

Dissenting opinions in de Nederlandse rechtspraak?



Dissenting opinions in de Nederlandse rechtspraak?

1	<i>Inleiding</i>	3
2	<i>Dissenting opinions</i>	3
3	<i>Waarom zouden we dissenting opinions willen of waarom (juist) niet?</i>	4
3.1	<i>De rechter(s)</i>	5
3.2	<i>De kamer, het college</i>	7
3.3	<i>De kwaliteit van de beslissing</i>	8
3.4.1	<i>Het publiek</i>	9
3.4.2	<i>De procespartijen</i>	10
3.5	<i>De rechtsontwikkeling</i>	10
3.6	<i>De rechtsstaat</i>	11
4	<i>Het raadkamergeheim en dissenting opinions</i>	12
5	<i>Dissenting opinions in de Nederlandse rechtspraak?</i>	13
5.1	<i>Het antwoord luidt bevestigend</i>	13
5.2	<i>Hoe verder</i>	13
	<i>Literatuur</i>	14

Dissenting opinions in de Nederlandse rechtspraak?

1 *Inleiding*

In ons gezelschap Trias Politica Zeeland gaat het – hoe kan het ook anders – met enige regelmaat over de rechtspraak in Nederland en dan met name in de verhouding met de andere staatsmachten. Dat betekent dat we ook praten over het functioneren van de rechters en van de rechtspraak als organisatie. Vorig jaar is een grotendeels beschrijvende notitie ter zake op onze website geplaatst.¹ De vraag of enige vorm van dissenting opinions een rol zou kunnen gaan vervullen in de Nederlandse rechtspraak is in de discussie over die notitie wel aan de orde geweest maar besloten is toen om, gezien de complexiteit van het onderwerp, die vraag buiten beschouwing te laten.

Het onderwerp kwam weer ter sprake naar aanleiding van de heftige discussie tussen president Trump en zijn Republikeinse partij enerzijds en de Democratische partij anderzijds over de benoeming van nieuwe rechters in het Amerikaanse Supreme Court.² Zouden die rechters, als conservatief bestempeld, zich in dissenting opinions gaan afzetten tegen de (toen nog) progressieve meerderheid in dat hof? In een uitspraak van 15 juni 2020 over ontslag wegens seksuele geaardheid bleek dat niet zonder meer het geval.³ Voldoende reden voor het schrijven van deze notitie.

Eerst zal kort een omschrijving van het fenomeen dissenting opinion worden gegeven en wordt bezien in welke mate (in welke landen of colleges en met welke omvang) er van gebruik wordt gemaakt. Vervolgens worden de (vele) argumenten pro en contra besproken. Bezien wordt of het Nederlandse “geheim van raadkamer” in de weg staat aan het gebruik van dissenting opinions door de rechter in Nederland. Ten slotte wordt de in de titel van deze notitie besproken vraag beantwoord.

2 *Dissenting opinions*

Als een Nederlandse rechter met een minderheidsstandpunt zijn collega's in een meervoudige kamer niet kan overtuigen zal hij hetzij zijn standpunt moeten prijsgeven hetzij er in moeten berusten dat mede onder zijn naam een vonnis of arrest wordt gewezen hoewel hij het met de beslissing of de motivering daarvan

¹ De rechter en de trias politica, een complex verhaal, <https://triaspoliticazeeland.nl>

² Het gaat om drie van de negen rechters, te weten Neil Gorsuch, Brett Kavanaugh en Amy Coney Barrett

³ 590 U. S. 17–1618, 17–1623 and 18–107 (2020)

niet eens is. Dat is in veel landen anders: daar kan die rechter zijn minderheidsopvatting, tezamen met de uitspraak die het meerderheidsstandpunt omvat, publiceren. In dat systeem van “separate opinions”, waarvan de oorsprong in het Engelse common law systeem ligt, kan hij zijn argumenten tegen het oordeel zelf neerleggen in een “dissenting opinion”. Is hij het wel eens met het oordeel maar niet of niet geheel met de motivering daarvan dan kan hij dat kenbaar maken in een “concurring opinion”. Gemakshalve wordt hierna onder dissenting opinion ook de concurring opinion begrepen.

Ten onrechte wordt gedacht dat dissenting opinions alleen of voornamelijk toegestaan zijn in landen met een common law traditie. Maar slechts in 7 van de 27 lidstaten – waaronder dus Nederland - van de Europese Unie kent men geen enkele vorm van dissenting opinion⁴. In 36 lidstaten van de Raad van Europa is op enig niveau een dissenting opinion mogelijk, in 11 niet⁵. Het Europese Hof voor de Rechten van de Mens, het Internationaal Gerechtshof en het International Criminal Court in Den Haag kennen de mogelijkheid van dissenting opinions, het Hof van Justitie van de EU niet.⁶ Ook in een aantal Zuidamerikaanse landen zijn dissenting opinions toegelaten.



Ruth Bader Ginsburg

Rechters, in elk geval in Engeland en de Verenigde Staten, lijken in toenemende mate gebruik te maken van dissenting opinions. Dat gebeurde in tweederde van de civiele zaken bij het Court of Appeal in Engeland.⁷ Volgens Ruth Bader Ginsburg, de in 2020 overleden rechter van het Supreme Court, bekend – en voor sommigen berucht – om haar dissenting opinions was dat hof in het gerechtelijk jaar 2008/2009 slechts in 15 van de 79 uitspraken unaniem over beslissing én motivering.⁸

3 *Waarom zouden we dissenting opinions willen of waarom (juist) niet?*

Er is heel veel Engelstalige, vooral Amerikaanse, literatuur over het onderwerp omdat het gebruik van dissenting opinions met name in de Verenigde Staten de sterkste ontwikkeling heeft doorgemaakt. Maar er is zeker ook Nederlandse literatuur. Fockema Andreae pleitte in 1934 al voor het toelaten van een gematigde

⁴ R.Raffaelli “Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States”, studie 2012 Policy Department C: Citizen’s Rights and Constitutional Affairs, European Parliament

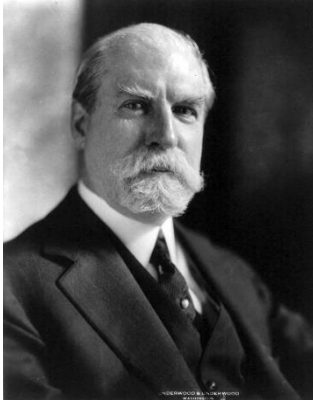
⁵ Venice Commission “Report on separate opinions of constitutional courts”, Op.No.932/2018, CDL-AAD(2018)030rev

⁶ De studie van Raffaelli is positief over invoering bij dat Hof maar adviseert nog nader onderzoek.

⁷ Tom Bingham “The rule of law”, p.44/45, Allen Lane/Penguin 2010

⁸ Ruth Bader Ginsburg “The role of Dissenting Opinions”, lecture, 95(1) Minnesota Law Review (2010)

vorm van dissenting opinions bij de Hoge Raad.⁹ Sommige schrijvers geven fraaie overzichten van pro en contra argumenten¹⁰. Noordamerikaanse rechters kunnen welsprekend en kernachtig de lof zingen van dissenting opinions.



Charles E. Hughes

Zoals bijvoorbeeld Charles Evans Hughes, president van het Supreme Court van de Verenigde Staten van 1930 tot 1941, die in 1927 in een lezing (toen nog als rechter van het New York Court of Appeal) zei :

“A dissent in a court of law of last resort is an appeal to the brooding spirit of the law, to the intelligence of a future day, when a later decision may possibly correct the error into which the dissenting judge believes the court to have been betrayed”

Of zoals Jesse W.Carter, rechter in het Supreme Court van de staat Californië: “The right to dissent is the essence of democracy, the will to dissent is an effective safeguard against judicial lethargy, the effect of a dissent is the essence of progress”.¹¹ En ten slotte Claire L’Heureux-Dubé, lid van het Supreme Court van Canada, “who compares separate opinions to polyphony in music, as they allow to speak in a plurality of voices”.¹²

Het wordt tijd voor een wat meer nuchtere weergave en bespreking van de voor- en nadelen – beperkt tot de belangrijkste en/of meest genoemde daarvan - van het gebruik van dissenting opinions. Dat gebeurt aan de hand van het (veronderstelde) effect, de betekenis of het belang van dissenting opinions op of voor de rechter(s), een kamer of college van een gerecht, de kwaliteit van de beslissing, het publiek en de bij een uitspraak betrokken partijen, de rechtsontwikkeling en de rechtsstaat.

3.1 *De rechter(s)*

Als voordeel wordt vaak genoemd dat een rechter die het principieel oneens blijft met zijn collega’s niet langer hoeft te dulden dat niettemin ook zijn naam onder het vonnis staat terwijl hij over zijn bezwaren tegenover derden moet zwijgen. Dat zou hem ten opzichte van die collega’s onafhankelijker maken.¹³ Dát hij zijn standpunt

⁹ J.P.Fockema Andreae “Het geheim van de raadkamer”, Utrecht 1934

¹⁰ Preadvies NJV H.Drion en O.de Savornin Lohman “De dissenting opinion in de rechtspraak”, Zwolle 1973; Raffaelli, op.cit.; Venice Commission, op.cit.; H.Winkel “De bewaring van het raadkamergeheim” in “Met eerbiedigende werking”, Deventer 1971.

¹¹ Jesse W.Carter “Dissenting Opinions”, 4 Hastings Law Journal 118 (1953)

¹² L’Heureux-Dubé “The Dissenting Opinion:Voice of the Future?” Osgoode Hall Law Journal (online) 2000, vol.38,p.496

¹³ Aldus onder meer J.C.M.Leijten “Dissenting opinions” NJB 1972 pp 697-707en 731-741; Laffranque, op.cit., p.12

separaat kan verwoorden kan betekenen dat zijn collega's dat standpunt "niet lichtvaardig onder tafel werken".¹⁴

De Doelder noemt als mogelijk nadeel dat een rechter die zich niet (geheel) kan verenigen met het standpunt van de meerderheid zich verplicht zou kunnen voelen tot het publiceren van zijn standpunt omdat niet reageren afbreuk zou doen aan zijn geloofwaardigheid, zeker als rechtersbenoemingen meer politiek zouden worden.¹⁵ Wat dat laatste betreft: benoemingen bij de Hoge Raad vinden op dit moment de facto vrijwel bij coöptatie plaats. De Tweede Kamer kiest doorgaans nummer één van de door de Hoge Raad geadviseerde kandidaten en de minister neemt die voordracht over. Het is niet uit te sluiten dat (een deel van) het parlement zich intensiever zal bezig gaan houden met die benoemingen als de standpunten van die kandidaten in controversiële zaken bekend zijn, hetgeen het geval zou zijn als ook bij rechtbanken of hoven dissenting opinions zouden worden ingevoerd. Rechters zouden zich onder druk gezet kunnen voelen.

Dat kan overigens ook door druk vanuit het publiek of de media als rechters beslissen in zaken waarover binnen de maatschappij grote verschillen van mening bestaan (euthanasie, klimaat, migranten etc). Zie het voorbeeld uit 2016 hiernaast waar drie High Court Judges op de voorpagina van de Daily Mail werden aangevallen omdat zij hadden beslist dat de Engelse regering de toestemming van het parlement nodig had om artikel 50 van het EU-Verdrag (het starten van de uittreding) in te roepen.



Sommigen vragen zich af of een rechter die eenmaal een, mogelijk geprononceerd, minderheidsstandpunt heeft ingenomen, zich nog vrij zal voelen in latere zaken op dat standpunt terug te komen.¹⁶ Als de discussie in raadkamer geheim blijft, zoals nu het geval is en zijn afwijkende mening niet bekend is, staat niets hem daaraan in de weg. Maar dat kan na publicatie door externe druk anders zijn.

Een aantal schrijvers signaleert dat dissenting opinions tijd kosten en dus tot verhoging van de werklast van de rechter zullen leiden.¹⁷ Maar Thomassen zegt

¹⁴ De Savornin Lohman, op.cit., p. 57

¹⁵ H. de Doelder "Dissenting opinions en het geheim van de raadkamer", Trema 2010/9. Ook: A. Soeteman "Met één mond?", Ars Aequi december 2010, p.867 en J.L.W. Broeksteeg "Het geheim van de raadkamer: een waardevol bezit", Ars Aequi maart 2011, p.249

¹⁶ Onder meer De Doelder, op.cit.

¹⁷ Ook Corstens, president van de Hoge Raad en voorstander, wijst daar op in het Jaarverslag 2012 van de Hoge Raad. Idem Winkel, op.cit., p.412

vanuit haar ervaring met dissenting opinions in het EHRM dat dat in de praktijk meevalt.¹⁸

Gaan rechters, ook maar mensen, zich anders gedragen als zij uit de anonimiteit treden? Willen ze meer schitteren, mikken ze in het gebruik van dissenting opinions op vergroting van hun kans op promotie, van hun status bij publiek of wetenschap? John Roberts, de huidige president van het Supreme Court, constateert “that separate opinions lead to judges behaving like prima donnas, which weakens the court as an institution”.¹⁹



Alfred Thompson Baron Denning

Een Engels voorbeeld: Lord Denning, onbetwist een groot jurist die ten slotte Master of the Rolls – de hoogste rechterlijke functie op die van Lord Chief Justice na – werd. Hij stond er om bekend dat hij het uitzonderlijk goed met zich zelf had getroffen en werd bekend en bij sommige collega’s berucht om zijn ontelbare, helder en pakkend geschreven, dissenting opinions die hem veel publiciteit bezorgden. Hij was niet bang controversiële standpunten in te nemen en veel van zijn enkelvoudige vonnissen werden vernietigd.²⁰

3.2 De kamer, het college

Zowel voor- als tegenstanders van dissenting opinions wijzen op het risico dat verhoudingen binnen een college op scherp kunnen komen te staan door onnodig kritisch geformuleerde dissenting opinions. De kritiek moet niet persoonlijk zijn, er moet geen sprake zijn van “naming en shaming” van collega’s²¹. Ginsburg (zelf niet zuinig met dissenting opinions overigens): Een rechter zal zich steeds moeten afvragen of een dissenting opinion in deze zaak écht nodig is.²² Dat wordt hartgrondig onderschreven door een tegenstander van onnodig gebruik van dissenting opinions: ”How refreshing it would be, in cases of our judges in courts of last resort not agreeing on their final judgment, that they should not either have

¹⁸ W.M.E.Thomassen “Het geheim van de raadkamer en de dissenting opinion”, NJB 2006/12 p.686

¹⁹ Rosenm, “Robert’s Rules, <https://www.theatlantic.com/magazine/archive/2007/01/robertss-rules/305559>. De Savornin Lohman, op.cit., p.60, Raffaelli, op.cit.p.10 en Fockema Andreae, op.cit. signaleren dat risico ook wel.

²⁰ Marcel Berlins/Clare Dyer “The law machine”, Penguin 1994

²¹ Iman Zekri “Respectfully Dissenting: How Dissenting Opinions Shape the Law and Impact Collegiality among Judges”, Florida Bar Journal Vol.94, No.5 September/October 2020; in soortgelijke zin Venice Commission, op.cit.

²² Zij botste regelmatig met haar collega Scalia maar volgens Neil Gorsuch waren die twee ondanks hun inhoudelijke verschillen goede vrienden. (Neil Greenya “Gorsuch”, New York 2018, p. 154)

food or drink, but in addition should be coerced by being transported from town to town in a cart.”²³

Ook Leijten waarschuwt dat de rechter de onderlinge verhoudingen niet moet bemoeilijken ook al is hij daar wat betreft de Nederlandse colleges niet zo bang voor (evenals Thomassen) en vindt hij het risico niet doorslaggevend.

3.3 *De kwaliteit van de beslissing*

Er mag over de voor- en nadelen van dissenting opinions onder schrijvers veel discussie bestaan, over één positief effect van dissenting opinions zijn ze het vrijwel allemaal eens: de kwaliteit van de beslissing – en dan gaat het met name over de motivering er van - zal toenemen.²⁴ Ieder wordt gedwongen zich meer te verdiepen in de betreffende rechtsvraag en zich rekenschap te geven van zijn standpunt. De meerderheid zal, in het besef dat er een dissenting opinion komt, haar argumenten scherper formuleren en meer aandacht moeten besteden aan argumenten die tegen haar visie pleiten.²⁵ Er is geen noodzaak voor vage formuleringen die compromissen of meningsverschillen moeten maskeren en resulteren in een beslissing waar niemand het helemaal mee eens is, aldus Bingham in *The rule of Law*. Dat laatste is wel typisch geschreven vanuit de common law traditie natuurlijk. Maar ook een enquête onder een aantal Nederlandse rechters wees uit dat, hoewel de meerderheid niet vóór dissenting opinions was, de rechters het kwaliteitsargument wel erkenden.²⁶ Maar ook zónder dissenting opinion zou je de motivering van uitspraken kunnen verbeteren, bijvoorbeeld, zoals Davids als president van de Hoge Raad zei “door in onze arresten een wat meer discussiërende toon neer (te) leggen”²⁷

Een enkeling noemt als nadeel dat openbaarheid kan leiden tot een minder rustige en zakelijke besluitvorming of dat een rechter met een minderheidsopvatting, wetend dat hij die kan publiceren, minder snel geneigd zal zijn serieus in debat te gaan met zijn collega's. Thomassen spreekt juist van een verhoogde kwaliteit van het beslissingsproces.²⁸

Vormt, als we praten over de Hoge Raad, de conclusie van de AG geen alternatief voor een dissenting opinion? Nee, zegt Thomassen, want de Hoge Raad gaat niet in

²³ Geciteerd door Alex Simpson Jr “Dissenting Opinions”, *University of Pennsylvania Law Review*, Volume 7, March 1923

²⁴ Drion, op.cit. p.35, noemt dit het sterkste argument vóór dissenting opinions.

²⁵ “My experience teaches that there is nothing better than an impressive dissent to lead the author of the majority opinion to refine and clarify her initial circulation” aldus Ginsburg, op.cit.

²⁶ Prins, Van der Mijl en Tiemeijer, empirisch onderzoek naar de opvattingen van rechters over transparantie, in “Speelruimte voor transparantere rechtspraak”, WRR-rapport, Amsterdam 2013, p.228

²⁷ Gerard van Westerloo “Het hoogste woord”, artikel over de Hoge Raad, NRC 29 april 2006

²⁸ Thomassen, op.cit. p. 686

debat met de AG op een wijze als dat gebeurt voordat een meerderheids- en minderheidsstandpunt uiteindelijk op papier staat.

3.4.

3.4.1 *Het publiek*

Veel aandacht wordt besteed aan de vraag of een uitspraak waarin van verschil van mening onder de daarbij betrokken rechters blijkt niet het vertrouwen in die uitspraak of zelfs in de rechtspraak in het algemeen ondermijnt. Een unaniem vonnis straalt gezag uit terwijl verdeeldheid onder rechters bij het publiek voor verwarring zorgt en de overtuigingskracht van een uitspraak vermindert.²⁹ Dat is niet zozeer geïnteresseerd in het onderling debat als wel in de beslissing zelf en misschien de motivering daarvan. Maar dat veronderstelde gezag van een unaniem vonnis berust, zo betogen sommigen, op de fictie dat rechters het uiteindelijk altijd eens zullen zijn over een oplossing, de fictie ook dat er maar één goede oplossing is voor een rechtsvraag. Dat is lang niet altijd het geval. Thomassen daar over: Het recht is een veelomvattend stelsel geworden van regels die met elkaar strijdige normen behelzen waaruit de rechter moet kiezen. Het bevat talloze open normen en vage begrippen waar de rechter inhoud aan moet geven en het is bovendien fundamenteel beïnvloed door internationalisering. Nogal wies dus dat ook onder rechters verschillende opvattingen bestaan over de interpretatie van het recht en de in een concreet geval te maken keuzes.³⁰



W.M.E.Thomassen

Niemand gelooft ook meer in de fictie van eensgezindheid, aldus de meeste schrijvers. Dan liever een vonnis waaruit discussie blijkt dan nietszeggende formuleringen waarin iedereen van het college zich kan vinden (want die) zijn ook niet echt bevorderlijk voor het gezag van de rechtspraak, aldus Soeteman.³¹

Dat in het algemeen het gezag van uitspraken in landen waar dissenting opinions zijn toegelaten minder is dan in landen waar dat niet het geval is, staat bepaald niet vast.³² Wat de individuele uitspraak betreft kan dat anders zijn. Hughes: “There are some who think it desirable that dissents should not be disclosed as they detract from the force of the judgment. Undoubtedly, they do. When unanimity can be obtained without sacrifice of conviction, it strongly commends the decision to public confidence. But unanimity which is merely formal, which is recorded at the

²⁹ Aldus onder meer Bovend'Eert “Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak”, Deventer 2013

³⁰ Thomassen, op.cit., p.689. In soortgelijke zin Leijten, op.cit., p.734. Fockema wees al in 1934 op de complexiteit van het recht en de verdeelde doctrine. Hij schreef: Rechters zijn geen orakels maar meer en meer officiële gidsen en scheidsrechters in het industriële tijdperk.

³¹ Soeteman, op.cit. p.867

³² Zo onder meer Drion, op.cit. p.42

expense of strong, conflicting views, is not desirable in a court of last resort, whatever may be the effect upon public opinion at the time.”³³

Aannemelijk is dat in een systeem dat dissenting opinions kent het gezag van een unanieme uitspraak extra groot is. Ginsburg: “No doubt, the U.S. Supreme Court may attract greater deference, and provide clearer guidance, when it speaks with one voice. And I agree that a Justice, contemplating publication of a separate writing, should always ask herself: Is this dissent or concurrence really necessary? Consider the extra weight carried by the Court’s unanimous opinion in *Brown v. Board of Education*. In that case, all nine Justices signed one opinion making it clear that the Constitution does not tolerate legally enforced segregation in our Nation’s schools.”³⁴ In die uitspraak kwam het Supreme Court terug op een eerdere uitspraak waarin het onderscheid naar ras in het openbaar vervoer toestond.

3.4.2 De procespartijen

Brengt een stevig geformuleerd vonnis rust bij de partijen en een einde aan de rechtsstrijd? Of zijn zij, of althans één van hen, juist gediend met een vonnis waaruit blijkt dat de rechters het niet eens zijn? Niet onwaarschijnlijk is dat zo’n “verdeelde” uitspraak een rol kan spelen. Voor de verliezer die ziet dat in elk geval één rechter “aan zijn kant stond” en daarin aanleiding vindt hoger beroep of cassatie te overwegen. Voor de winnaar die, nu kennelijk niet alle rechters het eens waren en hoger beroep of cassatie dreigt, wellicht eerder geneigd is te schikken.³⁵ Overigens is van dat effect uiteraard alleen sprake als ook bij rechtbanken en hoven dissenting opinions mogelijk zouden zijn terwijl dat in veel landen niet het geval is.

3.5 De rechtsontwikkeling

Ook op dit vlak is er relatief veel eensgezindheid onder schrijvers: dissenting opinions kunnen een waardevolle bijdrage leveren aan de rechtsontwikkeling. Een zorgvuldig geformuleerde dissenting opinion kan een voorbode zijn voor een verdere evaluatie van het standpunt van een college en uiteindelijk een meerderheid krijgen, ze kan aanknopingspunten vormen voor een wetenschappelijk of maatschappelijk debat³⁶ en ze kan een eerste aanzet zijn voor een proces dat leidt tot aanpassing van wetgeving.

Wetenschappers zijn doorgaans zeer geïnteresseerd in dissenting opinions, schreef Hughres al lang geleden.”Oh boy! How the law professors do love dissenting

³³ Ch.E.Hughes “The Supreme Court of the United States”, 1929

³⁴ Ginsburg, op.cit., p.3

³⁵ Winkel, op.cit.p.414 noemt als argument tegen een dissenting opinion :‘Gevaar voor de rechtsvrede, omdat aan partijen de illusie van een eenstemmig rechterlijk oordeel wordt ontnomen.’

³⁶ Drion, op.cit, p.69

opinions!³⁷ De Doelder is wat sceptischer en vraagt zich af of de conclusie van de PG bij de Hoge Raad, het arrest en vervolgens een annotatie al niet voor voldoende reflectie en rechtsontwikkeling zorgt.³⁸ Winkel is positief en noemt ook de functie van een dissenting opinion als middel ter overbrugging van de kloof tussen wetenschap en praktijk.³⁹

De voorstanders van dissenting opinions onder de door Prins c.s. geenqueteerde rechters noemen ook het belang voor de rechtsontwikkeling en het stimuleren van het debat.

3.6 *De rechtsstaat*

Een aantal hiervoor besproken aspecten van de invoering van dissenting opinions hebben ook hun betekenis voor de rechtsstaat, de “rule of law”. Denk bijvoorbeeld aan een mogelijk verhoogd aantal appellen, aan (politieke) druk op rechters vanwege hun standpunten in controversiële zaken, aan een mogelijk sterke stijging van de werklast zonder dat daar extra middelen voor beschikbaar zijn. Maar ook aan een mogelijk positief aspect van een stimulans voor de rechtsontwikkeling.

Interessant is de hiervoor al aan de orde geweest zijnde vraag in hoeverre de onafhankelijkheid van rechters beïnvloed - in positieve of negatieve zin - wordt door invoering van dissenting opinions, zowel de interne onafhankelijkheid (tegenover collega's en bestuur) als de externe. Over het algemeen is de opvatting dat dat het met de negatieve effecten wel mee zal vallen: de rechter wordt verondersteld voldoende stevig te zijn en is in laatste instantie natuurlijk beschermd door de Grondwet.

De Savornin Lohman vraagt nog aandacht voor de rechtszekerheid: Als de hoogste rechter omgaat moet dat niet onverhoeds gebeuren. In zoverre heeft een dissenting opinion als voorbode en instigator van een verandering van opvatting een mooie signaalfunctie.⁴⁰

Hij is ook een voorstander van dissenting opinions omdat die in overeenstemming zijn met de democratische staatsorde die openbaarheid van en controle over de verschillende staatsmachten vordert. Anderen zijn ook die mening toegedaan. Maar Bovend'Eert en Broeksteeg bijvoorbeeld zien niets in dat argument, juist gezien de staatsrechtelijke functie van de rechterlijke macht, die niet te vergelijken is met die

³⁷ Ch.E.Hughes, Missouri Law Review (1938) p. 127

³⁸ De Doelder, op.cit.. Ook sceptisch: G.Raaymakers “Dissenting opinions”, Redactioneel, Ars Aequi 42 (1993)1

³⁹ Winkel, op.cit.p.414

⁴⁰ De Savornin Lohman, op.cit.,p.69

van een vertegenwoordigend lichaam.⁴¹ Leijten ten slotte ziet niets ondemocratisch aan het geheim van raadkamer.⁴²

4. *Het raadkamergeheim en dissenting opinions.*

Artikel 7 lid 3 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie (Wet RO) luidt: .

“De rechterlijke ambtenaren met rechtspraak belast, de rechters in opleiding en de officieren in opleiding, de senior-gerechtsauditeurs en gerechtsauditeurs, de griffier, substituut-griffier en waarnemend griffiers van de Hoge Raad, gerechtsambtenaren en buitengriffiers, bedoeld in artikel 14, vierde lid, zijn tot geheimhouding verplicht van hetgeen in de raadkamer over aanhangige zaken is geuit”. Het verbod is niet in de ambtseed van de rechter opgenomen, maar overtreding er van wordt wel met een tucht- en strafrechtelijke sanctie bedreigd.

Blijkens de 19^e-eeuwse wetsgeschiedenis verbiedt de bepaling ook dat rechters hun eigen opvattingen in een zaak openbaren⁴³, overigens ook nadat een beslissing in die zaak al lang onherroepelijk is geworden, zoals een Leeuwardense raadsheer ondervond. Hij werd strafrechtelijk vervolgd en veroordeeld omdat hij zijn, van het mede door hem gewezen arrest afwijkende, visie over het bewijs in een strafzaak aan een derde meedeelde. Drion en De Savornin Lohman menen dat het college als geheel wél melding zou mogen maken van stemverhoudingen of minderheidsopvattingen. Zij staan daar, zoals zij ook erkennen, echter vrijwel alleen in.

Het geheim van raadkamer beoogt, zo schrijven velen en zo vindt ook het EHRM, bescherming van de rechter, van zijn onafhankelijkheid ten opzichte van de overheid, van procespartijen en van de publieke opinie.⁴⁴ Maar het heeft ook een inhoudelijke functie. Het gerechtshof van Leeuwarden omschrijft het belang van het raadkamergeheim als volgt⁴⁵: De strekking van artikel 7, derde lid, Wet RO is dat rechters in raadkamer tijdens hun beraadslaging vrijelijk met elkaar moeten kunnen discussiëren en hun gedachten en gevoelens moeten kunnen uitwisselen zonder dat er gevaar bestaat dat dit later buiten de raadkamer openbaar wordt gemaakt en dit hun kan worden tegengeworpen. Rechters moeten, aldus het hof, in raadkamer ook vrijelijk kunnen terugkomen van een eerder ingenomen standpunt,

⁴¹ Bovend'Eert op.cit; Broeksteeg, op.cit., p. 248

⁴² Leijten, op.cit. p. 698

⁴³ Wetenschappelijk Bureau van het Openbaar Ministerie) “Schending van het geheim van raadkamer door raadsheren in de Hoge Raad?”, advies 20 juni 2017; idem AG Silvis in het arrest van de Leeuwardense raadsheer

⁴⁴ De NRC vergeleek het op 15 april 2003 met de rechterstoga: “beiden hebben de functie de rechters boven hun persoonlijkheid te verheffen”.

⁴⁵ Hof Leeuwarden/Arnhem 21 november 2008, ECLI:NL:GHARN:2008:BG5061, NJFS 2009/9 in de zaak van de Leeuwardense raadsheer. De omschrijving is door andere gerechten die daarna op de zaak hebben gezeten vrijwel letterlijk overgenomen.

fouten kunnen maken en emoties kunnen uiten. Het geheim van de raadkamer is volgens het Hof algemeen en ruim geformuleerd en omvat de gehele gedachtevorming in raadkamer en al hetgeen bij de bespreking daarvan in raadkamer aan de orde is gekomen. Het gaat erom dat — anders dan datgene wat uiteindelijk in de rechterlijke beslissing terecht komt — de wijze waarop tot de uiteindelijke beslissing is gekomen en de inbreng van elke individuele rechter in de achterliggende beraadslaging geheim blijft. Dit betekent, naar het oordeel van het hof, dat een rechter dus niet alleen de meningen van zijn collega-rechters, maar ook zijn eigen persoonlijke afwegingen met betrekking tot een zaak, zoals geuit of tot stand gekomen in raadkamer, niet naar buiten mag brengen.⁴⁶

Hoewel een enkeling dus meent dat het belang van openbaarheid boven het raadkamergeheim zou moeten kunnen gaan wordt die visie niet gedeeld: de Grondwet staat niet in de weg aan invoering van dissenting opinion, maar voor die invoering is wel wijziging van de Wet RO noodzakelijk.

5 *Dissenting opinions in de Nederlandse rechtspraak?*

5.1 *Het antwoord luidt bevestigend*

Het vrijwel onbetwiste positieve effect van (de mogelijkheid van) dissenting opinions op de kwaliteit van de rechterlijke beslissing en het belang er van voor de rechtsontwikkeling wegen aanzienlijk zwaarder dan de bezwaren die tegen invoering er van worden aangevoerd. Bezwaren die voor een belangrijk deel kunnen worden verminderd of weggenomen door beperkingen ten aanzien van de wijze van invoering en gebruik van dissenting opinions.

De eerste beperking is dat invoering voorshands beperkt zou moeten worden tot de Hoge Raad. Het belang voor de rechtsontwikkeling spreekt ook het meest aan waar het gaat om de hoogste rechter, die een uitgesproken rechtsvormende taak heeft. De Hoge Raad kan ervaring opdoen met het instrument. Als die ervaringen positief zijn zou invoering bij de overige hoogste rechters kunnen worden overwogen. Afgezien van het belang voor de rechtsontwikkeling is invoering bij lagere rechters om meerdere redenen niet voor de hand liggend. Met name niet omdat, in weerwil van wat Thomassen daar over opmerkt, toch vrij breed de mening gedeeld wordt dat het gebruik maken van dissenting opinions tijd kost en tot verhoging van de werklast leidt. Waar de rechterlijke macht nu al met tekorten kampt is het niet realistisch te verwachten dat voor de voor invoering van dissenting opinions benodigde extra menskracht eenvoudig financiering gevonden kan worden. Dan is er de door sommigen geuite vrees dat politici bij een

⁴⁶ W.H.D.Asser geeft in “Het geheim van de raadkamer en de vrijheid van publicatie”, NJB 2006, p. 691, ook deze redenen en vermeldt dat het raadkamergeheim bijdraagt aan de overtuigende kracht en het gezag van de uitspraak.

voordracht voor de Hoge Raad bij hun stem de uit dissenting opinions gebleken visie van een rechter zouden meewegen. De kans daarop lijkt niet heel groot maar helemaal uitsluiten kan men het niet. Door het gebruik van dissenting opinions te beperken tot de hoogste rechter is dat bezwaar weggenomen.

Door beperking van het instrument tot gebruik door de Hoge Raad ontstaat ook een tweede beperking: dissenting opinions betreffen niet meningsverschillen over de feiten.

De derde beperking bestaat er in dat van een dissenting opinion terughoudend gebruik zou moeten worden gemaakt. Een rechter zal zich steeds moeten afvragen of in een specifieke zaak een dissenting opinion écht nodig is. Draagt hij bij aan de rechtsontwikkeling? Als het om de motivering gaat: kan in plaats van een concurring opinion niet worden volstaan met een royale behandeling van argumenten die tegen de beslissing pleiten?

Die beperkingen komen ook tegemoet aan het bezwaar dat het gezag van een individuele uitspraak zou kunnen lijden bij het publiceren van een dissenting opinion. Als die incidenteel en uitsluitend door de hoogste rechter wordt toegepast verliest dat bezwaar, wat daar ook van zij (zie de discussie hiervoor onder 3.4.1) belangrijk aan waarde.

5.2 *Hoe verder*

Voor invoering van dissenting opinions is wijziging of aanvulling van de bepalingen omtrent het raadkamergeheim in de Wet Ro nodig. Het belang van dat raadkamergeheim is onverminderd groot: de rechter moet vrijelijk kunnen discussiëren, argumenten kunnen opwerpen en weer prijsgeven. Onderscheiden moet dus worden tussen het bij invoering van dissenting opinions geoorloofde publiceren van de eigen afwijkende visie en het openbaren van de discussie in raadkamer.

Daarnaast moet onderzocht worden of het voorgestane terughoudend gebruik van dissenting opinions te vatten is in een protocol of richtlijn. Is het mogelijk daarvoor criteria te formuleren? Eenvoudig zal het niet zijn.

Een derde te onderzoeken kwestie betreft de rol van de “reservisten” bij de Hoge Raad. Een arrest wordt gewezen door drie of vijf raadsheren maar bij het raadkameren worden ook de overige leden (de “reservisten”) van de betreffende civiele, straf- of belastingkamer betrokken. Dat gebeurt uit een oogpunt van continuïteit en rechtszekerheid.⁴⁷ De vraag is of die reservisten geacht moeten worden zich te scharen achter de meerderheidsopvatting in geval van een

⁴⁷ Een klacht van prof. mr. H. U. Jessurun d’Oliveira dat de Hoge Raad hiermee het geheim van raadkamer schond en zich dus schuldig maakte aan een strafbaar feit werd door het OM geseponeerd.

dissenting opinion of dat zij zich ook zouden kunnen aansluiten bij een minderheidsopvatting.

Deze en ongetwijfeld ook nog andere vragen van principiële en praktische aard zouden onderzocht en beantwoord moeten worden om tot een verantwoorde invoering van een systeem van dissenting opinions te komen. Een interessante en waardevolle exercitie in het belang van versterking van de rechtsstaat.

Maart 2021

Literatuur

- Bader Ginsburg, Ruth – “The role of dissenting opinions”, lecture, 95(1) Minnesota Law Review (2010)
- Berlins, Marcel en Clare Dyer “The law machine”. Penguin 1994
- Bingham, Tom – “The rule of law”, Allen Lane/Penguin 2010
- Bovend’Eert, P. - “Rechterlijke organisatie, rechters en rechtspraak”, Deventer 2013
- Broeksteeg, J.L.W. – “Het geheim van de raadkamer: een waardevol bezit”, Ars Aequi, maart 2011
- Carter, Jesse W. - “Dissenting opinions”, 4 Hastings Law Journal 118 (1953)
- Corstens, G.J.M. - Interview in het Jaarverslag 2012 van de Hoge Raad
- Doelder, H. de - “Dissenting opinions en het geheim van de raadkamer”, Trema 2010/9
- Douglas, William O. - “The dissenting opinion”
- Drion, H. en De Savornin Lohman, O.- “De dissenting opinion in de rechtspraak”, preadvies NJV 1973, Zwolle
- Edens, Rob – “Spreken met één mond”
- Eindrapport van de Staatscommissie van Advies inzake de Grondwet en de Kieswet (commissie Donner) 1971
- Ernes, Anka – “Raadsheer: vertel mij uw visie”
- Fockema Andreae, J.P. - “Het geheim van de raadkamer”, Utrecht, 1934
- Gozdz-Roskowski - “Communicating Dissent in Judicial Opinions: A Comparative, Genre-Based Analysis
- Greenya, Neil – “Gorsuch”, New York 2018
- L’Heureux-Dubé “The Dissenting Opinion: Voice of the future?”, Osgoode Hall Law Journal (online) 2000, vol.38, p.496
- Hughes, Charles E. “The Supreme Court of the United States”, 1929
- Kerr, Lord - “Dissenting opinions: Self Indulgence or Self Sacrifice
- Kuitenbrouwer, Frank - “Geheim van de raadkamer heeft langste tijd gehad”
- Laffranque, Julia - “Dissenting Opinion and Judicial Independence”, Juridica International VIII/2003

Lamus, A.D.S... - "The proliferation of dissenting opinions in international law", proefschrift, Leiden, 8 juli 2020

Leijten, J.C.M. - "Dissenting opinions", NJB 1972.pp 697-707 en 731-741

Limborgh, Wouter - "De Hoge Raad en minderheidsopvattingen (dissenting/ concurring opinions)", NJB 2013/1544

Livni, Ephrat - "I respectfully dissent. The art of throwing shade in a SCOTUS dissent", 20 juni 2019, on line Quartz

Prins, J.E.J. (Corien)/Jesse van der Mijl/ Will Tiemeijer n- "Rechters aan het woord over transparantie" in "Speelruimte voor transparantere rechtspraak" WRR-rapport, Amsterdam 2013

Raaijmakers, Geert – "Dissenting opinions", Redactioneel, Ars Aequi 42 (1993) 1

Raffaelli, Rosa – "Dissenting opinions in the Supreme Courts of the Member States", studie 2012 Policy Department C: Citizen's Rights and Constitutional Affairs, European Parliament

Saint-Hilaire, Maxime - "Dissenting from the Venice Commission on Dissenting Opinions", New Zealand 3/2020

Simpson, Alex - "Dissenting opinions", University of Pennsylvania Law Review, Volume 7, March 1923

Soeteman, Arend – "Met één mond?", Ars Aequi, december 2010

Soeteman, Arend – Reactie op "Het geheim van de raadkamer: een waardevol bezit", Ars Aequi, maart 2011

Thomassen, W.M.E. "Het geheim van de raadkamer en de dissenting opinion", NJB 2006/12

Venice Commission "Report on separate opinions of constitutional courts", .Op.Mo.932/2018. CDL-AAD(2018)030rev

Westerloo, Gerard van - "Het hoogste woord", NRC 29 april 2006

Wetenschappelijk bureau van het Openbaar Ministerie - "Schending van het geheim van raadkamer door raadsheren in de Hoge Raad?", advies 20 juni 2017

Winkel, H. – "De bewaring van het raadkamergeheim", in "Met eerbiedigende werking", Deventer 1971

Zekri, Iman - " Respectfully Dissenting: How Dissenting Opinions Shape the Law and Impact Collegiality Among Judges"