

Trema 2017(5) Rechters en politiek

Publicatie	Trema
Aflevering	40 afl. 5
Publicatiedatum	12 mei 2017
Auteurs	Tonkelaar, prof. mr. J.D.A. den

Rechters en politiek

Aanleiding voor dit artikel vormde de ophef rond een twitterende rechter in december 2016. Deze riep in twee richtingen vragen op. In de eerste plaats vragen rond twitteren door rechters in het algemeen, waaraan elders in dit nummer door Maarten Peeters aandacht wordt besteed. In de tweede plaats vragen over de verhouding tussen rechters en politici, die in deze bijdrage centraal staan. Die verhouding lijkt ongemakkelijk. De tamelijk recente problematiek rond de financiering van de rechtspraak, waarin de Raad voor de rechtspraak het standpunt lijkt in te nemen dat in beginsel de rechters zelf bepalen wat het domein van de rechtspraak omvat en hoeveel rechtspraak mag kosten, laat ik op zichzelf rusten.¹ Ze is niet meer dan een symptoom van de al veel langer ongemakkelijke relatie tussen de rechterlijke macht en de andere staatsmachten en tussen rechters en politici.

De ongemakkelijke verhouding tussen de staatsmachten wordt vaak gezien als noodzakelijk om het evenwicht tussen hen te bewaren. Misschien is de even ongemakkelijke relatie tussen rechters en politici wel even noodzakelijk. Die verhouding is niet altijd als ongemakkelijk gezien en ze lijkt vooral ongemakkelijk te zijn in de ogen van rechters.

Een half jaartje voordat de twitterkwesitie zich voordeed, besteedde het blad *Rechtspraak* aandacht aan de politieke kleur van de rechters in de Wilders-zaak en het bekendmaken door de rechtbank Den Haag van het gegeven dat geen van de rechters in die zaak tot een politieke partij behoorde.² Dit overigens, zo lijkt het, op een vraag van een journalist waar geen antwoord op mogelijk was geweest dat géén ophef had veroorzaakt. In het artikel in *Rechtspraak* zegt Theo de Roos naar aanleiding hiervan dat de politieke kleur van een rechter niet relevant is:

“Het beïnvloedt op geen enkele manier het rechterlijk werk. Het gaat bij een rechtszaak om de inhoud van de rechtsvraag, het juridische beoordelingskader, de wet (...).”

En zo nog even verder: politieke kleur doet er niets toe. Politieke kleur echter zit in het wezen van een persoon, is verweven met zijn of haar opvattingen over moraal en rechtvaardigheid. Natuurlijk doen rechters hun uiterste best persoonlijke opvattingen en overtuigingen opzij te zetten als zij rechtspreken, maar we hoeven niet alleen naar open normen te kijken om te constateren dat (rechts)politieke keuzes onvermijdelijk zijn. In hetzelfde artikel in *Rechtspraak* stelt Frits Bakker vast dat ‘rechters worden getraind op onbevooroordeeld oordelen’ en daardoor hun persoonlijke voorkeuren opzij kunnen zetten: “het enige referentiekader dat telt is de wet”. Dat rechters dit weten en het zich eigen gemaakt hebben, wil niet zeggen dat andere referentiekaders, waaronder politieke voorkeuren, er niet toe doen.

Het gedicht ‘De mus’ van de Nederlandse dichter Jan Hanlo op de zijmuur van het gebouw aan de Nieuwe Rijn 107, Leiden. Bron: Wikipedia

Hier lopen twee dingen door elkaar: het vermijden van de schijn van bevooroordeeld of partijdig zijn – erfenis van het Hauschildt-arrest – en het negeren van persoonlijke opvattingen en overtuigingen. Afstand nemen van eigen opvattingen kan zonder meer van de professional worden gevergd. Maar niet altijd is vooringenomenheid voor anderen waarneembaar. Feiten of omstandigheden kunnen op vooringenomenheid wijzen, maar het onderdrukken van eigen opvattingen en overtuigingen kan effectief geschieden buiten het zicht van anderen. Met andere woorden, we zijn er niet door partijloze rechters op een politiek gevoelige zaak te zetten. Rechters hebben politieke overtuigingen – hoe kan het anders bij een beroepsgroep die mede op omgevingsbewustzijn geselecteerd is – en moeten zich daarvan bewust zijn.

Rechters, wier werk dicht bij de politiek ligt, hebben ‘last’ van politiek en politici.² Drie manieren waarop die ‘last’ zich

presenteert komen hier aan de orde: bemoeienis met lopende rechtszaken, beperkingen in de eigen vrijheid en confrontaties met soms harde kritiek. Al decennialang is de literatuur over het onderwerp **rechter en politiek** 'onafzienbaar'.³ Na een piek in de laatste dertig jaar van de 20ste eeuw is de stroom allerm minst opgedroogd. De functie van de **rechter**, schreef de **rechter** Cnoop Koopmans in 1973, is openbaar en daarmee is zij wat de rechtstoepassing betreft een **politieke** functie.⁴ Rechtstoepassing en **politiek** spelen zich af in het publieke domein. Ze vormen er, is wel gezegd, de ruggengraat van.⁵

Dit artikel wil een paar achtergronden van steeds terugkerende of oplaaiende discussies belichten. In verband met de bemoeienis met lopende rechtszaken wordt aandacht besteed aan het *sub iudice*-beginsel, in verband met de beperkingen in de eigen vrijheid aan rechterlijk activisme en aan de **rechter die politiek** actief is, en in verband met confrontaties met kritiek aan uitlatingen van politici over **rechters**. Naar aanleiding van dit laatste en de beperkingen in de eigen vrijheid komt ook commentaar van **rechters** op politici aan de orde, waarmee we terecht komen bij het onderwerp van Peeters' artikel.

Het sub iudice-beginsel

Komen politici te veel op het terrein van de **rechter**, dan schermt de laatste wel met het *sub iudice*-beginsel.⁶ Kort gezegd houdt dit in dat de openbare discussie over een rechtszaak uit de weg wordt gegaan totdat de **rechter** zijn oordeel heeft gegeven.⁷ In Nederland hebben J.C. van Oven en P.F. van der Heijden met ruim een halve eeuw tussenruimte vastgesteld dat hier hooguit sprake is van een fatsoensregel.⁸ Onze rechtspraak lijkt soms de wenselijkheid van het *sub iudice*-beginsel naar voren te brengen, constateerde H. Gommer in zijn proefschrift. Hij noemde daarbij de zaak Savanna van de rechtbank 's-Gravenhage⁹ en de moord op Pim Fortuijn, behandeld door het hof Amsterdam.¹⁰

De zaak Savanna was de eerste in ons land die tot een strafvorderlijk optreden tegen een gezinsvoogd leidde. Het ging om de treurige geschiedenis van een door haar ouders zwaar mishandeld en ten gevolge daarvan overleden, 3-jarig meisje. Iedereen had er een mening over, politici natuurlijk ook. De Haagse rechtbank pakte vervolgens uit in een 'bijzondere overweging':

"De feiten die aan verdachte worden verweten hebben grote beroering gewekt in de samenleving. Het is dan ook begrijpelijk dat emoties in de reacties van het publiek op de behandeling van deze zaak een belangrijke rol spelen.

*Betreurenswaardig is echter dat leden van de Tweede Kamer publiekelijk in sterk afkeurende bewoordingen hebben gereageerd op het requisitoir van de officier van justitie. In de eerste plaats omdat deze uitlatingen niet gebaseerd kunnen zijn op kennis van het dossier, een wijze van oordeelsvorming waarvan de rechtbank met verbazing kennis neemt. Een belangrijker bezwaar is dat **politieke** bemoeienis met de rechtsgang in een lopende strafzaak bij het publiek het beeld kan oproepen – hoe ook ten onrechte – dat het daarna gewezen vonnis onder **politieke** druk tot stand is gekomen. De rechtspleging is gediend met grote terughoudendheid van **politieke** ambtsdragers in hun uitlatingen over individuele zaken. Dit doet overigens niets af aan het recht van kamerleden de Minister van Justitie ter verantwoording te roepen voor het doen en laten van ambtenaren van het Openbaar Ministerie.*

De rechtbank komt in dit vonnis op enkele belangrijke onderdelen (...) tot een ander oordeel dan het Openbaar Ministerie. Dit neemt echter niet weg dat de rechtbank grote waardering heeft voor de gewetensvolle wijze waarop de officier van justitie zich in dit in velerlei opzicht moeilijke dossier van haar taak als rechterlijk ambtenaar heeft gekweten."

Het ging om uitlatingen van personen van wie werd verwacht dat zij een mening vormden over wat zij hoorden over een lopende rechtszaak. Zij hadden er in de ogen van **rechters** verstandig aan gedaan te wachten met hun mening, maar dan was in de ogen van politici het belang voor het publiek verdwenen. Dit zou niet hebben begrepen waarom de volksvertegenwoordigers zwegen. De angst dat hun gedrag bij het publiek het beeld kan oproepen dat het vonnis onder **politieke** druk tot stand is gekomen, deel ik niet. Een gerecht moet zelf in de motivering zo duidelijk aangeven waardoor het zich heeft laten leiden, dat de vrees voor **politieke** druk als leidsman niet opkomt. Het arrest Vredo/Veenhuis geeft niet de regel voor wat een motivering moet inhouden, maar een minimumregel over de juridische eisen waaraan een motivering moet voldoen:¹¹

“Ook in kort geding gelden de grondbeginselen van een goede procesorde waartoe behoort dat elke rechterlijke beslissing tenminste zodanig moet worden gemotiveerd dat zij voldoende inzicht geeft in de daaraan ten grondslag liggende gedachtengang 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.”

Onder deze derden valt de hogerberoeprechter, maar daaronder vallen ook het juridisch forum en uiteindelijk de maatschappij. Tegenover al deze groepen is de eis van het arrest samen te vatten met het woord ‘begrijpelijkheid’.

Dit speelt ook bij het zojuist bedoelde Amsterdamse arrest. De rechtbank krijgt een aai over de bol, maar niet nader genoemde publicisten krijgen van onder uit de zak:

“De rechtbank heeft op heldere en gewetensvolle wijze uitdrukkelijk aandacht gegeven aan aspecten van de doeleinden van de door haar bepaalde gevangenisstraf. Publicisten die niet hebben geschroomd zich daarover reeds vóór de uitspraak in hoger beroep uit te laten, hebben daaraan soms een bizarre, evident onjuiste uitleg gegeven. De strafrechter is in het algemeen niet verplicht in zijn motivering expliciet de rechtens te aanvaarden doeleinden van de straf te betrekken, al staat hem dit zeker vrij. Die verplichting bestaat in het geval van deze zaak evenmin. Het hof ziet geen aanleiding nader te overwegen over de doeleinden van de op te leggen straf (...).”

De zin ‘De strafrechter is in het algemeen niet verplicht in zijn motivering expliciet de rechtens te aanvaarden doeleinden van de straf te betrekken, al staat hem dit zeker vrij’, is niet makkelijk te begrijpen. Mij dunkt dat als in een zo gerucht-makende zaak als de moord op Pim Fortuijn behoefte bestaat aan een motivering waarin de doeleinden van de straf worden betrokken, de **rechter** verplicht is deze te geven. Het is niet de **rechter** die bepaalt wat er van hem verwacht wordt; de wet en de samenleving, waarin journalisten en politici een spraakmakende rol behoren te spelen, bepalen dit. Overigens motiveert het hof vervolgens de straf en de strafmaat – in navolging van de rechtbank – met juist gronden die worden ontleend aan de publieke schok die teweeggebracht is door de moord, zodat het tóch doet wat er verwacht wordt.

Deze uitspraken lijken het *sub iudice*-beginsel een zwaardere rol te willen laten spelen dan het bij ons – als fatsoensnorm – heeft. Er is echter geen regel in dit land die de **rechter** in staat stelt het uitgangspunt van de Haagse rechtbank dat *“de rechtspleging is gediend met grote terughoudendheid van politieke ambtsdragers in hun uitlatingen over individuele zaken”* te handhaven. Dit uitgangspunt is niet gesanctioneerd omdat het geen regel is. Toespelingen op het beginsel blijven daardoor pogingen om buitenstaanders de mond te laten houden. Hier voedt de **rechter** niet op, maar beschermt hij zichzelf. Dat is onverstandig omdat een gesloten kaste geen vertrouwen wekt.

Het buiten de tijd plaatsen van de behandeling van de rechtszaak

Het *sub iudice*-beginsel lijkt vooral in twee situaties zin te hebben. De eerste is die waarin leken en/of juryleden optreden. De professional moet tegen een stootje kunnen, maar de jury laat zich naar de ene of de andere zijde overtuigen. De eerste situatie laat ik hier verder buiten beschouwing. De tweede situatie is die waarin het strafproces een ononderbroken gebeuren is waarop het onderzoek plaatsvindt en uitspraak wordt gedaan, een situatie die ruim een eeuw geleden ook in Nederland nog bestond. Het *sub iudice*-beginsel lijkt juist een rol te spelen in stelsels waarin een zaak in een zitting of een reeks van zittingen wordt afbehandeld en waarin de uitspraak direct op de behandeling ter zitting volgt. Het proces wordt als het ware buiten de tijd geplaatst. De **rechters**, de procespartijen, juryleden, getuigen, deskundigen worden afgezonderd van de buitenwereld, het onderzoek speelt zich af en de uitspraak volgt. Het buiten de tijd plaatsen van rechtspraak is geen vreemde gedachte als we ons realiseren dat zij van oudsher ook in een gewijde – *iuri sacrum* – ruimte is geplaatst. Deze sacrale en rituele aspecten van de rechtspraak hebben lang doorgewerkt.¹² Nog in de jaren zestig van de 20ste eeuw werden de grote zittingszalen van het Arnhemse Paleis van Justitie bijvoorbeeld voorzien van tafels voor **rechters**, OM en verdediging waarvan de voorkanten onderdelen van een cirkel vormden, wat werd benadrukt door de belijning van de vloerbedekking. Binnen de geheiligde ruimte van de hiermee aangegeven cirkel en buiten het gewemel van de wereld, zo is de gedachte hierachter, speelt zich het geformaliseerde proces af.¹³ Hier kan men vrijuit spreken. Nog in het begin van de twintigste eeuw was er discussie over het belang van de tot en met de uitspraak doorlopende zitting.¹⁴ Om dat proces ongestoord te kunnen laten verlopen, moest beïnvloeding van buitenaf uitblijven.

Rob Edens schrijft in het al eerder aangehaalde artikel in *Rechtspraak* dat het een ongeschreven regel is dat zaken die nog onder de **rechter** zijn, niet worden becommentarieerd.¹⁵ Dat het bestaan van de niet bestaande regel in een door de Raad voor de rechtspraak uitgegeven blad wordt aangenomen, geeft te denken.

Rechterlijk activisme

Misschien kunnen wij **rechters** en politici zien als twee kuddes die het publieke domein begrazen. Ze houden daarmee het gras gezond. De ene kudde begraast de flora van algemene regels en de andere die van geïndividualiseerde. Beide kuddes profiteren van elkanders mest waardoor het gras groener wordt. Maar ze hebben geen spiegelbeeldige relatie. De onder **rechters** wel levende gedachte 'wij onthouden ons van uitlatingen over de wetgever, dus politici onthouden zich van uitlatingen over de rechtspraak' is onjuist. Niet omdat **rechters** zich via de Raad voor de rechtspraak, de NVvR, bijdragen aan tijdschriften en boeken, dubbelfuncties, lezingen en hoe dan ook wel met wetgeving bemoeien,¹⁶ maar omdat de posities niet vergelijkbaar zijn.¹⁷ De politicus moet op de hoogte zijn van de rechtspraak, maar ideeën die hij ontwikkelt of uitdraagt mogen – overigens met inachtneming van de regels die voor dit uitdragen gelden – daarvan afwijken of kritiek daarop inhouden. De verhouding is niet spiegelbeeldig.

Bedrijft de **rechter politiek**, doet hij uitspraken waarbij in een **politek** debat een keuze lijkt te worden gemaakt of een door de wetgever gelaten of door de **rechter** ontwaarde leemte wordt gevuld, dan kan hem rechterlijk activisme worden 'verweten'.¹⁸ Tegelijkertijd wordt op zijn minst enig activisme van de **rechter** verwacht. Rechterlijk activisme en de rechtsvormende taak van de **rechter** – liever: het rechtsvormende effect van de rechtspraak¹⁹ – hangen nauw met elkaar samen. De **rechter** heeft een rol in de aanpassing van het recht aan de ontwikkelingen in de maatschappij.²⁰

In september 2009 heeft A-G Spier in zijn conclusie inzake kennelijk onredelijk ontslag, waarop het arrest van 27 november 2009 is gevolgd, aangegeven hoezeer de **rechter** zich op het **politeke** terrein had begeven – hij spreekt van een rechtspolitek mijnenveld – maar tevens vastgesteld dat de **rechter** niet anders kon dan doorgaan over dat mijnenveld.²¹ Het was noodzakelijkerwijs door hem betreden en vervolgens behoorde het tot het rechterlijk domein en was de rechterlijke bemoeienis met wat een **politeke** kwestie lijkt, een gegeven. Deze dingen doen zich voor omdat **rechters** zich net als politici bewegen op het publieke terrein en zich bezighouden met conflicterende belangen.

De strafrechter doet vaker aan **politek** dan de civiele, omdat hij aangeeft wat hij namens de maatschappij van onacceptabel gedrag vindt.²² Strafzaken doen regelmatig zo veel stof opwaaien dat politici er niet aan ontkomen hun mening erover te geven. Dat is dan de mening van een deel van het publiek, misschien sprekend namens een groter deel van het publiek en sprekend tegenover het publiek. Er is verschil tussen aan de ene kant uitspraken die worden gedaan in het subtiele spel waarin de wetgever ruimte laat aan de **rechter**, constateert dat de **rechter** ruimte heeft gevonden, op de **rechter** vooruitloopt, op de **rechter** reageert of de **rechter** voorrang geeft, en aan de andere kant het uiten van tevreden of ontevreden reacties op wat de **rechter** doet.

Er is wel gesteld dat een steeds groeiend rechterlijk activisme aanvankelijk het gezag van de **rechter** zal vergroten, maar op den duur de **rechter** zijn neutrale positie tussen de andere staatsmachten en daarmee niets minder dan zijn onpartijdigheid zal laten verliezen. Het gezag en het vertrouwen worden daarmee aangetast.²³ Een wellicht meer aansprekend nadeel is dat de democratische legitimatie ontbreekt van de **rechter** als, zoals het wel genoemd wordt, 'regelgever bij verstek'.²⁴ Hier kan men tegenover stellen dat een gezagsdrager die niet laat zien wat hij kan, aan gezag inboet.²⁵ En zonder rechterlijk activisme zouden we op nationaal en Europees terrein veel verworvenheden missen en zou de wet een stroef, afwijzend bouwsel zijn. Door de mond waarmee de wet spreekt, laat hij ook zijn flexibiliteit, kracht en actualiteit horen.

De rechter lijkt vaak **politek** bezig. Daar is steeds kritisch naar gekeken. Al in 1848 schreef minister Donker Curtius: "*Een tirannie van rechters is de ergst mogelijke van alle tirannieën.*"²⁶ En in 1990 ontlokte journalist B. Molenaar politicus Hans van Mierlo de woordspeling: "*De toename van de rechterlijke macht neemt angstwekkende vormen aan.*"²⁷

De rechter die zelf aan politiek doet

Op de vraag of de **rechter** als persoon aan **politek** mag doen, zijn duidelijke antwoorden gegeven. Vóór de omarming

van Montesquieu waren bestuur en rechtspraak met elkaar verweven. Vorsten spraken recht, stadsbestuurders schoven af en toe heen en weer tussen de zetel van de burgemeester en die van de schepen. Isaac Claesz Van Swanenburgh, was tussen 1586 en 1607 bijvoorbeeld een aantal malen afwisselend burgemeester en schepen van Leiden en bemoeide zich bovendien als kunstenaar intensief met het aantrekken van kunstenaars voor de verbouwing en aankleding van het prestigieuze Leidse stadhuis.²⁸ Het was uitzonderlijk noch afkeurenswaardig.

Nadat de machtenscheiding ingang had gevonden, werden bestuur en rechtspraak zorgvuldig uit elkaar gehouden. In de Staatsregeling voor het Bataafsche Volk van 1798 lag de machtenscheiding vast. De wet is de wil van het gehele maatschappelijke lichaam (art. 5 Algemeene Beginselen). De **rechter** is de mond van de wet. De Wet Algemene Bepalingen (1829) spreekt uit dat de **rechter** ondergeschikt is aan de wet ('het verlichtingsideaal van de totale rechtszekerheid'),²⁹ maar verplicht is die uit te leggen (art. 11 en 13 Wet AB). De Wet RO, ontstaan in 1827, gaat uit van de grondwettelijke eis dat de **rechter** in de uitoefening van zijn functie onafhankelijk is ten opzichte van andere staatsorganen.³⁰ Het gaat hier om de functionele onafhankelijkheid, de wettelijke ruimte die een **rechter** heeft bij het geven van een beslissing.³¹

Rechtspraak en **politiek** echter schurken tegen elkaar aan. Onder het ancien régime was degene die bestuurder of **rechter** werd, betrokken bij de macht, via het lokale of het staatsgezag. Tegelijkertijd ontwikkelde zich een kaste die voor dienende beroepen op deze gebieden koos en voor die beroepen bleef kiezen na de veranderingen in de staatsvorm. Ik zeg dit zo om aan te duiden dat ik het niet over machtswellustelingen heb, maar over burgers die maatschappelijk dienstbaar wilden zijn. Dit waren overigens vaak mensen die over de middelen beschikten om maatschappelijk dienstbaar te zijn. Zij kozen in de 19de eeuw vaak voor een combinatie van taken. Rechters zaten daardoor nogal eens in het parlement. Een voorbeeld is F.J.J. van Eysinga (1818–1901), Minister van Staat, lid en voorzitter van de Eerste Kamer, raadsheer in het hof te Leeuwarden. Dit laatste stelde overigens naar tijdsbeslag veel minder voor dan nu.³²

De tijd dat het niet ongebruikelijk was dat **rechters** ook Kamerlid waren, is voorbij. Rechters-politici verlaten soms nadrukkelijk de rechtspraak, zoals Boris Dittrich, **rechter** in Alkmaar voordat hij Tweede Kamerlid werd voor D66, en Aleid Wolfsen, vice-president van de rechtbank te Haarlem toen hij overstapte naar de Tweede Kamer als lid van de PvdA-fractie. Bij de Eerste Kamer kon de **rechter** als zodanig blijven functioneren. De al genoemde Clovis Cnoop Koopmans heeft een jaar in de Eerste Kamer gezeten, Fré le Poole acht jaar.³³ Inmiddels zegt Aanbeveling 4 van de Leidraad onpartijdigheid en nevenfuncties in de rechtspraak (NVvR 2014):

*"(...) De **rechter** die een politieke nevenfunctie vervult, dient zich er altijd van bewust te zijn dat dit zijn onpartijdigheid kan beïnvloeden.*

*Het wordt de **rechter** ontraden lid te zijn van de Eerste of Tweede Kamer der Staten-Generaal."*

De toelichting hierop houdt onder meer in:

*"De in deze aanbeveling genoemde **politieke** nevenfuncties betreffen in de eerste plaats het lidmaatschap van Tweede of Eerste Kamer, waarvan in de Leidraad nevenfuncties [uit 2009; dT] werd vermeld: 'wordt ontraden.' Voor de leden van de Hoge Raad en van het parket bij de Hoge Raad geldt hier een wettelijk verbod (artikel 57 GW). In het verlengde daarvan wordt een zodanig lidmaatschap ook andere **rechters** ontraden. Gelet op de scheiding van machten is dat van groot belang. Een **rechter** moet niet tegelijk (mede)wetgever zijn. Verder gaat het hier ook over het bestuur van een **politieke** partij en het lidmaatschap van het Europees Parlement, de Provinciale Staten of de gemeenteraad in het arrondissement waar recht wordt gesproken. Het kan in die gevallen noodzakelijk zijn dat die **rechter** een zaak niet behandelt."*

Kort geleden hebben de presidenten en de Raad voor de rechtspraak dit met klem onderschreven. Men kan zich echter afvragen hoe goed zo'n regel werkt. Ik gaf het al aan: wie lid van een **politieke** partij is, doet er goed aan elke schijn die dit in een concrete zaak kan oproepen, te vermijden. Wie in stilte een harde overtuiging aanhangt, treedt als **rechter** net zo op als de **politiek** actieve collega, maar hoeft zich niet terug te trekken waar een lidmaatschap vragen zou kunnen oproepen. Daarmee lijkt het probleem onoplosbaar – tenzij het geen probleem is.

Le Poole heeft destijds op de website van de Eerste Kamer aangegeven waarom zij het inhoudelijk belangrijk vond haar

functies te combineren.³⁴ Cnoop Koopmans ging verder. In een destijds geruchtmakend artikel in het *NJB*, waarin hij een lans brak voor een meer democratische samenstelling van de rechterlijke macht, stelde hij met nadruk dat de **rechter** zich met **politiek moet** bemoeien.³⁵

Snelle meningen tegenover motiveringen

Voor de **rechter** bestaat de noodzaak om met resultaten van het **politieke** bedrijf – wetgeving – rekening te houden. Dat moet als het wetgevingsproces tot wetten heeft geleid en het is met enige regelmaat lopende dat proces nodig als het *ius constituendum* in een oordeel moet worden betrokken.³⁶ Ook moet door **rechters** en door politici worden geluisterd naar de samenleving. Zij zullen regelmatig tegelijkertijd dezelfde conclusies trekken uit hun ervaringen, uit wat zij lezen, hoorden en zagen.³⁷ Het gaat er hierbij niet om de *vox populi* of het *gesundes Volksempfinden* te volgen, maar om te weten wat er leeft en daarmee rekening te houden.

De rechter kan niet functioneren zonder op de hoogte te zijn van wat in de maatschappij leeft. In de jaren tachtig haalde een strafzaak de pers omdat **rechters** zich blind en doof wilden houden: geen radio, geen televisie, geen kranten.³⁸ Dit werd in de media meegedeeld; het was een hoogst uitzonderlijke situatie. En een situatie waarin de rol van de **rechter** in de maatschappij werd miskend.

De rechter moet weten wat er leeft en er zo nodig op reageren. Zo kan uit het bestaan van een breed gedeeld gevoel een motiveringsplicht worden afgeleid. De **rechter** kan een trend volgen, bij zijn oude opvattingen blijven of een heel andere weg inslaan. Zeker dit laatste dient hij te motiveren. Zwijgend bevestigt hij het beeld van de gesloten kaste die de wijsheid in pacht heeft en verspeelt hij vertrouwen. De vraag kan opkomen of de **rechter** al geen vertrouwen verspeelt door een trend niet te volgen. Dat is niet het geval; een **rechter** mag van een trend afwijken. Dan voedt hij op.³⁹ Alleen moet dat opvoeden wel expliciet gebeuren. In 2009 gaf *De Gelderlander* een voorbeeld van wat een corrigerende maatregel kan zijn geweest. Op de ochtend na de uitspraak, 24 december 2009, was in de krant te lezen:

“De rechtbank in Arnhem heeft veel lagere straffen opgelegd aan vijf betrokkenen bij grootschalige wietkwekerijen dan twee weken geleden werden geëist.

*Hoewel de motivatie van de vonnissen niet eerder dan vandaag wordt verwacht, lijken de **rechters** daarmee het openbaar ministerie (OM) duidelijk te willen maken maling te hebben aan de ‘nieuwe flinkheid’ waarmee het OM landelijk de teelt van softdrugs wil aanpakken.”*

De kop van het stukje luidde: ‘Rechters hebben maling aan nieuwe flinkheid OM tegen grote wiettelers’. Hieruit blijken twee dingen: de krant achtte het mogelijk dat de rechtbank het OM een lesje wilde geven en de rechtbank had moeten zorgen dat dit onmiddellijk duidelijk was. De kop van het stukje was gechargeerd, maar de rechtbank dwong de kopensneller tot interpretatie.

Rechters over politici

*“Rechters moeten over maatschappelijke en **politieke** intuïtie beschikken en ‘een goed voorstellingsvermogen’. Als een **rechter** verwacht dat zijn beslissing omstreden zal zijn, moet hij tijd besteden aan een goede motivering. Wie dit niet opbrengt, brengt het vertrouwen in gevaar ‘dat zo broodnodig is om de centrale positie van de **rechter** te waarborgen’. Daar moet dus het nodige gebeuren ...”⁴⁰*

Dit citaat van Folkert Jensma is afkomstig uit de bundel *Omgangsvormen tussen **rechters** en politici* die verscheen naar aanleiding van een in 2011 gehouden symposium. Opvallend waren in die bijeenkomst de verschillen in benadering van het onderwerp naargelang politici, journalisten of **rechters** aan het woord waren. Kort gezegd waren de aanwezige **rechters** erop gebrand duidelijk te maken dat de rechterlijke macht transparant wil zijn en zich open opstelt tegenover het publiek, maar ook dat het aan de politici is het evenwicht tussen de staatsmachten niet door onbesuisde uitlatingen in gevaar te brengen. Van wat journalisten naar voren brachten, biedt Jensma in het zojuist gegeven citaat een voorbeeld. Opvallend was dat er maar weinig politici op het symposium aanwezig waren. Er had zich een aantal aangemeld, maar deze politici bleken het te druk te hebben. Dat bracht symposiumorganisator Klaas de Vries in het plenaire debat tot het volgende.⁴¹

*“Ik zal eerst iets zeggen over de aanwezigheid van weinig politici. Ik denk dat u helemaal gelijk hebt, de **politiek** heeft helemaal geen probleem. Af en toe krijgen ze een corrigerende tik van Geert Corstens of iemand anders. Dan zeggen ze: ‘nou dat was wel verdiend’, maar ze voelen dat niet als een probleem.”*

Een voor **rechters** interessante constatering van een door de wol geverfde politicus. Zijn boodschap is in dezelfde discussiebijdrage tweeledig: maak je niet te veel zorgen, maar laat ook niet over je lopen. De Vries gaat bovendien in op een niet-Nederlands begrip dat in dit artikel nog niet genoemd is, zij het dat het hier en daar door de regels heen schemert:

“De woorden ‘contempt of court’ zijn vanmiddag nog niet gevallen. (...) eigenlijk is daar in Nederland nauwelijks een discussie over. Maar ik zie soms participanten in het rollenspel dat de rechtspraak georganiseerd heeft, optreden waarvan ik denk: ‘Nou die zijn toch niet bezig om de ernst van dat bedrijf aan alle kanten te illustreren.’ Ik zeg het omzichtig, maar het is wel van ongelofelijk belang dat in de opera die daar gezongen wordt, niet al te veel mensen binnenlopen die zeggen: ‘Nou aan die partituur heb ik geen boodschap; het interesseert mij niet hoe dat gaat.’ Want dan bederf je de systematiek van het rechtsbedrijf (...). Het allerbelangrijkste is, dunkt mij, dat een court zich niet laat aanleunen, dat er verachting, minachting en badinerende opmerkingen in zijn richting gemaakt worden. Je hoort voor de waardigheid van het instituut op te komen, want de enige die de waardigheid van de rechterlijke macht kan beschermen, is de rechterlijke macht zelf, door de manier waarop hij naar buiten toe optreedt. En ook op een keurige, terughoudende goed gestileerde wijze hier en daar van zich afbijt. Het allerbelangrijkste van deze middag vind ik dat onderstreept wordt: wees niet al te vreesachtig, wees niet al te bang, de wereld stort niet in elkaar als we een keer een slechte avond hebben, dat gaat wel weer voorbij. Maar prepareer je wel op het beter functioneren in het kader van die maatschappelijke ontwikkeling die de hele tijd over je schouder staat mee te kijken.”

Ook de politicus moet op de hoogte zijn van maatschappelijke ontwikkelingen en daarop reageren. Tot die ontwikkelingen behoren dezelfde waarmee de **rechter** rekening moet houden, maar bovendien uitspraken van **rechters**. De rechter wordt, technisch gesproken, alleen beoordeeld door de hogere **rechter**, maar de wetgever wordt mede op de toepassing van de wetgeving door de **rechter** afgerekend door de kiezer.⁴² Daarmee hebben politici een groot en te respecteren eigen belang bij het kritisch volgen van de rechtspraak. Dit kan en mag leiden tot harde en scherpe reacties van politici op rechtspraak.

Uit hoofde van hun functie moeten **rechters** tegen een stootje kunnen, of, wat netter gezegd in de woorden van het EHRM in onder meer Morice/France:⁴³

“Nevertheless – save in the case of gravely damaging attacks that are essentially unfounded – bearing in mind that judges form part of a fundamental institution of the State, they may as such be subject to personal criticism within the permissible limits, and not only in a theoretical and general manner (...). When acting in their official capacity they may thus be subject to wider limits of acceptable criticism than ordinary citizens.”

*“Het is van groot belang dat de staatsmachten respect hebben voor elkaars rol en elkaars onafhankelijkheid. Alleen zo kunnen wij onze burgerlijke vrijheden beschermen en blijven de drie machten in evenwicht”, aldus de huidige voorzitter van de Eerste Kamer in haar toespraak bij de Nieuwjaarsontvangst van de Koning in 2017.⁴⁴ Niemand zal het tegenspreken zolang het over de drie *machten* gaat. Maar politici zijn gebaat bij een snelle reactie omdat zij, grof en onaardig gezegd, garen kunnen spinnen bij de waan van de dag. Dit betekent ook – ik gebruik hun eigen woorden – dat zo’n reactie een momentopname is over welks inhoud **rechters** niet in moeten zitten. Terugslaan is onnodig, maar ook gevaarlijk. Er zijn twee *“onverenigbare werelden van spreken. De ene is die van het juridisch redeneren en het uitleggen van resultaten daarvan en het ontvangen van kritiek in diezelfde taal (...). De andere is die van het politieke redeneren, gekarakteriseerd door de wil om te winnen, het politieke debat en de uiteindelijke beslissing op basis van het getal”,* aldus De Groot-van Leeuwen bij het eerdergenoemde symposium.⁴⁵ De rechters dienen te zwijgen, concludeert zij, als zij zich dreigen te mengen in **politieke** kwesties, meegaan in het **politieke** spel van winnen en verliezen of aanleiding geven tot politisering doordat zij zich laten afleiden van waar het in het recht eigenlijk over gaat. Van hun werk dus.*

Hans den Tonkelaar

Prof. mr. J.D.A. den Tonkelaar is redactievoorzitter van *Trema*.

Voetnoten

- 1** Zie o.a. A. Brenninkmeijer & H. Grootelaar, 'De strijd om de rechterlijke macht', *Rechtstreeks* 2016, nr. 2, p. 31, verwijzend naar Redactie NRC, 'De rechtspraak zit in het nauw', *NRC Handelsblad* 17 mei 2016.
- 2** R. Edens, '**Rechters en politiek**', *Rechtspraak* 2016, nr. 2, p. 8-11.
- 2** Dat zij dit hebben is met zoveel woorden, maar in een andere context dan in het voorliggende artikel, het thema van M. Hertogh, *Scheidende machten. De relatiecrisis tussen politiek en rechtspraak* (Nieuwspoort-rapport), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2012. Zie ook K.G. de Vries, 'De brave **rechter**: zijn er nog **rechters** in Den Haag?', *NJB* 2017, p. 362: "*Bij voortdurende wordt op de troon van de macht een beetje geduwd en getrokken om meer ruimte voor de eigen ambitie te krijgen. Politici en uitvoerders voelen zich met enige regelmaat gehinderd door de rechterlijke macht, die hun activiteiten kan toetsen aan wetten en verdragen.*"
- 3** A.R. Bloembergen, *Ubi iudicia deficiunt incipit bellum. Het beroep op de rechter in onze volgroeide rechtsstaat*, Arnhem: Gouda Quint 1995, p. 8, noot 23.
- 4** A.J. Cnoop Koopmans, 'Rechter en politiek', *NJB* 1973, p. 630.
- 5** A.M. Hol, 'Hannah Arendt: publiek domein, recht en rechtspraak', *Nederlands Tijdschrift voor Rechtsfilosofie en Rechtstheorie* 2003, p. 207.
- 6** Een algemene uiteenzetting over de ontwikkeling van het beginsel bij H. Gommer, *Onder de rechter* (diss. Tilburg), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2008, p. 131 e.v.
- 7** P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiele procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 321.
- 8** J.C. van Oven, 'Adhuc sub iudice lis est', *NJB* 1951, p. 2 e.v.; P.F. van der Heijden, 'Sub iudice veritas', *NJB* 2008/12.
- 9** Rb. 's-Gravenhage 21 juni 2005, ECLI:NL:RBSGR:2005:AT7856.
- 10** Hof Amsterdam 18 juli 2003, ECLI:NL:GHAMS:2003:AI0123.
- 11** HR 4 juni 1993, ECLI:NL:HR:1993:ZC0986.
- 12** Dit is iets anders dan de benadering van de rituelen en de reacties daarop in Hoefnagels' bekende rede: G.P. Hoefnagels, *Rituelen ter terechtzitting. Een voorstudie van emoties, attitudes en interacties tijdens het strafproces ter terechtzitting* (oratie Rotterdam), Deventer: Kluwer 1970.
- 13** Zie bijv. A.M. Hol, 'Rituelen en symbolen in de rechtspraak. Hun functie en betekenis', *AA* 2006, p. 805 e.v., i.h.b. p. 807 en 809.
- 14** Lees de kritiek, n.a.v. art. 205 (oud) Sr, van de Rotterdamse **rechter** Van Slooten uit 1913: "(...) dat het grote beginsel der wet is, dat de **rechter** recht moet doen op den indruk, dien hij persoonlijk ondergaat gedurende de terechtzitting. Men zeide, dat geen andere zaak er tusschen mag komen vóórdat de **rechters** in raadkamer gaan (...)." G. van Slooten Azn., 'Traag recht', *Themis Regtskundig Tijdschrift* 1913, p. 224.

- 15** Edens, *a.w.*, p. 8.
- 16** Zie o.a. L.E. de Groot-van Leeuwen, *Rechters tussen staat en straat. De positie van de rechterlijke macht in de democratische rechtsstaat* (oratie Nijmegen), Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2005, p. 4 e.v., 9 e.v.
- 17** Vgl. A.F.M. Brenninkmeijer, 'Het primaat van de **politiek** bestaat niet meer. Over **politieke** rechtspraak, rechterlijk activisme en de legitimatie van rechterlijke oordeelsvorming', *AA* 1992, afl. 11, p. 24 e.v.
- 18** Over de term 'rechterlijk activisme' en de geschiedenis van het begrip H.C.F.J.A. de Waele, *Rechterlijk activisme en het Europees Hof van Justitie* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2009, p. 45. De definiëring ervan is problematisch, *ibidem*, p. 46 e.v. Bezwaren tegen het gebruik van de van oorsprong Amerikaanse term bij Brenninkmeijer, *a.w.*, p. 28 e.v. De activistische **rechter** is door C.E. Drion (*Trema* 2017, p. 105 e.v.) beschreven als de **rechter** die doet aan ongelijkheidscompensatie, m.n. in de relatie tussen burger en overheid, die een kritische rol aanneemt in de trias politica. Drion citeert hierbij Buruma die over de **rechter** in de periode 1970–1995 stelt dat deze niet schroomt "*activistisch aan rechtsvorming te doen aan de hand van achter het geschreven recht liggende fundamentele beginselen*" (Y. Buruma, *Wat is een goede rechter? Een mentaliteitsgeschiedenis (1900–2020)* (oratie Nijmegen), 2016, p. 39, https://issuu.com/radbouduniversiteit/docs/wat_is_een_goede_rechter?e=6804048/43208454).
- 19** Gelet op o.a. C.A.J.M. Kortmann, *Staatsrecht en raison d'État* (oratie Nijmegen), Deventer: Kluwer 2009, p. 11.
- 20** Smits, *a.w.*, p. 297; vgl. De Waele, *a.w.*, p. 23 en De Vries, *a.w.* (2017), p. 360 e.v.
- 21** HR 27 november 2009, ECLI:NL:HR:2009:BJ6596.
- 22** Cnoop Koopmans, *a.w.*, p. 631. Van Oven, *a.w.*, p. 5.
- 23** W. Witteveen, 'Rechtspraak die aanspreekt?', in: L. de Groot-van Leeuwen et al. (red.), *Het gezag van de rechter* (SISWO-reeks), Amsterdam: SISWO 1994, p. 92-93. Zie ook, in dezelfde bundel, R. de Lange, 'Rechterlijk activisme en het gezag van de **rechter**', p. 59 e.v.
- 24** De Waele, *a.w.*, p. 60; de term '*interstitial legislator*' die De Waele hier gebruikt, is voor het eerst gehanteerd door Oliver Wendell Holmes.
- 25** Y. Buruma, wie ik tekort doe met deze heel korte samenvatting, 'Gezag: een herwaardering', *NJB* 2009, p. 2613.
- 26** Gebruikt als openingszin bij de aankondiging van de cursus 'Rechtsstaat of rechtersstaat: over de **politieke** rol van de **rechter**', UvA, studiegids 2009–2010.
- 27** B. Molenaar, *Rechters. De opkomst van de zwarte macht*, Bloemendaal: Aramith 1990, interview met H.A.F.M.O. van Mierlo, p. 99.

- 28** Over Isaac Claesz van Swanenburgh en het over Leidse stadhuis: C. Vogelaar, in: *De geschiedenis van een Hollandse stad. Deel 2*, p. 148 e.v. en K. Bostoën, 'Het nieuwe Leiden en zijn icoon: het stadhuis. Leiden rond 1600', *Leids Jaarboekje 2008*, Leiden: Vereniging Oud Leiden 2008.
- 29** D. Venema, *Rechters in oorlogstijd. De confrontatie van de Nederlandse rechterlijke macht met nationaal-socialisme en bezetting* (diss. Nijmegen), Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2007, p. 11.
- 30** MvT II bij w.o. 27181, Parl. Gesch. Herz. Wet RO, p. 127.
- 31** Smits, *a.w.*, p. 296.
- 32** J.W.M. van Eysinga, 'Parlementaire herinneringen en memoriaal. Dagboek van Jhr. Mr. F.J.J. van Eysinga, minister van staat, lid en voorzitter van de Eerste Kamer der Staten-Generaal, raadsheer in het Hof te Leeuwarden (31 december 1818–16 april 1901)', *De Vrije Fries* 1937, p. 46 e.v.
- 33** Zie ook, voor andere figuren, de interviews met **rechters**-parlementariërs bij De Groot-van Leeuwen, *a.w.* (2005), p. 5 e.v.
- 34** Fré le Poole, 16 maart 2001, op www.eerstekamer.nl. De eerdergenoemde Van Eysinga sprak overigens volgens zijn zoon in de Kamer dikwijls over onderwerpen die met het rechtswezen verband hielden. In zoverre vond hij kennelijk de combinatie van functies belangrijk op de wijze waarop ook Le Poole dat vond (Van Eysinga, *a.w.*, p. 65).
- 35** Cnoop Koopmans, *a.w.*, p. 630 e.v.
- 36** Over de positie van de civiele rechter tegenover wetgeving-in-de-maak C.J.J.M. Stolker, 'De **politieke** rol van de rechter in het burgerlijk recht', in: M.G. Rood (red.), *Rechters en politiek. Nationale en internationale beschouwingen*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 75. Zie ook G.E. van Maanen, 'Een dubbel feestje? 50 jaar Quint/te Poel en 90 jaar Lindenbaum/Cohen', *NJB* 2009, p. 251 e.v.
- 37** Vgl. De Groot-van Leeuwen, *a.w.* (2005), p. 11.
- 38** De zaak Masson, die in de jaren tachtig bij de rechtbank Maastricht en het hof 's-Hertogenbosch speelde. Het grote proces trok voor die tijd uitzonderlijk veel aandacht van de media. In 1983 was de tennishallenbouwer Poot failliet gegaan. Deze had geweigerd steekpenningen te betalen aan een zekere Van Zon, waarna het ABP zich terugtrok als financier van Poots projecten. E. Masson, directeur beleggingen pensioenfondsen van het ABP, werd in 1984 geschorst door het ABP. Tegen hem en Van Zon als hoofdverdachten begon een strafvervolging. De Maastrichtse rechtbank achtte in 1988 twee feiten bewezen en veroordeelde Masson tot een jaar gevangenisstraf met aftrek van voorarrest. Het hof 's-Hertogenbosch sprak Masson en Van Zon vrij (website *Dagblad De Limburger/Limburgs Dagblad*).
- 39** Zie o.a. A.J. Marx, 'Rechtspraak als opvoedster', *RMTh* 1956, p. 151: "*Aldus zal de rechter (...) in bescheiden omvang de wereld kunnen brengen op hooger peil en ook*

(...) *zijne waarde voor de gemeenschap bewijzen.*” Genuanceerder over de transmissie van normen door normdragers De Groot-van Leeuwen, *a.w.* (2005), p. 27. Minister Hirsch Ballin lijkt in zijn rede voor het Raio-congres 1993 ervoor te pleiten dat de **rechter** naar ‘de burger’ luistert; *Trema* 1993, p. 274. Volgens Corstens, lezing op 16 april 2009, moet de **rechter** soms ingaan tegen heersende opvattingen.

- 40** F. Jensma, ‘De Rechtspraak raakt onttoverd’, in: J.D.A. den Tonkelaar & K.G. de Vries (red.), *Omgangsvormen tussen politici en rechters*, Deventer: Kluwer 2011, p. 30.
- 41** De komende twee citaten: K.G. de Vries, in: Den Tonkelaar & De Vries, *a.w.*, resp. p. 76 en 77.
- 42** De Waele, *a.w.*, p. 27.
- 43** EHRM 23 april 2015, nr. 29369/10, o.a. «EHRC» 2015/141, m.nt. J. Soeharno en J.D.A. den Tonkelaar. Overigens wordt de **rechter** tegen *destructive attacks* uit de wind gehouden; zie bijv. Prager/Oberschlick, EHRM 26 april 1995, nr. 15974/90, *NJ* 1996/497, m.nt. E.J. Dommering.
- 44** A. Broekers-Knol, toespraak bij de Nieuwjaarsontvangst in het Koninklijk Paleis in Amsterdam, 17 januari 2017.
- 45** L.E. de Groot-van Leeuwen, ‘Rechters, politici en journalisten in infotopia’, in: Den Tonkelaar & De Vries, *a.w.*, p. 21, verwijzend naar Sunstein, Dalrymple, Hoefnagels en Davis.
-