

OBITER DICTUM

De overweging ten overvloede in de hedendaagse praktijk

Hans den Tonkelaar*

De veranderde opvattingen over de taak van de rechter kunnen een toename van overwegingen ten overvloede meebrengen. Er zijn grenzen aan de mogelijkheden die zo'n overweging biedt. Eén ervan is dat de rechter in de tekst van de uitspraak rechter blijft en zich niet uit als privé-persoon.

Wat is een obiter dictum?

De chique benaming voor de overweging ten overvloede is 'obiter dictum'. Letterlijk kan dit Latijn vertaald worden als 'bij gelegenheid gezegd'. Een rechter grijpt de gelegenheid die het doen van een uitspraak biedt, aan om in de motivering daarvan iets te zeggen wat voor de uitspraak strikt genomen overbodig is, maar wat hij toch naar aanleiding van de zaak kwijt wil.

Wat is in dit verband 'overbodig'? De Hoge Raad heeft in het arrest *Vredo/Veenhuis* aangegeven welke minimumeis aan de motivering moet worden gesteld door te overwegen

'dat elke rechterlijke beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtegang om de beslissing zowel voor partijen als voor derden – in geval van openstaan van hogere voorzieningen: de hogere rechter daaronder begrepen – controleerbaar en aanvaardbaar te maken'.¹

Wie aan het hier bedoelde criterium voldoet, kan men zeggen, heeft voldoende gemotiveerd. En dan is een overweging die niet behoort tot de gedachtegang die aan de beslissing ten grondslag ligt, overbodig. Ik zal dit hierna 'motiveringstechnisch overbodig' noemen.

Wanneer is er sprake van een overweging ten overvloede?

Het is niet altijd makkelijk vast te stellen of er van een overweging ten overvloede sprake is. Weliswaar geven rechters soms expliciet te kennen dat ze er eentje geven, maar er geldt een materieel criterium. De rechter kan dus een overweging niet met een toverwoord, 'ten overvloede', of simpelweg 'overigens', buitenspel zetten en daarmee buiten het bereik

van een hogere rechter plaatsen, die zich immers buigt over de gedachtegang die tot de aangevochten uitspraak heeft geleid. Is in een civiele zaak gegriefd tegen een 'overweging ten overvloede' die toch een deel van die gedachtegang bevat, dan is een oordeel daarover zinloos. Aan de andere kant zal een grief tegen een overweging die niet tot de beslissing heeft bijgedragen, niet kunnen slagen.

Maar er zijn nog meer complicerende factoren. Zo komen we met enige regelmaat ogenschijnlijk ten overvloede gegeven overwegingen tegen die in werkelijkheid bedoeld zijn om bij te dragen tot de inzichtelijkheid en de aanvaardbaarheid van de gedachtegang die tot de beslissing heeft geleid. Daarmee zijn ze gelet op *Vredo/Veenhuis* niet motiveringstechnisch overbodig. Ook zijn er motiveringstechnisch overbodige overwegingen waarin de rechter partijen voorlicht, niet over de gedachtegang die tot de beslissing leidde, maar over de procedure.

De rechter kan een overweging niet met een toverwoord, 'ten overvloede', of simpelweg 'overigens', buitenspel zetten en daarmee buiten het bereik van een hogere rechter plaatsen

Veranderde opvattingen over de taak van de rechter

Deze situaties hebben met elkaar gemeen dat de rechter partijen de helpende hand biedt.

* Prof. mr. J.D.A. den Tonkelaar is oud-rechter en emeritus hoogleraar Rechtspraak aan de Radboud Universiteit.
1 HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986, NJ 1993/659 m.nt. D.W.F. Verkade (*Vredo/Veenhuis*).

Men kan zich afvragen wat van een rechter in het kader van een beslissing verwacht mag worden. De opvattingen over de rechterlijke taak zijn veranderd. Dit is een uitloeiing van de regisseursrol die de rechter, vooral in bestuurs- en civiele zaken, steeds meer inneemt en waar ook de wetgever van uitgaat. De zuiver technische beoordeling van partijstandpunten en de beantwoording van rechtsvragen staan voor de rechter centraal, maar er is ook plaats voor een meer omvattende aanpak die uiteindelijk op grotere efficiëntie van de procedure en zo mogelijk ook beëindiging van het geschil gericht is. Ook de rechters zelf zijn zich van deze verandering bewust. Men kan daarom verwachten dat zij zich in uitspraken in toenemende mate niet meer zullen beperken tot een minimale motivering aan de hand van de eisen van *Vredo/Veenhuis*. Dat gebeurt in overwegingen die motiveringstechnisch overbodig zijn.

Een overweging die niet in strikte zin bijdraagt tot de beslissing, maar waarin partijen voorgelicht worden, mag een overweging ten overvloede zijn volgens het criterium van *Vredo/Veenhuis*, maar dat is zij niet in de beleving van de procespartijen. Sterker: het ontbreken ervan zou in de ogen van partijen die van de hier bedoelde, brede rechterlijke taak uitgaan, zelfs een gemis kunnen zijn. Er ontstaat dus discrepantie tussen het juridische begrip 'overweging ten overvloede', dat een motiveringstechnische achtergrond heeft, en de inhoud van de uitspraak zoals die langzamerhand maatschappelijk wenselijk is geworden.

Er ontstaat discrepantie tussen het juridische begrip 'overweging ten overvloede', dat een motiveringstechnische achtergrond heeft, en de inhoud van de uitspraak zoals die langzamerhand maatschappelijk wenselijk is geworden

Voorbeelden bij het voorgaande

Aan de hand van enkele voorbeelden zal ik proberen het voorgaande wat concreter te maken. Met die voorbeelden komen wij ook aan recente zaken waarin overwegingen ten overvloede de aandacht hebben getrokken.

Allereerst zijn daar de overwegingen, soms zelfs expliciet als 'ten overvloede' aangeduid, die juist meer inzicht in de gedachtegang van de rechter willen geven, zoals passages die beginnen met 'Als dit anders zou zijn, dan zou dit overigens betekenen dat [...]'; waarop dan een uiteenzetting volgt waaruit moet blijken dat een andere wijze van beantwoorden van de rechtsvraag tot een onhoudbare of absurde situatie zou leiden. De gevolgde gedachtegang wordt hiermee vooral ten behoeve van degene wiens opvatting wordt verworpen, verduidelijkt en daarmee – hopelijk – aanvaardbaar gemaakt. Daarmee valt de overweging, zoals ik al aangaf, binnen de minimum-eisen van *Vredo/Veenhuis*. Van een overweging ten overvloede is geen sprake.

In dit verband wijs ik ook op de in civiele vonnissen veel voorkomende woorden 'Nu gesteld noch gebleken is dat [...] oordeelt de rechtbank [...]'. Hier lijkt een stukje overweging ten overvloede in te zitten, al wordt deze passage nooit zo genoemd. Maar de hier bedoelde woorden in vonnissen sluiten aan bij het vorige voorbeeld in die zin dat één van partijen voorgelicht wordt, zelfs een lesje krijgt. In het vorige voorbeeld betrof dat een nadere uitleg van de verwerping van een standpunt, hier wordt aangegeven dat een andere procesopstelling wel eens tot een andere beslissing had kunnen leiden. Met andere woorden: de rechter geeft uitleg over de aanpak van een procedure.

Een vrij recent en gepubliceerd voorbeeld van rechterlijke uitleg is het volgende. Na afwijzing van een verzoek tot toepassing van de schuldsaneringsregeling wordt te laat hoger beroep ingesteld. Het hof komt tot niet-ontvankelijkheid, maar overweegt ook dat gebleken is 'dat er geen reële mogelijkheden zijn dat [appellant] tot een buitengerechtelijke schuldregeling kan komen met zijn crediteuren'. Hierop geeft het hof een advies: 'Gelet daarop lijkt een nieuw minnelijk traject dan ook niet noodzakelijk en zou [appellant] binnen afzienbare tijd een nieuw verzoekschrift tot toepassing van de wettelijke schuldsaneringsregeling ter griffie van de rechtbank kunnen indienen'.² Als een zaak op een formaliteit strandt, kan het partijen helpen aan te geven wat gebeurd zou zijn als de zaak niét was gestrand.

Dergelijke adviezen, waarin een rechter met partijen meedenkt over de verdere aanpak van het geschil, kom je regelmatig in uitspraken tegen. Sommige procedures, zoals op civielrechtelijk gebied het voorlopig getuigenverhoor en de deelgeschilprocedure, lenen zich daar in het bijzonder voor. De advisering door de rechter komt echter in allerlei procedures voor. Ze beperkt zich meestal tot de lopende procedure. Zo kan een civiele rechter die een bewijsopdracht geeft en bovendien een deskundigenrapport in het vooruitzicht stelt – waarmee de procedure lang en kostbaar kan worden – partijen adviseren eerst eens met elkaar in gesprek te gaan om na te gaan of zij in overleg de procedure kunnen afslanken. Meestal overigens, zal dit al op een zitting gedaan zijn, maar ook in vonnissen is een dergelijk advies niet ongebruikelijk.

Een advies kan ook gericht zijn op het voorkómen van een volgende procedure. De rechtbank Den Haag gaf bijvoorbeeld in een vervolg op de *Satudarah*-zaak ten overvloede expliciet een reactie op een niet naar voren gebrachte stelling ('Mocht Satudarah het standpunt innemen dat de benoeming van de vereffenaar niet uitvoerbaar bij voorraad kan (of behoort te) worden verklaard...') en verwierp vervolgens het niet ingenomen standpunt om een nodeloos debat hierover te voorkomen.³ Men moet zich wel realiseren dat dit slechts een visie is van een college dat de bewuste rechtsvraag niet voorgelegd heeft gekregen. De overweging bindt partijen niet, maar ze weten dat een rechter er zo over kan denken en daar kunnen zij bij het bepalen van hun strategie rekening mee houden.

Dergelijke overwegingen ten overvloede kunnen zich ook tot een ander dan (een van de) procespartijen richten, zoals de volgende vrij dwingende vermaning.

2 Hof Den Haag 6 december 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:3359.

3 Rechtbank Den Haag 28 augustus 2018, ECLI:NL:RBDHA:2018:10452.



Foto: Manon Heinsman | © Ars Aequi

'De kinderrechter stelt in deze zaak vast dat [de minderjarige], zijn ouders, de GI en het behandelteam van [gesloten accommodatie] hard aanlopen tegen de problematiek van wachtlijsten in de jeugdhulp [...]. [de minderjarige] dient gemotiveerd te blijven en gestimuleerd te worden om zich te ontwikkelen tot een volwassene die naar vermogen kan deelnemen aan de samenleving. Dit is een fundamenteel recht dat [de minderjarige] heeft, welk recht onder meer is vastgelegd in het Internationaal Verdrag voor de Rechten van het Kind. De overheid, in dit geval de gemeente [plaats], dient alle mogelijke maatregelen te treffen om de rechten van [de minderjarige] te realiseren. Het ligt in deze zaak uitdrukkelijk op de weg van de gemeente om ten behoeve van [de minderjarige] zo spoedig mogelijk, in ieder geval binnen drie maanden, de benodigde maatregelen te treffen ter voorzetting van de benodigde jeugdhulp'.⁴

Ook hier gaat het om een advies dat een rechter geeft vanuit zijn positie als rechter, een positie die meebrengt dat hij gezien mag worden als ter zake deskundig, op de hoogte van het recht en ervaren in het regisseren van procedures. Maar rechters gaan ook wel verder en geven dan gewoon persoonlijk, als mens, een lesje. Het is volgens mij nog maar de vraag of dit van de hedendaagse rechter verwacht of zelfs geaccepteerd wordt, zoals het volgende voorbeeld illustreert.

De wildplassende dame

Geruchtmakend was de zaak van de wildplassende dame op het Leidseplein. Het ging om een overtreding en zij erkende het wildplassen. Dan ben je snel klaar met zo'n zaak, al kan tijdens de behandeling natuurlijk aan de orde komen dat de reden om wild te

plassen was dat er onvoldoende openbare toiletfaciliteiten voor vrouwen zijn. Een complicerende factor is dat het om de mondelinge uitspraak van een kantonrechter gaat, maar uit een reeks vrijwel gelijklopende mediaverslagen blijkt wat de rechter overwoog.⁵ De kantonrechter 'dacht hardop', zo formuleerde de NRC: 'Je kunt als vrouw ook in een urinoir plassen. Dat is misschien niet prettig, maar het zou wel kunnen'. Het valt op dat dezelfde rechter volgens het AD ook nog uitdrukkelijk een overweging ten overvloede gaf: 'Neerzetten van toiletten is *overigens* [cursivering d.T.] een gunst van de gemeente. De gemeente is het niet verplicht.' Vrijwel alle media reageerden verbaasd tot geschokt op de uitspraak en *GeenStijl* vond in de uitspraak munitie om te koppen: 'Rechter veegt discriminatiegeleuter van tafel'. Dat kan gebeuren als je hardop gaat denken.

Het is mooi dat de NRC de uitdrukking 'hardop denken' gebruikte omdat de motivering van een uitspraak volgens het arrest *Vredo/Veenhuis* een gedachtegang bevat. Maar de uitdrukking geeft ook aan wat een rechter niet moet doen: hardop denken en niet eerst even nadenken. Het is van belang hierbij voor ogen te houden dat de rechter uitsluitend 'spreekt door zijn vonnis'.⁶ Weliswaar heeft een rechter daarbuiten ruimschoots de gelegenheid zich uit te laten over juridische en andere kwesties, maar over een concrete, hem voorgelegde zaak laat de rechter zich alleen in de uitspraak uit.⁷ De overweging ten overvloede maakt deel uit van een uitspraak en is er niet om als particulier persoon je mening in een voorliggende procedure te geven.

- 4 Rechtbank Noord-Holland 17 november 2017, ECLI: NL:RBNHO:2017:9671.
- 5 Zie de vrijwel gelijklopende berichten in De Volkskrant, Het Parool, Trouw, NRC Handelsblad, AD, De Telegraaf, NOS en RTL Nieuws over de uitspraak van de Amsterdamse kantonrechter op 18 september 2017.
- 6 De uitdrukking is onder meer door de HR gebruikt in het persbericht bij zijn drie uitspraken van 6 maart 2013: ECLI:NL:HR:2013:BZ3458, ECLI:NL:HR:2013:BZ3450 en ECLI:NL:HR:2013: BZ3462.
- 7 Over de vrijheid van meningsuiting van de rechter: S. Dijkstra, *De rechter als evenwichtskunstenaar: De vrijheid van de rechter om zijn persoonlijke meningen en overtuigingen te uiten* (diss. OU), Den Haag: Boom juridische 2016.

Deze voorzieningenrechter gaat er kennelijk van uit dat de grote belangstelling voor de zaak betekent dat het op prijs gesteld wordt dat ook hij aan het maatschappelijk debat deelneemt. Dit uitgangspunt lijkt mij niet juist

De Zwarte Pieten-zaak

Bijna even geruchtmakend als de wildplasmaak was de recente *Zwarte Pieten*-zaak, een kort geding in Haarlem. De Stichting Majority Perspective voerde een collectieve actie om, kort gezegd, de figuur van Zwarte Piet aangepast te krijgen. De wet eist bij een collectieve actie dat voorafgaand aan een rechtszaak overleg wordt met de andere partij. Zulk overleg heeft niet plaatsgevonden en dit leidt tot niet-ontvankelijkverklaring van de stichting in haar vordering. In deze zaak ligt er een schriftelijk vonnis met een reeks expliciet als ten overvloede gepresenteerde overwegingen.⁸ Ik geef enkele onderdelen van de uitspraak weer en ga aan de hand van het voorgaande na wat de rechter hier gedaan heeft. In dit vonnis overweegt de voorzieningenrechter (let vooral op het uitblijven van overleg dat 6.11 noemt):

‘6.11. De voorzieningenrechter is [...] van oordeel dat de Stichting inderdaad niet heeft voldaan aan de voorwaarde dat voorafgaand overleg moet zijn gevoerd. Die voorwaarde moet in een zaak als deze van grote betekenis worden geacht [...].’

6.12. Het voorgaande brengt mee – en dat is de beslissing in deze zaak – dat de Stichting ten aanzien van alle gedaagden in haar vorderingen niet kan worden ontvangen.

6.13. Dat betekent dat de voorzieningenrechter aan een inhoudelijke beoordeling van de vorderingen niet kan toekomen. De intocht en de televisie-uitzending daarvan kunnen doorgaan op de manier waarop de organisatoren die hebben voorbereid.’

Na overweging 6.13 volgt de zin:

‘Vanwege de grote belangstelling voor de zaak en bij wijze van – niet bindende – bijdrage van de voorzieningenrechter aan het maatschappelijk debat, wordt over de inhoud van de zaak toch wat gezegd.’

Dat grote belangstelling voor een zaak een reden kan zijn om extra uitleg aan het vonnis toe te voegen, is juist. Het gebeurt op steeds grotere schaal en vooral door strafrechters met succes. Maar deze voorzieningenrechter lijkt meer te willen. Hij gaat er kennelijk van uit dat de grote belangstelling voor de zaak betekent dat het op prijs gesteld wordt dat ook hij aan het maatschappelijk debat deelneemt. Dit uitgangspunt lijkt mij niet juist. De samenleving wacht niet op een rechter die de behandeling van een zaak aangrijpt om zich in het maatschappelijk debat te mengen. Dat had deze rechter in theorie overigens kunnen doen door een artikel of een ingezonden brief te schrijven, maar daaraan kwam in de weg te staan dat hij de zaak behandelde. De weg naar een vrije deelname aan het maatschappelijk debat was daarmee afgesloten. Overigens is het altijd mogelijk dat

een rechterlijke uitspraak als zodanig een rol speelt in het maatschappelijk debat. Dat geldt niet alleen voor de *Urgenda*-zaak!

Uit de woorden ‘niet bindende’ in de op overweging 6.13 volgende zin van de voorzieningenrechter kan, ondanks zijn eigen woorden, afgeleid worden dat de rechter tóch niet het maatschappelijk debat op het oog heeft, maar vooral partijen zelf. Alleen bij hen immers zou de gedachte dat de rechterlijke overwegingen bindend zijn, kunnen ontstaan. De voorzieningenrechter lijkt inderdaad het oog op de partijen te hebben. Wat hij in zijn overwegingen ten overvloede gaat doen, is namelijk nadere uitleg aan partijen geven. Hij geeft uitgebreid aan wat er volgens hem gebeurd zou zijn als de eisende stichting wél ontvankelijk geweest was. We zagen al dat als een zaak op een formaliteit strandt, het kan helpen partijen uit te leggen wat volgens de rechter gebeurd zou zijn als de zaak niét was gestrand. We zagen ook dat een dergelijke adviserende rol steeds meer tot de taak van de rechter gerekend wordt. Er is volgens mij niets tegen dergelijke advisering uit een oogpunt van dienstverlening aan de justitiabelen. Wel zal het steeds duidelijk moeten zijn dat het niet méér is dan dat. Het advies heeft geen formeel gezag, het bindt niet, zoals de Haarlemse voorzieningenrechter terecht opmerkte, en het kan in beginsel niet aan de hogere rechter voorgelegd worden.

De Haarlemse kort-geding-rechter overweegt: ‘Ook indien de voorzieningenrechter zich wel over de inhoud van de zaak had mogen buigen, had de Stichting de zaak niet gewonnen’ en wijdt daaraan vervolgens de overwegingen 6.14 tot en met 6.28. Dan komt de eigenaardige overweging 6.29, die ik hier in haar geheel, maar met weglating van de noot omdat die niet tot de tekst van het vonnis behoort, citeer:

‘De voorzieningenrechter is tenslotte van oordeel dat de Stichting onvoldoende oog heeft voor de complexiteit van het proces waarin de samenleving met de Zwarte Piet discussie verzeild is geraakt. Zwarte Piet is aan het veranderen, dat leidt [sic] geen twijfel. Sommigen vinden dat dit proces te langzaam gaat. Dat mag. Er zijn er ook die vinden dat het proces te snel gaat. Een objectieve maatstaf daarvoor is er niet. Van belang is dat het gesprek voortgezet wordt.’

De Stichting heeft haar grieven toegelicht met verwijzing naar een groot aantal publicaties waarvan de strekking is dat de wijze waarop in Nederland met de figuur van Zwarte Piet wordt omgegaan een manifestatie is van structureel racistische tendensen in de samenleving. Tendensen die volgens de Stichting mede zijn toe te schrijven aan een onverwerkt verleden als voormalig koloniaal rijk. Als dit zo is, en het zijn niet de minsten die de Stichting daarin bijvallen, is dat temeer reden om met elkaar het gesprek te voeren.’

Kortom, het overleg, dat van tevoren gevoerd had moeten zijn, moet alsnog van de grond komen... En ook dit is zo'n advies aan een van partijen, waarin ik geen deelname aan het maatschappelijk debat zie, maar een invulling van de moderne rechtersrol zoals die hierboven is aangeduid. Dat het vonnis als zodanig vervolgens een rol in het maatschappelijk debat ging spelen, is iets anders; dat overkomt meer vonnissen.

Afsluiting

Over de overweging ten overvloede is nog veel meer te schrijven dan ik hier heb gedaan. Het ging mij erom de aandacht te vestigen op een paar aspecten van het verschijnsel die door de *Zwarte Pieten*-zaak het publiek bereikt hebben. Een belangrijke ontwikke-

⁸ Rechtbank Noord-Holland
14 november 2018, ECLI:
NL:RBNHO:2018:10193.

ling die wij tegenkwamen, is dat wat motiverings-technisch overbodig is, maatschappelijk wenselijk kan zijn. Een rechter mag de weg wijzen naar een efficiënte aanpak van het geschil. Voor het publiek is de aanvaardbaarheid van uitspraken in de afgelopen eeuwen, maar ook sinds 1993 – het jaar van *Vredol/Veenhuis* – veranderd.

De ruimte die de rechter hier krijgt is echter ruimte die hij heeft als rechter en niet als al dan niet wijs privé-persoon of burger

De ruimte die de rechter hier krijgt is echter ruimte die hij heeft als rechter en niet als al dan niet wijs privé-persoon of burger. Hij kan met zijn rechterlijke ervaring buiten de grenzen van de voorliggende zaak treden, zoals onder meer duidelijk blijkt uit de geciteerde verzuchting van de kinderrechter. Een uitspraak aangrijpen om zich te laten horen in het maatschappelijk debat is ongepast. De rechter spreekt door zijn vonnis. Voor het overige kan hij op de zitting veel kwijt, aan partijen en soms ook tegenover de pers. Gelukkig staat inmiddels op alle rechtsgebieden de zitting centraal in de procedure. Voor die zitting leert de *Wildplas*-zaak de rechters: eerst even nadenken – en niet hardop.

ArsAequi Libri

Prinsengrachtreeks



Motiveren

Over het motiveren van rechterlijke uitspraken

Motiveren van uitspraken is een van de kerntaken van een rechter. Maar hoe doet een rechter dat eigenlijk? Wat is een begrijpelijke en overtuigende motivering? Vooral als het om een belangenafweging gaat, is motiveren niet eenvoudig.

In deze bundel wordt door de auteurs, allen werkzaam of werkzaam geweest in de rechterlijke macht, vanuit verschillend perspectief dit onderwerp besproken.

ISBN:	978-90-6916-990-3
Pagina's:	100
Redactie:	M. Beckers, T. de Bie, L.R. van Harinxma Thoe Slooten, R.J.Q. Klomp, A. Rang
Druk:	1e druk 2017
Prijs:	€ 21,50