



Universiteit
Leiden
The Netherlands

[Bespreking van: Gommer, H. (2008) Onder de rechter. Nijmegen: Wolf Legal Publishers]

Kaptein, H.J.R.

Citation

Kaptein, H. J. R. (2009). [Bespreking van: Gommer, H. (2008) Onder de rechter. Nijmegen: Wolf Legal Publishers]. *Rechtsgeleerd Magazijn Themis*, 170(1), 39-42. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/13994>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/13994>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Hendrik Gommer, *Onder de rechter*

*Diss. Tilburg, promotor prof.
dr. W.J. Witteveen, Nijmegen:
WLP 2008, XVI + 471 p.,
ISBN 9789058503749*

1. Inleiding

Wie beweert dat de rechter niet onafhankelijk is en dat machtscheiding niet bestaat kan op publieke aandacht rekenen. Het proefschrift van Gommer (hier verder: 'het boek') haalde dan ook de dagbladen. *Trouw* wijdde ter gelegenheid van de promotie (5 september 2008) zelfs twee bijdragen aan het boek. *NRC Handelsblad* citeerde op dezelfde dag: 'Onvrede over de gang van zaken bij lopende strafzaken mag voor de Tweede Kamer geen aanleiding zijn wetswijzigingen in gang te zetten.' Ook dat wekt belangstelling, want algemeen werd en wordt aangenomen dat de wetgever juist tot taak heeft rekening te houden met maatschappelijke ontwikkelingen zoals die mede in de rechtspraak aan de orde kunnen komen. Is het boek deze publieke aandacht waard? Biedt het beter inzicht en promotie van zinvolle staatsrechtelijke vernieuwing?

2. Opbouw en inhoud

Na een inleiding gaan de volgende vijf hoofdstukken over de (straf-)rechter. Rechterlijke onpartijdigheid

als vrijheid van de rechter om tot een eigen keuze te komen is het onbetwiste uitgangspunt. Finaliteit van het rechterlijk oordeel zou daarvan het logisch gevolg zijn, omdat een in vrijheid gedane rechterlijke uitspraak geen rekening zou moeten houden met vreemde krachten en dus onaantastbaar zou zijn. Ook rechterlijke onafhankelijkheid wordt opnieuw gedefinieerd, als 'vrijheid ten opzichte van anderen'.

Rechterlijke intuïtie wordt zowel belangrijk als gevaarlijk geacht: 'hij gebruikt niet alleen zijn cortex, maar laat ook de rest van zijn hersenen meewerken. ... Enerzijds wordt de kracht van de hersenen ten volle benut, anderzijds is niet duidelijk welke invloeden de belangrijkste rol spelen bij de intuïtieve beslissing.' (samenvatting, p. 237). Maar: beroep op analogie en het uitschrijven van vonnissen zouden kritische toetsen kunnen bieden.

Extern toezicht op rechters lijkt in strijd met rechterlijke onafhankelijkheid als in het boek gedefinieerd. Deze paradox vervalt zodra wordt ingezien dat onafhankelijkheid plaats moet maken voor belangeloosheid,

die door alle betrokkenen moet worden gediend. De rechter zou nuttig gebruik moeten maken van invloeden van buiten, in het belang van een eerlijk proces.

Hoofdstuk 7 biedt een kern van het boek: de veronderstelde overgang van trias naar denken in termen van machtencirkels. Machtscheiding in strikte zin zou in Nederland nooit hebben bestaan, omdat wetgeving, bestuur en rechterlijke macht elkaar altijd hebben beïnvloed. Het bestaande systeem zou beter kunnen worden beschreven in termen van samenwerkende sferen ('machtencirkels', van parlement, regering, rechter, media, ambtenarij, bedrijven en de burger temidden van die krachten, zie de figuur op p. 124) en zou overigens goed werken. 'Doordat de macht door tal van instituties wordt uitgeoefend, die elk een bepaald aspect van de vier taken wetgeving, uitvoering, rechtspreken en controle kunnen behartigen, wordt de macht feitelijk gedeeld.' (samenvatting, p. 240).

De hoofdstukken 8 en 9 gaan over de *sub judice*-regel, die tenminste in Nederland evenmin zou bestaan.

Politieke beïnvloeding in spraakmakende zaken, al dan niet gedreven door profileringsdrang, komt aan de orde in de hoofdstukken 10 en 11. Het eerste deel van het boek wordt afgesloten met een samenvatting en overwegingen ten overvloede. Het tweede (niet veel kortere) deel van het boek bestaat uit strafrechtelijke zaaksbeschrijvingen, van de *Menten*-zaak tot en met de nog lopende zaak tegen Holleeder.

3. Methode

Als in juridische proefschriften wel vaker gebruikelijk bevat het boek (rituele) verwijzingen naar de methodologische bijdragen van Popper, Kuhn, Lakatos en anderen. De hoofdzakelijk natuurwetenschappelijke oriëntatie van die bijdragen wordt in dit juridisch verband niet nader gethematiseerd. Storend is dat verder niet, want in het boek wordt van deze methodologieën geen uitdrukkelijk gebruik gemaakt. Eerder is het een toonbeeld van methodisch en methodologisch eclecticisme en anarchisme. Op zich kan dat overigens goede resultaten opleveren. Het boek biedt uitgebreide behandeling van strafrechtspraak, terwijl de conclusies zouden moeten gelden voor rechtspraak en machtscheiding in het algemeen. Overeenkomsten en verschillen tussen straf- en andere rechtspraak komen daarbij niet aan de orde.

Problematisch is ook het praktisch volledig ontbreken van onderscheidingen tussen feitelijke en normatieve benaderingen. Niet altijd is duidelijk of het gaat om al dan niet dogmatische rechtswetenschap of rechtssociologie en rechtspsychologie, en wat die tenminste stilzwijgend verschillende benaderingen moeten bijdragen (zie bijvoorbeeld verder hier over machtscheiding volgens dit boek).

Nogal wat literatuur ter zake wordt niet eens genoemd. De klassieke en hedendaagse rechtsfilosofie en rechtstheorie ontbreekt praktisch volledig. De zaaksbeschrijvingen (ruim 160 pagina's) zijn voor een groot deel overgenomen uit dagbladen, compleet met bronvermelding.

4. Onpartijdigheid, onafhankelijkheid, rechterlijke denkprocessen, motivering en controle

Inderdaad bepaalt het boek rechterlijke onpartijdigheid en onafhankelijkheid in termen van 'vrijheid van eigen keuze' en 'vrijheid ten opzichte van anderen ofwel belangeloosheid'. Zo beschouwd is onafhankelijkheid een fictie, want 'de rechter heeft de hulp nodig van overheid, politiek, deskundigen, media, collega's, zijn sociale omgeving en zal moeten terugvallen op ervaringen uit zijn jeugd, opleiding en andere sociale factoren.' (p. 36). Of dat op zich klopt is al de vraag, hier gaat het erom of onafhankelijkheid zinvol in termen van vrijheid kan worden gedefinieerd. Onafhankelijkheid wordt gelijkgesteld met belangeloosheid (p. 33), maar vervolgens wordt die belangeloosheid als eis aan de rechter gesteld (p. 36). Maar onafhankelijkheid was toch een fictie? Niet alleen hier biedt het boek te veel begripsmatige vaagheid.

Ook valt op dat de tenminste rechtsstatelijk bepaalde binding van de rechter aan de wet niet aan de orde komt. Rechterlijke onafhankelijkheid kan natuurlijk niet betekenen: onafhankelijkheid van de wet, wat ook verder wordt gedacht van de betekenis van de wet voor de rechter.

Natuurlijk zijn onpartijdigheid en onafhankelijkheid belangrijke rechterlijke eigenschappen. Zij hebben immers invloed op de kwaliteit van rechterlijke uitspraken. Maar die eigenlijke kwaliteit wordt in het boek niet of nauwelijks gethematiseerd. Het zou omgekeerd moeten zijn: eerst moeten maatstaven worden bepaald voor aanvaardbare rechterlijke uitspraken, vervolgens kan worden nagegaan welke rechterlijke eigenschappen en omstandigheden de kwaliteit van rechterlijke uitspraken bevorderen.

Anders dit proefschrift, dat in hoofdstuk 3 uitgebreid ingaat op rechterlijke denkprocessen. Voor zover al ter zake rijst meer dan eens de vraag hoe die werden vastgesteld, als dat hoe dan ook al zou kunnen. 'In essentie gaat het bij de rechterlijke afweging om een psychologisch proces. ... De stelling dat rechterlijke afweging vooral een rationele afweging is ... is dan ook nauwelijks

te handhaven.' (p. 37, bedoeld zal zijn 'psychisch proces'.) Het gaat niet om processen, het gaat om navolgbare argumentatie als product van rechterlijk denken, waarin alle factoren ter zake adequaat tegen elkaar zijn afgewogen. Rationaliteit van rechterlijke oordelen is een kwestie van maatstaven, niet van denkprocessen.

Over complexe zaken wordt opgemerkt: 'De rechter kan bij gebrek aan computermodellen niet veel anders dan zijn redenering uitschakelen en zijn intuïtie volgen.' Daarin schuilen te veel misverstanden. Bijvoorbeeld: wie kan 'zijn redenering uitschakelen?' Hoe kunnen juist complexe zaken alleen op grond van intuïtie tot een goed einde worden gebracht? Of zijn dergelijke zaken hoe dan ook gedoemd te mislukken? Leerzaam is ook: 'Het brein werkt niet logisch, maar er worden razendsnel allerlei linken gelegd.' (p. 43 en 237).

Vanaf p. 49 wordt alsnog ingegaan op de noodzaak van duidelijke motivering. 'De stelling dat de rechter op grond van rationele overweging tot zijn beslissing komt is verworpen, juist de motivering is van belang voor een onpartijdig oordeel.' Dat was al bekend. De weg is iets anders dan het doel (denk aan *contexts of discovery v. contexts of justification*). Inhoudelijke maatstaven voor rechterlijke motivering worden wederom niet geboden. De hoofdzaak van rechterlijke motivering, beredeneerd beroep op het recht in het licht van de beredeneerde feiten van het geval, komt in het geheel niet aan de orde. Evenmin wordt ingegaan op specifieke motiveringskwesaties bijvoorbeeld in verband met strafmaten, als bekend de grote hoofdzaak van rechterlijke vrijheid in strafzaken.

Rechterlijke motivering en uitleg zouden onder druk staan, door 'beoordeling op de effectiviteit'. 'Hierdoor wordt de motivering vaak als een noodzakelijk kwaad gezien, terwijl het wellicht het belangrijkste deel van de rechtspraak is.' (p. 59). Nogal wat justitiabelen, juristen en zelfs rechters zullen daarover anders denken. Het spel en de knikkers: uiteindelijk gaat het natuurlijk om de rechterlijke uitspraak en de mede daardoor bepaalde toekomst van rechtsgenoten.

In het verband van 'de controle-balans voor de onpartijdige rechter' (hoofdstuk 5) komt ook de rijdende rechter aan de orde: 'Ondertussen controleren 1,5 miljoen Nederlanders zijn uitspraken, zodat de controle op de rechter optimaal is.' (p. 80). Moet de hele rechterlijke macht zo snel mogelijk worden gemobiliseerd?

5. Van machtenscheiding naar machtencirkels?

Als rechterlijke onafhankelijkheid neerkomt op 'vrijheid ten opzichte van anderen', dan is er ook geen machtenscheiding. De rechter is immers hoe dan ook gebonden aan de wet en tenminste in die zin niet letterlijk gescheiden van de wetgever. Daar komt nog bij dat machtenscheiding hier wordt uitgelegd in de zin van werkelijke scheiding, afwezigheid van wederzijdse beïnvloeding. Het is niet moeilijk om die wederzijdse beïnvloeding aan te tonen en zo concludeert het boek dan ook tot het niet bestaan van machtenscheiding.

Hier wordt uitgegaan van een in minstens twee opzichten verkeerd begrip van machtenscheiding. Er is geen zinvol begrip van machtenscheiding waarin wederzijdse beïnvloeding van welke aard dan ook wordt ontkend. Bovendien is machtenscheiding een meerduidelijk begrip. In de eerste plaats speelt het een begripsmatige rol. Zonder machtenscheiding zijn er geen rechters, wetgevers en uitvoerende machten die vervolgen in meerdere of mindere mate afhankelijk van elkaar zijn. Ook het boek blijft dergelijke begrippen hanteren en daarmee kan niet machtenscheiding niet zonder tegenspraak worden ontkend.

Vervolgens is machtenscheiding een ideaal of tenminste een ideaaltype. Die normativiteit moet weer worden onderscheiden van positiefrechtelijke normativiteit, onder andere tot uitdrukking gebracht in de Grondwet. Binnen begripsmatige perken kunnen die normativiteiten verschillend worden geduid. De maten waarin aan eisen van machtenscheiding wordt voldaan is weer een andere zaak. Zo kan de rechtswerkelijkheid laten zien dat rechters handelen als waren zij wetgevers, of dat nu wenselijk is of niet. Dergelijke kwesties kunnen een rol spelen in

rechtssociologische en rechtspsychologische benaderingen van machtenscheiding. Deze onderscheidingen zijn natuurlijk niet uitputtend. Maar in het boek worden zij helemaal niet gemaakt. Hoofdt thema's van *Critical Legal Studies* als *debunking* van gangbare juridische begrippen lijken hier ter zake, maar komen in het boek niet voor.

Een hoofdzaak van omstrede machtenscheiding als de staatsrechtelijke positie van het OM (Onderdeel van de administratie of van de rechterlijke macht? Partijdig of dienaar van het algemeen belang?) wordt in het boek evenmin aan de orde gesteld, en dat terwijl vanuit de strafrechtspraak conclusies worden getrokken over machtenscheiding in het algemeen. Wél wordt gesteld dat de nieuwe bevoegdheid van het OM om kleine strafzaken zelf af te doen neerkomt op uitholling van de machtenscheiding: 'De rechter verliest hierdoor in feite een deel van zijn rechtsprekende macht aan een uitvoerend orgaan' (p. 25 en 113). Maar die machtenscheiding bestond toch niet? Bovendien komt die nieuwe bevoegdheid van het OM in beginsel neer op niets meer dan vervanging van proactief rechterlijk toezicht op executie door rechterlijk toezicht op verzoek van verdachte. Wat daarvan ook zij, met verval van machtenscheiding heeft het niet te maken.

'Het is daarom essentieel dat het oordeel van de rechter weliswaar bekritiseerd kan worden, maar wel onaantastbaar is.' (p. 130). Voor zover dat kan worden beaamd rijst de vraag hoe zoiets kan zonder machtenscheiding. Juist die machtenscheiding bepaalt immers dat de wetgever het hoogste en de rechter het laatste woord heeft.

De nieuwe 'machtencirkels' – volgens het boek de opvolgers van de verouderde schijn van machtenscheiding – zouden waardevol kunnen zijn als beschrijvingen en verklaringen van rechts- en maatschappelijke werkelijkheden. Maar empirische onderbouwing wordt niet geboden. Het blijft bij de vaststelling dat alles goed werkt. Daargelaten de vraag of dat kan worden beaamd is dus niet duidelijk wat die machtencirkels eigenlijk toevoegen.

6. Sub judice, politieke beïnvloeding, profileringsdrang van politici

Na bijna 30 pagina's fragmenten uit hier en daar herschreven Anglo-Amerikaanse rechtsgeschiedenis blijkt de *sub judice*-regel eigenlijk overbodig te zijn, want 'Samenvattend kan gesteld worden dat er geen doorslaggevend bewijs is voor negatieve beïnvloeding van de jury en rechter door publicaties. Het lijkt er eerder op dat juryleden in spraakmakende zaken extra zorgvuldig te werk gaan.' (p. 151). Dus minder zorgvuldigheid in al die minder spraakmakende zaken? En wat is dan de inbreng van de rechter? Bovendien wordt buiten beschouwing gelaten dat verbod van *sub judice*-uitlatingen in de eerste plaats te maken heeft met het verbod van eigenrichting en de onschuldpresumptie. *Trial and punishment by media* moet worden voorkomen, net zo goed als de administratie zich niet over schuld of onschuld mag uitlaten zolang de zaak nog onder de rechter is. Toonaangevende Europeesrechtelijke en andere uitspraken over deze kwesties als *Allenet de Ribemont* (EHRM 10 februari 1995) komen overigens in het boek niet voor. In het Nederlandse recht zou de *sub judice*-regel nergens te vinden zijn. Strafrechtelijke verboden van smaad en laster en onrechtmatige daad worden kennelijk buiten beschouwing gelaten, al verbieden die natuurlijk niet alle bemoeienis met strafzaken onder de rechter. Het belang van een paginalange beschrijving van een zedenproces uit 1731 blijft tenminste in dit verband in het duister. Rechters worden beïnvloed door politici, media en allerlei andere factoren, zo wordt gesteld, en dat zou niet erg zijn. Hun onpartijdigheid zou er niet door worden aangetast. Wie weet, maar het vraagstuk van politieke beïnvloeding in spraakmakende zaken wordt in de eerste plaats bepaald door mogelijke afwijking van rechterlijke uitspraken ten opzichte van de 'juiste' uitspraak, door aantoonbare invloed van politici op rechters. Dus moet eerst duidelijk zijn wat de 'juiste' uitspraak zou zijn geweest, bijvoorbeeld in de strafzaak tegen Holleeder en andere in het boek behandelde zaken. Maar dat komt in het boek niet voor.

7. Positiefrechtelijke kwaliteiten

Het boek bevat te veel juridische fouten. De rechter zou executieve macht hebben (p. 92). Volgens de machtenscheiding en overigens ook naar positief recht komt die toe aan partijen dan wel aan de administratie, al dan niet na rechterlijke machtiging (de strafvorderlijke complicatie van des Hogen Raads met de *Karman*-arresten ingeslagen dwaalweg buiten beschouwing gelaten). 'De rechter is rechtsvormend bezig op het moment dat hij nationale wetgeving toetst aan hogere wetgeving of grondrechten.' (p. 116). In common law-landen is de rechter wetgever (p. 130). 'Voordat de codificaties tot stand kwamen was gewoonterecht de bron van recht. Het recht openbaarde zich in de gewoonte.' (p. 160). Vrijspraak wordt vereenzelvigd met feitelijke onschuld (p. 396). Een wet wordt aangepast krachtens een ministeriële regeling (p. 339). Enzovoorts.

De zaaksbeschrijvingen wemelen van de fouten. Ze komen immers voor een groot deel uit de krant. Dit is geen verwijt aan de media. Wél maakt het ruim 160 pagina's van het boek wetenschappelijk en praktisch onbruikbaar, voor zover zo veel loutere zaaksbeschrijvingen hoe dan ook al thuishoren in een als wetenschappelijk werk bedoeld boek.

8. Vormgeving

De eerste elf hoofdstukken hebben achterin het boek elk een eigen bibliografie. Dat is niet handig en leidt tot nog meer overbodige pagina's. Het zal samenhangen met het gegeven dat zes van de dertien hoofdstukken van het boek eerder zijn gepubliceerd, ten dele in samenwerking met anderen. Het boek is ook zo dik

omdat nogal eens hele passages letterlijk worden geknipt en geplakt, zie bijv. de p. 68 en 74, idem p. 87 en 94, nog afgezien van een overdaad aan herhaling en samenvatting 'met andere woorden'. Te veel zet-, spel-, taal- en stijlfouten versterken het leesplezier evenmin. 'De normen wijzigen dus in de loop van de tijd.' (p. 1), 'Rechters waarmee ik tijdens mijn onderzoek contact heb gehad, ...' (p. 246: *le juge machine?*), etc. De Hoge Raad en het Openbaar Ministerie zijn soms mannelijk en dan weer vrouwelijk.

9. Tot slot: een nieuwe wereld-machine?

Dit boek is volstrekt origineel, in ieder geval als toonbeeld van methodisch en methodologisch anarchisme. Het biedt een te vrij zwevend spel van eigen begrippen, losgelaten op een onvoldoende onderkende rechtswerkelijkheid, met vergaande conceptuele en andere onscherpte als gevolg. Lijn en samenhang van het betoog zijn dan ook onvoldoende zichtbaar. Dat is niet alleen een gevolg van te willekeurige vereniging van eerder gepubliceerde artikelen. Ongehinderd door elementaire onderscheidingen als die tussen feiten en verschillende soorten normen, juridische en sociologische benaderingen en nog veel meer worden onderwerpen aangesneden alsof zij in de academische literatuur nog niet voorkwamen. De conclusies lijden onder deze aanpak. Vanaf het begin mist het betoog onomstreden theoretische en praktische wegwijzers. Van machtenscheiding is een te makkelijk neer te halen karikatuur gemaakt. Beschouwingen over de afhankelijkheid van de strafrechter kunnen niet zonder nadere argumen-

tatie toonaangevend zijn voor de machtenscheiding in het algemeen. Een kritische agenda voor rechtswetenschap en rechtspraak biedt het boek evenmin. Er zou niets aan de hand zijn en dus zou alles bij het oude kunnen blijven, zij het dat niet meer van machtenscheiding zou mogen worden gesproken. Alleen al daarom voldoet het niet aan redelijke eisen van rechtswetenschap, die immers ten minste constructieve tweezijdigheid van beschrijving en normering moet laten zien.

Tot slot toch nog een compliment. Zou voor de schijn van rechtswetenschap een *Ignoble Prize* bestaan, dan zou dit boek zeker worden genomineerd. Het boek doet denken aan de *Weltmaschine*, dat even positief primitief als schitterend gecompliceerd mechaniek waarmee een Oostenrijker uit onvrede met de bestaande werkelijkheid medio vorige eeuw een geheel zelfgebouwde en door zichzelf aangedreven betere wereld wilde maken. Door onvoorstelbaar noeste arbeid werd het uiteindelijk een groots apparaat, vol eigenaardig licht, geluid en schoonheid. Af en toe wordt het nog aangezet en komt het eigen universum – voorlopig nog op energie van buiten – in een duistere schuur krakend in beweging, tot leven. De echte wereld heeft het tot nu toe nog niet kunnen vervangen. Hetzelfde geldt voor *Onder de rechter*, hoe onvolmaakt ook is de wereld van de gangbare rechtswetenschap.

H. Kaptein¹

Leiden, 16 december 2008

1. Dr. H.J.R. Kaptein is universitair hoofddocent rechtsfilosofie Universiteit Leiden.