

DE SCHRIJVENDE RECHTER?

Jim van Mourik & Koen van Vught

Veel vooraanstaande rechters hebben publicaties op hun naam staan. Zo schreven Haak, Davids en Corstens tijdens hun rechterschap – allen zouden het tot president van de Hoge Raad schoppen – de handboeken *Procederen in Rijnvaartzaken*, *Burenrecht* respectievelijk *Het Nederlands strafprocesrecht*. Dat verbaast niet. Zeker raadsheren, ook aan de hoven, worden mede vanwege hun wetenschappelijke kwaliteiten benoemd. Dat zij de bewerking van hun werken ook tijdens het rechterschap voortzetten, verbaast op het eerste oog evenmin. Hun rechterlijke ervaring komt het handboek ongetwijfeld ten goede.

Toch spreekt de schrijvende rechter niet vanzelf. Allereerst bestaat het gevaar dat de rechter zich onbedoeld uitlaat over een vraag die in een toekomstige zaak aan de orde komt. Zo liet een Belgische rechter zich in een redactioneel uit over de implementatie van het *Salduz*-arrest in het Belgisch strafrecht, een onderwerp dat later terugkwam in een aan hem toebedeelde zaak. De rechter in kwestie kwam met de schrik vrij. Het Hof van Cassatie verwierp een tegen hem gericht wrakingsverzoek, omdat een rechter naar zijn oordeel wetenschappelijk opiniërend mag schrijven mits 'met de gematigdheid en genuanceerdheid die het optreden van een magistraat steeds dient te kenmerken' (Cass. 15 oktober 2010, AR C.10.0580.N, overw. 4).

Het kan ook een risico zijn dat de rechter napeit in eigen zaak, dat wil zeggen commentaar levert op een mede door hem gegeven beslissing. Hierbij hoeft het niet om een scherpzinnige annotatie of dito redactioneel te gaan. Wat te denken van een ogenschijnlijk neutraal handboek? Ook daarin duidt de bewerker, min of meer uitdrukkelijk, de rechtspraak. Het noemen of juist weglaten van een arrest bij een bepaald leerstuk kan al veel zeggen, laat staan het betrekken van arresten op gevallen die daarin niet uitdrukkelijk zijn beslist.

Opmerkelijk genoeg leggen de gedragsregels en -codes de schrijvende rechter geen strobreed in de weg. Artikel 2.5.4 van de NVvR-Rechterscode verbiedt weliswaar het schrijven over zaken die onder de rechter zijn, maar biedt de rechter verder alle ruimte. Zolang de rechter maar op persoonlijke titel schrijft, is er volgens de code weinig aan de hand. Ook de Hoge Raad stelt geen strenge eisen. Hij verwierp een klacht tegen advocaat-generaal Wattel, die op persoonlijke titel een redactioneel schreef over belastingheffing als middel voor 'totalitaire machthebbers' om 'politieke tegenstanders' onschadelijk te maken (*NJB* 2012/1598). Heeft een rechterlijk ambtenaar geschreven over een kwestie die in een latere zaak speelt, aldus de Hoge Raad, dan betekent dat in het algemeen niet dat aan een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak moet worden getwijfeld. In casu woog mee dat Wattel als fiscaal advocaat-generaal geen conclusie zou hoeven nemen in de civielrechtelijke kwestie waarover hij schreef (HR 7 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:509).

Wij zouden een iets strengere benadering willen voorstaan. Allereerst mag schrijven 'op persoonlijke titel' geen vrijbrief zijn. Dit is een schijnconstructie. Aannemelijk is immers – empirisch onderzoek hebben wij nochtans niet verricht – dat een rechter met één enkel brein geëquipeerd is. Wat iemand op persoonlijke titel vindt, vindt diegene in de raadkamer ook. Als een rechter schrijft dat hij een bepaald verweer 'persoonlijk' nooit toewijsbaar acht, mogen we aannemen dat hij dat in de raadkamer ook niet zal doen. Dus moeten rechterlijke schrijfsels, persoonlijk en in functie, aan dezelfde maatstaven voldoen. Terughoudendheid is derhalve steeds aangewezen. Waar de rechter denkkelijk namens zijn college spreekt, zou bovendien overleggen met collegae geen overbodige luxe zijn. In zijn lezenswaardige artikel, verschenen in dit blad, gaf Bakels het goede voorbeeld: blijkens de sternoot vroeg hij een tweetal mede-raadsheren om commentaar (AA20150927).

Verder rijst de vraag of de bewerker aan wie een rechterlijk ambt ten deel valt, niet de pijp aan Maarten moet geven. Juist een handboek komt niet zelden een groot gezag toe binnen de juridische wereld. Wat in de Asser staat geschreven, heeft bij benadering de status van geldend recht. Hoe groot is de wetenschappelijke waarde van een handboek, als het de jurisprudentie van de Hoge Raad weinig kritisch beschouwt? Juist omdat de schrijvende rechter terughoudend moet zijn, neemt de wetenschappelijke waarde van zijn werk af. En dat is jammer, zeker waar een meer onbevangen en evengoed ervaren bewerker het stokje zou kunnen overnemen.

Intussen roepen wij graag op tot debat. Hoe vlot mag de pen van de schrijvende rechter zijn?