten vallen van stiltes in communicatie functioneel kan zijn en wel degelijk voor iets kan staan: 'Silence is not the absence of language, but an integral part of it.'

Het belang van stilte is onderschat, maar de inhoud van stilte is overschat. Het is te waarderen als mensen die niets te zeggen hebben zo wijs zijn om hun mond te houden, maar het is zeer schadelijk als er iets moet worden gezegd en iedereen zijn mond houdt.

Leny de Groot-van Leeuwen zal zich door leeftijdsgrenzen het zwijgen niet laten opleggen. Dat is fijn voor ons en goed voor de rechtspleging.

LITERATUUR

- Bennekom, W. van (1998) 'E Pericoloso Sporgersi. Over onpartijdigheid en onafhankelijkheid van de vreemdelingenrechter', in: J.D.M. Steenbergen (red.), *Ongebogen recht. Opstellen aangeboden aan prof. dr. H. Meijers*, Den Haag: Sdu.
- Böcker, A. & L. de Groot-van Leeuwen (2006) *Meer van minder in de rechterlijke macht. Etnische diversiteit onder rechters in zes landen*. Nijmegen: Wolf Legal Publishers.
- Boeles, P. (1996) 'Vreemdelingenbulletin rechtbank Den Haag 1996', 21, p. 11-14, 4 december.
- Boeles, P. (2012) *Zeven dilemma's van de vreemdelingenrechter*, lezing 5 oktober 2012, ter gelegenheid van 70 jaar Pieter Boeles en 15 jaar *Jurisprudentie Vreemdelingenrecht*.
- Boeree, J. & H. Schaberg (2013) 'Drieluik: Kansen en valkuilen van de nieuwe zaaksbehandeling', *A&MR*, nr. 3, p. 142-148.
- Bruinsma, F. (1995) *Korte gedingen, een rechtssociologisch verslag*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink.
- Croes, M. (2011) 'Heeft de burger vertrouwen in de rechter?', in: M.L.M. Hertogh & H.A.M. Weyers (red.), *Recht van onderop. Antwoorden uit de rechtssociologie*, Nijmegen: Ars Aequi Libri, p. 301 e.v.
- Eindrapport Promis II. Project motiveringsverbetering in strafvonnissen*, november 2007 (online te vinden op: http://www.archive.org/stream/Eindrapport-Promis2/EindrapportPromis2_djvu.txt).
- Emmerik, M. van, J.-P. Loof & Y. Schuurmans (2014) *Systeemwaarborgen voor de kernwaarden van de rechtspraak*, Research Memorandum 2014-3, Den Haag: Sdu.
- Galanter, M. (1974) 'Why the haves come out ahead. Speculations on the Limits of Social Change', *Law and Society Review*, p. 95-160.
- Griffiths, J. (2011) 'Vertrouwen in de rechtspraak', *NJB*, afl. 16, p. 1028-1032.
- Groenendijk, K. & A. Terlouw (2009) *Tussen onafhankelijkheid en hiërarchie. De relatie tussen vreemdelingenrechters en de Raad van State 2001-2007*, Den Haag: Sdu.

- Groot van Leeuwen, L.E. de (2011) 'Rechters, politici en journalisten in infotopia', in: J.D.A. den Tonkelaar & K.G. de Vries (red.), *Omgangsvormen tussen politici en rechters*, SteR-reeks deel 9, Deventer: Kluwer, p. 19-22.
- Groot-van Leeuwen, L.E. de & J.D.A. den Tonkelaar (2012) 'Epiloog', in: L.E. de Groot-van Leeuwen & J.D.A. den Tonkelaar (red.), *Rechtsvinding op veertien terreinen*, SteR-reeks deel 12, Deventer: Kluwer.
- Groot-van Leeuwen, L. de (2013) 'Omstreden rechtspraak en rechters-plaatsvervangers', *Ars Aequi*, p. 386-388.
- Groot-van Leeuwen, L. de, M. Laemers & I. Sportel (2015) *Onderzoek motivering van strafvonnissen*, Den Haag: WODC.
- Haidt, J. (2013) *The Righteous Mind. Why good people are divided by Politics and religion*, London: Penguin.
- Kortmann, C.A.J.M. (2011) 'Tien stellingen', in: J.D.A. den Tonkelaar & K.G. de Vries (red.), *Omgangsvormen tussen politici en rechters*, SteR-reeks deel 9, Deventer: Kluwer, p. 47-50.
- Krieger, S.H. (2001) 'A Time to Keep Silent and a Time to Speak: The Functions of Silence in the Lawyering process', *Oregon Law review*, p. 199-266.
- Niemeijer, B. (2014) 'Galanter revisited: Do the "Haves" (Still) Come out Ahead?', in: B. Hubeau & A. Terlouw, *Legal Aid in the Low Countries*, Cambridge: Intersentia, p. 85-102.
- Raad voor de rechtspraak (2008) *Agenda voor de Rechtspraak 2008-2011*, Den Haag: Raad voor de rechtspraak.
- Terlouw, A.B. (2003) *Tussen uitspraak en afspraak*, diss. Nijmegen, Meppel: Boom Juridische uitgevers.
- Tonkelaar, H. den (2013) 'De rechter spreekt door zijn vonnis – daar moeten we het mee doen', *Trema*, p. 259-265.
- Wermink, H., J. de Keijser & P. Schuyt (2012) 'Verschillen in straftoemeting in soortgelijke zaken. Een kwantitatief onderzoek naar de rol van specifieke kenmerken van de dader', *NJB*, afl. 11, p. 726-733.