

De rechterlijke macht geniet in Nederland stevast aanzienlijk meer vertrouwen dan de Tweede Kamer en de regering, zo blijkt uit continu onderzoek van het Sociaal en Cultureel Planbureau. Toch is de derde staatsmacht de laatste jaren in zwaar weer beland. De Schiedammer parkmoord, Ina Post en Lucia de Berk: het zijn strafzaken waarin gerechtelijke dwalingen zijn vastgesteld en waarin onschuldige personen onterecht zijn veroordeeld. De rechtszaak rond Geert Wilders stelde het rechterlijk gezag op de proef vanwege het gebrekkig professioneel openbaar optreden van de rechterlijke actoren. En de Algemene Rekenkamer signaleerde in 2012 dat van de ruim 1 miljoen meldingen van gewelds- en vermogensmisdrijven uiteindelijk slechts 5% resulteerde in een veroordeling.

Dergelijke cijfers en kwesties stellen ons voor de vraag waar het vertrouwen in de rechterlijke macht op is gebaseerd. Ze kunnen aanleiding zijn om de legitimiteit van de rechterlijke macht te betwisten. De auteurs van deze studie hebben daarom een zevental terreinen verkend, op zoek naar mogelijkheden om de legitimiteit van de rechterlijke macht te behouden en te versterken.

Lekenrechtspraak, alternatieve geschillenbeslechting, de participatie van het slachtoffer in het strafproces, het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie, hervormingen bij de Hoge Raad, de omgang met internationaal recht en de culturele pluriformiteit binnen de rechterlijke macht. Op deze terreinen onderzoeken de auteurs welke ontwikkelingen bijdragen of juist afbreuk doen aan de bereidheid van burgers om het gezag van de rechterlijke macht te erkennen. Daarvoor blijkt van wezenlijk belang dat de rechtspraak is ingebed in de samenleving. De rechterlijke macht dient een voldoende weerspiegeling te zijn van de waarden en (rechts)normen die in de samenleving heersen. De werkgroep meent met haar aanbevelingen deze inbedding te bevorderen, terwijl tegelijkertijd steeds de maatschappelijke functie van de rechterlijke macht – het voorkomen van eigenrichting door burgers – en haar kernwaarden voorop staan.

DE LEGITIMITEIT VAN DE RECHTERLIJKE MACHT

DE LEGITIMITEIT VAN DE RECHTERLIJKE MACHT

Ideeën voor behoud en versterking

Charlotte Maas (scribent), Marianne Kallen-Morren,
Geert-Jan Knoops, Rob Loeb, Hans Nieuwenhuis en
Tom Zwart (voorzitter)



De legitimiteit van de rechterlijke macht

Ideeën voor behoud en versterking

Charlotte Maas (scribent), Marianne Kallen-Morren, Geert-Jan Knoops,
Rob Loeb, Hans Nieuwenhuis en Tom Zwart (voorzitter)



Prof.mr. B.M. Teldersstichting
Den Haag, 2013

Prof.mr. B.M. Teldersstichting

Koninginnegracht 55A

2514 AE Den Haag

Telefoon (070) 363 1948

E-mail: info@teldersstichting.nl

www.teldersstichting.nl

Op de omslag is een cartoon afgebeeld van Arend van Dam.

www.arendvandam.com.

Copyright ©2013 Teldersstichting – Den Haag

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm en op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen, of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Zetwerk en druk: Oranje/Van Loon B.V.

ISBN/EAN: 978-90-73896-63-5

Trefwoorden: rechterlijke macht, legitimiteit, vertrouwen, liberalisme

Prijs: € 17,50

Voorwoord

De rechtspraak staat in onze samenleving van mondige burgers, journalisten en politici volop ter discussie, dat lijdt geen twijfel. Dit kan als een kenmerk van een levendige democratische rechtsstaat worden beschouwd. De rechterlijke macht als derde staatsmacht is net zo zeer onderwerp van kritische volgers als de wetgevende en de uitvoerende machten dat zijn. In voorgaande decennia vond wellicht minder politieke discussie over rechtspraak plaats en lieten pers en samenleving zich misschien minder horen. Maar met een maatschappelijk debat over het werk van de rechter is op zichzelf genomen niets mis.

Tegelijkertijd moet discussie over de rechtspraak er niet toe leiden dat het gezag van de rechterlijke macht wordt ondermijnd. Vanwege zijn gebondenheid aan de wet is de rechter een gemakkelijk doelwit voor politieke strijd. Juist daarom bewaart de magistratuur graag enige afstand tot die maatschappelijke discussie. Wie over de rechterlijke macht spreekt en schrijft, moet zich ervan bewust zijn dat de positie van de rechterlijke macht in de samenleving een bijzondere is: enerzijds staat zij op enige afstand omwille van haar neutraliteit, anderzijds zal zij aan de discussie over haar kwaliteit zelf ook mee willen en moeten doen. Burgers en politici roepen haar daartoe op, maar ook op eigen initiatief van de rechterlijke macht is inmiddels een discussie over de kwaliteit van de rechtspraak gaande.

De werkgroep voegt zich met voorliggende studie in het belangrijke publieke debat over de legitimiteit van de rechterlijke macht. De auteurs hebben hierbij oog voor de bijzondere positie van de magistratuur in de samenleving. De werkgroep doet enkele originele aanbevelingen vanuit de overtuiging dat de derde staatsmacht in een democratische rechtsstaat kritisch gevolgd moet worden, maar ook in het bewustzijn dat de onafhankelijke en onpartijdige magistratuur het machtsevenwicht moet bewaren in een samenspel met de andere staatsmachten.

Het curatorium van de Teldersstichting is ervan overtuigd dat de werkgroep er met deze aanpak in is geslaagd een constructieve bijdrage te leveren aan het maatschappelijk debat over de rechterlijke macht. De curatoren zeggen niet alleen dank aan de werkgroep voor het verrichte werk, maar zij spreken bovendien de wens uit dat de hier gepresenteerde aanbevelingen richtinggevend zullen zijn voor een aantal te nemen stappen door zowel de wetgever als de rechterlijke macht zelf. Hier en daar biedt deze studie bovendien een mooie aanzet voor experimenten en nader onderzoek. Ongetwijfeld zal de actuele discussie over de legitimiteit van de rechterlijke macht de komende tijd blijven voortduren. Laat deze publicatie hiervoor een bron van inspiratie vormen!

Namens het curatorium van de Prof.mr. B.M. Teldersstichting,
Frans Engering
september 2013

Inhoudsopgave

Voorwoord	I
Samenvatting	1
Aanbevelingen in het kort	5
Deel I – Visie van de werkgroep	
1. Inleiding: de legitimiteit betwist	11
2. Begrippen en definities	15
3. Lekenrechtspraak	33
4. Alternatieve geschillenbeslechting: mediation en herstelrecht	37
5. Participatie van het slachtoffer in het strafproces	45
6. Het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie	49
7. Hervormingen bij de Hoge Raad	53
8. Omgang met internationaal recht	57
9. Culturele pluriformiteit binnen de rechterlijke macht	61
Slotwoord: de gerechtelijke organisatie	65
Deel II – Onderzoek	
I. Lekenrechtspraak	71
I.1 Vormen van lekenrechtspraak	71
I.2 Discussie over lekenrechtspraak in Nederland	76
I.3 Conclusie en aanbeveling: lekenrechtspraak en legitimiteit	86
II. Alternatieve geschillenbeslechting: mediation en herstelrecht	89
II.1 Mediation in het civiel recht en het bestuursrecht	89
II.1.1 De opkomst van mediation in het civiel recht en bestuursrecht	89
II.1.2 Mediation als gevestigd alternatief in het civiel recht	91
II.1.3 Mediation in verhouding tot rechtspraak: voor- en nadelen	93
II.1.4 Conclusie en aanbeveling: mediation en legitimiteit	95
II.2 Bemiddeling in het strafrecht: herstelrecht	96
II.2.1 Herstelgerechtigheid in theorie	96
II.2.2 Visies op herstelrecht	97
II.2.3 Herstelrecht in de praktijk: experimenten en wetswijziging	99
II.2.4 Conclusie en aanbeveling: herstelrecht en legitimiteit	103

III. Participatie van het slachtoffer in het strafproces	107
III.1 Veranderende opvattingen over het slachtoffer in het strafproces	107
III.2 Het wettelijk spreekrecht en de schriftelijke slachtofferverklaring	110
III.3 Discussie over de positie van het slachtoffer in het strafproces	111
III.4 De fasering van het spreekrecht voor slachtoffers binnen het strafproces	113
III.5 Conclusie en aanbeveling: het slachtoffer in het strafproces en legitimiteit	115
IV. Het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie	117
IV.1 Het vervolgingsbeleid in Nederland	117
IV.2 Het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie	119
IV.3 Prestaties in de strafrechtketen	124
IV.4 Conclusie en aanbeveling: het vervolgingsbeleid en legitimiteit	129
V. Hervormingen bij de Hoge Raad	131
V.1 De toegang tot cassatierechtspraak	131
V.2 <i>Dissenting opinions</i>	143
V.3 Conclusie en aanbeveling: cassatierechtspraak en legitimiteit	147
VI. Omgang met internationaal recht	149
VI.1 Twee ontwikkelingen rondom artikelen 93 en 94 Grondwet	149
VI.2 Conclusie en aanbeveling: internationaal recht en legitimiteit	153
VII. Culturele pluriformiteit binnen de rechterlijke macht	155
VII.1 Afspiegeling van waarden	155
VII.2 Personele afspiegeling	158
VII.3 Mogelijke oorzaken van de ondervertegenwoordiging van culturele minderheden in de rechterlijke macht	160
VII.4 De spontane orde van Friedrich Hayek	161
VII.5 Conclusie en aanbeveling: culturele pluriformiteit en legitimiteit	163
VIII. De gerechtelijke organisatie	165
VIII.1 Het manifest van Leeuwarden	165
VIII.2 De verhouding tussen de juridische rationaliteit en de organisatorische rationaliteit	166
VIII.3 Conclusie: de gerechtelijke organisatie en legitimiteit	172
Personalia	175

Samenvatting

Gedurende de afgelopen jaren is het vertrouwen in de rechterlijke macht steeds hoog geweest in vergelijking met de regering en de Tweede Kamer. Toch is diezelfde rechterlijke macht in Nederland de afgelopen jaren ook in zwaar weer beland. Dat is het gevolg van aan het licht gekomen gerechtelijke dwalingen in zaken als de Schiedammer parkmoord, Ina Post en Lucia de Berk. De rechtszaak rond Geert Wilders stelde eveneens het rechterlijk gezag op de proef, niet alleen vanwege de politieke aard van het proces maar ook vanwege het gebrekkig professioneel openbaar optreden van de rechterlijke actoren. Het rapport *Prestaties in de strafrechtketen*, dat de Algemene Rekenkamer in 2012 uitbracht, signaleerde bovendien een bijzonder laag percentage veroordelingen van veelvoorkomende criminaliteit: 5% van de ruim 1 miljoen meldingen tussen oktober 2009 en september 2010. Dergelijke cijfers en kwesties stellen ons voor de vraag waar het vertrouwen in de rechterlijke macht op gebaseerd is.

Voor de vitaliteit van de democratische rechtsstaat kan het belang van vertrouwen in de rechtspraak moeilijk overschat worden. In tegenstelling tot de instituties van de wetgevende en uitvoerende macht heeft de burger voor de rechterlijke macht immers niet de kans om eens in de zoveel jaren schoon schip te maken. Dat is met het oog op de noodzakelijke onafhankelijkheid van de rechterlijke macht een groot goed. Maar des te essentiëler is het vertrouwen van de burger in de rechtspraak, zodat rechterlijke beslissingen 'landen' in de samenleving.

Van een legitimiteitscrisis in de rechterlijke macht is geen sprake. Het is bovendien onmogelijk om vast te stellen wanneer de rechtspraak 'voldoende' vertrouwen geniet. Maar het 'zwaar weer' voor de rechtspraak kan wel aanleiding zijn om de legitimiteit van de rechterlijke macht te betwisten. Gezien het niet te onderschatten belang van vertrouwen in de rechterlijke macht heeft een werkgroep van de Teldersstichting manieren onderzocht om de legitimiteit van de rechterlijke macht te behouden en te versterken. De onderzoeksvraag luidt: hoe kan de legitimiteit van de rechterlijke macht behouden blijven en versterkt worden?

Allereerst heeft de werkgroep een toetsingskader voor legitimiteit gedefinieerd. Daarvoor heeft zij de maatschappelijk functie van de rechterlijke macht beschreven en een definitie van legitimiteit geformuleerd. Ook heeft de werkgroep haar visie gegeven op de kernwaarden van de rechterlijke macht.

De primaire maatschappelijke functie van de rechterlijke macht is het voorkomen dat burgers het recht in eigen hand nemen. Deze functie is geïnspireerd op de liberale filosoof John Locke, die schreef dat zonder staatsmacht de veiligheid en het eigendom van burgers niet gegarandeerd zou zijn. Zonder autoriteit die over burgers kan oordelen en de individuele vrijheid van burgers beschermt, zal weinig nodig zijn of willekeur regeert en het recht van de sterkste geldt.

Het unieke gezag van de rechterlijke macht over anderen te oordelen bestaat

niet alleen vanwege de verankering ervan in de wet, maar ook omdat dit gezag wordt erkend door de burgers waarover zij gezag heeft. Zonder wet en zonder erkenning van gezag, geen legitimiteit van de rechterlijke macht. Legitimiteit definieert de werkgroep daarom als *de bereidheid om het gezag van de rechterlijke macht, sprekende via haar beslissingen, te erkennen*.

Twee basisvoorwaarden voor legitimiteit zijn volgens de werkgroep legaliteit en vertrouwen. Legaliteit verwijst naar de plaats van de rechterlijke macht binnen de democratische rechtsstaat. Magistraten dienen te handelen in overeenstemming met die plaats en burgers dienen de rechterlijke macht als gezagdrager naast de wetgevende en uitvoerende machten te erkennen. Legaliteit verwijst tevens naar de correcte toepassing van het recht in individuele zaken. Met vertrouwen, de andere basisvoorwaarde voor legitimiteit, bedoelt de werkgroep een soort diffuse steun, ontleend aan het begrip *diffuse support* van de Amerikaanse politicoloog en wetenschapsfilosoof David Easton. Het gaat er bij vertrouwen om dat de rechterlijke macht zich onpopulaire beslissingen kan 'veroorloven', juist omdat de burger een algehele waardering (positieve houding) heeft voor het instituut 'rechterlijke macht' als zodanig. De specifieke steun voor een afzonderlijk vonnis staat los van de diffuse steun waarvan het gezag van de rechterlijke macht is afgeleid.

De werkgroep grijpt terug op de kernwaarden van de rechterlijke macht zoals geformuleerd in internationaal en nationaal verband in de *Bangalore Principles of Judicial Conduct* (Verenigde Naties) en de *Gedragscode rechtspraak* (Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak). Het gaat hier om kernwaarden zoals onafhankelijkheid, onpartijdigheid, integriteit, deskundigheid en professionaliteit. De werkgroep vult deze lijst aan met enkele kernwaarden waarmee zij benadrukt dat de rechterlijke macht aansluiting moet houden bij de samenleving waarin zij rechtspreekt. 'Transparantie in het rechterlijk denken' en 'verankering in het culturele en politieke realiteitsbeeld' zijn twee voorbeelden van de door de werkgroep geformuleerde kernwaarden voor de rechterlijke macht.

Het toetsingskader voor de legitimiteit van de rechterlijke macht (dat wil zeggen haar maatschappelijke functie, de definitie van legitimiteit en de kernwaarden) is vervolgens inzet geweest in een zevental hoofdstukken. Deze hoofdstukken bespreken de thema's lekenrechtspraak, mediation en herstelrecht, de participatie van het slachtoffer in het strafproces, het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie, hervormingen bij de Hoge Raad, de omgang met internationaal recht en de culturele pluriformiteit binnen de rechterlijke macht.

De werkgroep heeft een studie gemaakt naar relevante ontwikkelingen en het publieke debat over deze onderwerpen. Deze studie is opgenomen in deel II van dit geschrift. Aan ieder hoofdstuk ligt de vraag ten grondslag hoe de genoemde onderwerpen zich verhouden tot de legitimiteit van de rechterlijke macht: in welk opzicht zijn bijvoorbeeld lekenrechtspraak en het spreekrecht voor het slachtoffer in een strafproces bevorderend voor de legitimiteit en wanneer wordt juist afbreuk aan de legitimiteit gedaan? Het eerste blijkt het geval wanneer

de rechterlijke macht meer aansluiting zoekt bij de samenleving of de burgers die direct betrokken zijn bij een zaak. Zo wordt de betrokkenheid van leken bij de rechtspraak, niet op grond van deskundigheid, maar enkel vanwege het staatsburgerschap, in ons omringende landen vanzelfsprekend als een kwestie van legitimiteit gezien. Ook de uitbreiding van de participatie van het slachtoffer in een strafproces, waarmee de direct betrokken burger een groter aandeel heeft gekregen in de rechtspraak, wordt als legitimiteitversterking gezien. Ontwikkelingen rondom het zevental bestudeerde thema's doen juist afbreuk aan de legitimiteit wanneer die ertoe leiden dat er een grotere afstand van de rechterlijke macht tot de burger ontstaat. Bij lekenrechtspraak in het buitenland is dat bijvoorbeeld het geval als lekenparticipatie betekent dat het proces zodanig traag verloopt dat de behoorlijke rechtsgang in het geding komt. Het spreekrecht van het slachtoffer in een strafproces kan afbreuk doen aan de legitimiteit van een strafproces zodra bij de verdachte mogelijk de perceptie ontstaat dat hij of zij geen eerlijk proces meer krijgt. Kortom, de legitimiteit verzwakt zodra individuele rechten niet meer voldoende worden gewaarborgd, de maatschappelijke functie van de rechterlijke macht niet wordt uitgevoerd en de kernwaarden op het spel komen te staan.

In deel I van het geschrift heeft de werkgroep per thema een conclusie (bevindingen) geformuleerd op de vraag hoe het kan bijdragen aan het behoud of de versterking van de legitimiteit van de rechterlijke macht. De bevindingen resulteren per thema in één of enkele aanbevelingen, die in het kort na deze samenvatting zijn opgenomen.

De rode draad in de conclusies van de werkgroep is dat voor de erkenning van het gezag van de rechterlijke macht door burgers van wezenlijk belang is dat de rechtspraak is ingebed in de samenleving. Daarmee wordt bedoeld dat de rechtspraak een voldoende weerspiegeling is van de waarden en (rechts)normen die in de samenleving heersen. De werkgroep meent met haar aanbevelingen die inbedding te bevorderen, terwijl tegelijkertijd steeds de maatschappelijke functie van de rechterlijke macht en haar kernwaarden voorop staan.

Ter illustratie worden hier enkele aanbevelingen genoemd. De werkgroep beveelt aan een experiment in te stellen met lekenbijzitters in een strafrechtzaak. Aangezien Nederland uniek is onder democratische rechtsstaten vanwege het volledige gebrek aan lekenparticipatie op grond van het feit dat een burger Nederlands staatsburger is, acht de werkgroep het niet meer dan vanzelfsprekend dat Nederland initiatieven ontplooit om te onderzoeken in hoeverre lekenrechtspraak de legitimiteit van de rechtspraak versterkt. De werkgroep beveelt ook aan een experiment in te stellen met het volledig spreekrecht voor het slachtoffer in een strafproces na beantwoording van de schuldvraag en voorafgaand aan de strafoplegging. Ook de verdachte krijgt in die extra zittingsfase spreekrecht. Zo doet de werkgroep geen afbreuk aan de onschuldpresumptie, terwijl wel de meerwaarde van het spreekrecht als emotionele genoegdoening in het strafproces wordt ingebracht. Het Openbaar Ministerie moet de discretionaire bevoegdheid krijgen om een herstelgerichte procedure (een herstelgesprek tussen dader en

slachtoffer) aan te bieden in zaken van 'lichte' delicten, bij jeugdige daders en *first time offenders*. Maar de beslissing om zo'n zaak aan herstelgerechtigheid te onderwerpen krijgt wel het karakter van een voorwaardelijk sepot: indien nodig kan vervolging alsnog worden doorgezet. Leden van de Hoge Raad worden aangemoedigd *dissenting opinions* te schrijven in zaken die een maatschappelijke discussie teweeg gebracht hebben, zonder afbreuk te doen aan het geheim van de raadkamer. De werkgroep beveelt voorts aan een onderzoek in te stellen naar de oorzaak van de ondervertegenwoordiging van magistraten met een minderheidsachtergrond, maar quotabeleid keurt de werkgroep af omdat dit de kwaliteit van de rechterlijke macht zou kunnen schaden en op het liberale bezwaar stuit dat positieve discriminatie in wezen een beperking van de vrijheid van gelijkgeschikten inhoudt.

Tot slot zij genoemd dat met de discussie over de gerechtelijke organisatie en de werkdruk de rechterlijke macht ook zelf een debat over kwaliteit, en daarmee over 'legitimiteit', is gestart. Als magistraten aangeven dat zij weinig vertrouwen hebben hun werk conform de kernwaarden van de rechterlijke macht te kunnen uitvoeren, zou men niet verbaasd moeten zijn dat ook de burger zijn vertrouwen zal bevragen. De eisen die voortvloeien uit de maatschappelijke functie van de rechterlijke macht en de beperkingen van gebrekkige tijd en middelen kunnen met elkaar op gespannen voet staan, maar dat is niet per definitie het geval. De werkgroep meent dat cijfermatigheden en overwegingen van efficiëntie niet het sluitstuk mogen worden van de discussie over de kwaliteit en legitimiteit van de rechtspraak. Haar studie laat zien dat, aan wie zich een breed perspectief op de rechterlijke macht als geheel aanmeent, zich zowel kostbare als kostenbesparende ideeën aandienen om de kwaliteit en legitimiteit te bevorderen. Het is aan bestuurders in de politiek en de rechterlijke macht, evenals aan de zittende en staande magistratuur, om hiervan de vruchten te plukken.

Aanbevelingen in het kort

Lekenrechtspraak

- **Voer een experiment met lekenrechtspraak in.** In reële zaken in eerste aanleg kan een ‘schaduwraadkamer’ (simulatiespel) worden opgezet waarin naast de rechter(s) ook leken plaatsnemen. De oordelen van deze gemengde raadkamers zijn niet juridisch bindend, maar kunnen worden vergeleken met reële oordelen. Ook kan worden geëvalueerd of, en zo ja hoe, het vertrouwen van lekenbijzitters in de rechterlijke macht beïnvloed wordt, hoe professionele rechters zich verhouden tot lekenrechters en wat lekenparticipatie voor indruk achterlaat op verdachte en slachtoffer.

Mediation in het civiel recht en bestuursrecht

- **De meerwaarde van mediation, het terugdringen van onnodige juridisering, dient zoveel als mogelijk te worden benut.** Mediation houdt in dat de rechter zich niet mengt in een conflict dat beter (want naar grotere tevredenheid van beide partijen) buiten de rechter om kan worden beslecht.
- **Blijf mediation wel primair als alternatieve geschillenbeslechting zien.** Burgers hebben in een liberale rechtsstaat het recht op ‘recht’, dat wil zeggen het recht om ondanks pogingen tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting het recht te zoeken, c.q. te halen bij de rechter. Het probleemoplossend vermogen van mediation schuilt ook juist in de alternativiteit. De mogelijkheid voor partijen om altijd nog de bemiddeling te staken en de ‘harde’ weg van het recht te kiezen, zorgt ervoor dat partijen bereid zijn zich in de belangen van de ander te verdiepen.

Herstelrecht in het strafrecht

- **Het Openbaar Ministerie dient de discretionaire bevoegdheid te krijgen om een herstelgerichte procedure aan te bieden aan slachtoffer en verdachte, die in de plaats komt van een traditionele strafgerichte procedure bij ‘lichte’ misdrijven, jeugdige daders en *first time offenders*.** Wanneer het slachtoffer primair excuses van de verdachte wenst en de verdachte akkoord is met een herstelprocedure in plaats van een traditionele strafrechtelijke procedure, dan is de herstelgerichte procedure in bepaalde gevallen een geschiktere manier om de geschokte rechtsorde te herstellen dan de strafrechtelijke procedure. Het gaat om strafbare feiten waarvoor een transactie of strafbeschikking mogelijk is en zaken die (als er geen herstelbemiddeling zal plaatsvinden) worden afgedaan bij de politierechter. Te denken valt aan eenvoudige zaken van mishandeling, diefstal, zaaksbeschadiging, bedreiging en openlijke geweldpleging. Geschikte zaken voor herstelrecht kunnen zaken van *first offenders* en jeugdige daders zijn en zaken waarin slachtoffer en dader elkaar kennen. Biedt het OM geen herstelprocedure aan of weigert verdachte of slachtoffer akkoord te gaan met

een herstelprocedure, dan wordt een strafprocedure in gang gezet die leidt tot een transactie, een strafbeschikking of de politierechter. De beslissing van het OM om de zaak aan herstelgerechtigheid te onderwerpen krijgt het karakter van een opschorting van de vervolging of een voorwaardelijk sepot. De bemiddelaar maakt een verslag op en op basis daarvan bekijkt het OM of de vervolging definitief wordt gestaakt.

Participatie van het slachtoffer in het strafproces

- **Stel een experiment met een twee-trapsgewijs spreekrecht voor slachtoffer of nabestaanden in bij reële (dus niet-fictieve) ‘zware’ strafzaken.** Dit idee houdt in dat een extra zitting in het strafproces wordt ingebouwd waarin plaats is voor het volledige spreekrecht voor het slachtoffer of de nabestaande. Deze extra fase vindt plaats na beantwoording van de schuldvraag en voorafgaand aan de strafoplegging. In deze fase krijgt ook de verdachte extra spreekrecht, als antwoord op de verklaring van het slachtoffer. In deze extra fase van de zitting mag het slachtoffer of de nabestaande zich dus uitspreken over zowel de strafvraag als de schuldvraag en is hij volledig vrij ook over zijn beleving van de toedracht van de feiten te praten. Het WODC doet op initiatief van staatssecretaris Teeven in 2013 onderzoek naar de voor- en nadelen van een tweefasenproces. De werkgroep kijkt uit naar de uitkomst van dit onderzoek en meent dat een praktisch experiment een dergelijk onderzoek compleetert.

Het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie

- **Het Openbaar Ministerie dient bij de toelichting op de vervolgingsbeslissing niet alleen uit te leggen waarom het wel tot vervolging over gaat, maar juist ook waarom het er voor kiest geen verdere vervolging in te stellen.** Uiteindelijk is de vervolgingsbeslissing het resultaat van een exercitie van prioritering van verschillende (en mogelijk tegenstrijdige) belangen, binnen het kader van beschikbare capaciteit en middelen. De burger mag transparantie van die belangenafweging verlangen.
- **Het verdient aanbeveling de mogelijkheden te verkennen om het bereik van het bestuurssanctierecht uit te breiden met als doel verlichting van het werkaanbod binnen de strafsector.**
- **De huidige Artikel 12-Sv procedure voor beklagzaken kan worden versterkt** als het Hof, eenmaal beslist hebbende dat vervolging alsnog moet worden doorgezet, hoewel het OM eerder tot niet-vervolging had beslist, die bewuste zaak naar een ander parket doorverwijst dan het parket dat aanvankelijk beslist had geen vervolging in te stellen. Hiermee wordt de schijn van herhaling van zetten vermeden. Het aantal en de capaciteit van aparte Artikel 12-Kamers, waar uitsluitend Artikel 12-Sv procedures worden behandeld, kan bovendien worden uitgebreid.
- **Stel voor delicten waarop minimaal 12 jaar gevangenisstraf staat en zware zedendelicten een vervolgingsplicht in.** De praktijk dat het OM

doorgaans vervolging instelt bij 12-jaars delicten, zelfs al lijkt de zaak niet haalbaar, ziet de werkgroep graag geformaliseerd in de vorm van een wettelijke vervolgingsplicht; tenzij het op voorhand evident is dat geen vervolging mogelijk is.

Hervormingen bij de Hoge Raad

- **Stel een positief selectiestelsel voor de civiele kamer van de Hoge Raad in en hanteer daarbinnen de *political question doctrine*.** Een Hoge Raad die zich beperkt tot een klein aantal zaken waarin een belangrijke civiele rechtsvraag centraal staat, verhoudt zich goed tot een Hoge Raad die tevens grote terughoudendheid betracht in het behandelen van zaken waarin een vraag centraal staat met een sterke politieke geladenheid. Het positief selectiestelsel dient de rechtsvormende en rechtsbeschermende taak van de civiele kamer van de Hoge Raad, die de eenheid en juistheid van het recht waarborgt.
- **Stimuleer dat raadsheren in de Hoge Raad gebruik maken van de mogelijkheid om *dissenting opinions* te schrijven.** Hiermee huldigen zij het principe dat de rechterlijke macht een derde staatsmacht is die ertoe doet in maatschappelijke kwesties waarin de meningen sterk verdeeld zijn. Wettelijk staat individuele rechters niets in de weg dit te doen.

Omgang met internationaal recht

- **De werkgroep beveelt aan dat de rechterlijke macht prudent en terughoudend omgaat met de artikelen 93 en 94 van de Grondwet.** Deze artikelen mogen geen aanleiding tot rechterlijk activisme vormen en dienen te worden toegepast met respect voor het evenwicht van machten.
- **Het Comité van Ministers van de Raad van Europa dient richtinggevende uitspraken te gaan doen over de betekenis van het EVRM.** Volgens het verdragenrecht heeft zulke latere overeenstemming tussen de partijstaten over de inhoud van het Verdrag dezelfde status als een amendement. Zulke uitspraken zullen voor het Hof dan ook uitgangspunt dienen te zijn bij de uitleg van het EVRM. In ruil daarvoor zal zijn optreden democratisch zijn gelegitimeerd.
- **De werkgroep stimuleert een rechterlijke dialoog tussen de Hoge Raad en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over de wijze waarop de nationale rechter uitvoering geeft aan de uitspraken van het EHRM.**

Culturele pluriformiteit binnen de rechterlijke macht

- **Zet een gedegen onderzoek op naar de oorzaak van de ondervertegenwoordiging van magistraten met een niet-westerse afkomst.** Hierbij dienen met name ook magistraten en aspirant-magistraten met een niet-westerse afkomst te worden betrokken. Mochten uit dit onderzoek specifieke belemmeringen naar voren komen, dan kan worden nagedacht over de vraag of deze belemmeringen kunnen worden weggenomen, voor zover de kwaliteit van de rechtspraak niet in het geding komt en de vrijheid van andere (aspirant-)magistraten niet wordt ingeperkt. Van quotabeleid mag geen sprake zijn; het gaat erom dat de rechterlijke macht een afspiegeling is van waarden en (rechts)normen zoals beleefd in de samenleving.
- **Neem een cursus in het curriculum van de rechtenstudie op waarin de vraag centraal staat welke kennis naast de vanzelfsprekende juridische kennis van belang is voor de kansen op toegang tot de rechtersopleiding.**

Deel I – Visie van de werkgroep

1. Inleiding: de legitimiteit betwist

1.1 Aanleiding voor het onderzoek

Gedurende de afgelopen jaren is het vertrouwen in de rechterlijke macht steeds hoog geweest in vergelijking met de regering en de Tweede Kamer. Dit blijkt uit het Continu Onderzoek Burgerperspectieven waarin het Sociaal en Cultureel Planbureau jaarlijks het vertrouwen in diverse maatschappelijke instituties meet.¹ Dat het vertrouwen relatief hoog is, is maar goed ook. De rechtspraak moet het voor haar legitimiteit in grote mate hebben van het vertrouwen dat burgers in haar stellen. Dit in tegenstelling tot de Tweede Kamer en de regering. Het aanzienlijk lagere vertrouwen in deze instituties kan weliswaar niet wenselijk genoemd worden. Echter, aangezien burgers eens in de zoveel tijd de kans hebben schoon schip te maken, wat voor de rechtspraak niet het geval is, moet het vertrouwen van de burger in de rechtspraak toch anders gewaardeerd worden dan het belang van het vertrouwen in parlementariërs of ministers. Voor de vitaliteit van de democratische rechtsstaat kan het belang van vertrouwen in de rechtspraak moeilijk overschat worden.

Ondanks het nog steeds hoge vertrouwen in de rechtspraak, is de rechterlijke macht in Nederland de afgelopen jaren ook in zwaar weer beland. Die ontwikkeling komt tot uitdrukking in enkele recente zaken (Schiedammer parkmoord, Ina Post, Lucia de Berk) waarin gerechtelijke dwalingen zijn vastgesteld in het strafrechtelijk onderzoek. Vanuit het oogpunt dat de liberale rechtsstaat in dienst staat van fundamentele individuele vrijheden en de macht van de staat om die reden altijd beperkt moet zijn, vormen gerechtelijke dwalingen als gevolg waarvan onschuldige burgers hun vrijheid wordt ontnomen een ernstige ondermijning van de legitimiteit van de rechterlijke macht.

Een ander voorbeeld van zwaar weer voor de rechterlijke macht is de aanpak van de rechtszaak rond politicus Geert Wilders over de reikwijdte van de vrijheid van meningsuiting. De zaak was vanwege de persoon van de verdachte en de tenlastelegging per definitie een politiek proces. Het is soms onvermijdelijk dat de rechterlijke macht zich over kwesties buigt die politiek van aard zijn, hoewel terughoudendheid van de rechter in zaken die een politiek oordeel in zich herbergen gewenst is. De rechter is immers beperkt in zijn middelen om zijn oordeel in het maatschappelijk debat uit te leggen. Wanneer politiek en rechtspraak vermengd raken, zoals in de rechtszaak rond Wilders het geval was, dreigt het gezag van de rechter ter discussie te komen staan. Schadelijker voor het gezag van de rechterlijke macht was misschien wel de zichtbaar gebrekkige professionaliteit van de rechterlijke actoren, die ertoe leidde dat de raadsheer van Wilders succesvol was met zijn wrakingsverzoek.

¹ Zie voor de meest recente cijfers Josje den Ridder, Hanneke Posthumus en Paul Dekker, *Burgerperspectieven 2013* | 2, Continu Onderzoek Burgerperspectieven van het Sociaal en Cultureel Planbureau, Den Haag, 2013, p. 6.

In 2012 bracht de Algemene Rekenkamer het rapport *Prestaties in de strafrechtketen* uit. Hierin wordt het aantal gewelds- en vermogensmisdrijven dat tussen 1 oktober 2009 en 30 september 2010 in de strafrechtketen geregistreerd en al dan niet vervolgd werd, in kaart gebracht en geanalyseerd. Het rapport signaleerde enkele tekortkomingen, vooral op het gebied van de ‘ongewenste uitstroom’ van zaken uit de strafrechtketen met het oog op het maatschappelijk belang. Van ongewenste uitstroom is bijvoorbeeld sprake als de uitstroom onwettig is, omdat op basis van het legaliteitsbeginsel een strafbaar feit moet worden vervolgd, of als een kansrijke zaak door capaciteitsgebrek niet wordt afgerond, als een zaak eindigt door verjaring, of als een zaak uitstroomt vanwege administratieve fouten. Van de ruim 1 miljoen meldingen van gewelds- en vermogensdelicten in het onderzochte jaar werd circa 9% doorgeleid aan het Openbaar Ministerie. Voor de overige 91% vond dus sowieso geen vervolging plaats. Van de dossiers die binnen de 9% vielen die wel bij het OM terecht kwam, werd ongeveer tweederde aan de rechter voorgelegd. Daarvan leidde circa 83% tot een veroordeling in eerste aanleg. Uiteindelijk was dat ongeveer 5% van de aanvankelijke meldingen. Deze en andere cijfers in het rapport stellen ons voor de kritische vraag waar ons vertrouwen in de rechterlijke macht op gebaseerd is.

De hierboven genoemde kwesties, veroorzaakt door de feilbare rechterlijke weging van verklaringen van getuige-deskundigen, de weinig gelukkige verantwoording aan de samenleving voor affaires rond het functioneren van rechters en het onvermogen in de strafrechtketen om veelvoorkomende strafbare feiten te vervolgen, roepen de vraag op naar de legitimiteit van de rechterlijke macht. Ondanks het relatief grote vertrouwen van burgers, kan de legitimiteit van de rechterlijke macht als gevolg van onder andere genoemde kwesties worden betwist.

Maar het is niet alleen de rechterlijke macht die voor de betwisting van haar legitimiteit verantwoordelijk is. Politici, journalisten en iedere burger die deelneemt aan het maatschappelijk debat kunnen in vrijheid het rechterlijk handelen betwisten en bekritisieren, iets dat in de samenleving van mondige burgers volop gebeurt. De rechter, die omwille van zijn gezag (steunend op neutraliteit) en functie als finale beslisser in een individuele zaak zijn motivering hooguit kan toelichten, maar inhoudelijk geen mening mag uiten, is een gemakkelijk doelwit in de politieke strijd. De werkgroep meent dat wij niet lijdzaam moeten toezien hoe de legitimiteit van de rechterlijke macht wordt betwist en heeft daarom voorliggende studie opgesteld.

1.2 Onderzoeksvraag en leeswijzer

Uit voorgaande paragraaf blijkt dat het vertrouwen van de burger in de rechterlijke macht in verhouding tot andere instituties groot is, terwijl het gezag van de rechterlijke macht onder druk staat. De legitimiteit wordt betwist. De hoofdvraag van dit onderzoek is dan ook: hoe kan de legitimiteit van de rechterlijke macht behouden blijven en worden versterkt?

De oplettende lezer zal opmerken dat de hierboven genoemde voorbeelden

van het ‘zwaar weer’ voor de rechterlijke macht enkel voorbeelden uit het strafrecht zijn, terwijl de rechterlijke macht veel breder is dan alleen de strafsector. Inderdaad ligt het zwaartepunt in deze studie op het strafrecht. Dit meent de werkgroep te kunnen rechtvaardigen omdat ook de belangstelling van de politiek momenteel volop uitgaat naar het strafrecht en in mindere mate naar het burgerlijk recht en het bestuursrecht. Nieuwe ontwikkelingen en plannen doen zich met name in het strafrecht voor.² Daarnaast kan het zwaartepunt op de strafsector worden verklaard uit het feit dat de werkgroep het aannemelijk acht dat de burger zijn vertrouwen in de rechterlijke macht zal laten beïnvloeden door de uitspraken van de strafrechter waarover in de media verslag wordt gedaan. De burger meet zijn oordeel over de rechter af aan wat hij of zij erover leest en het strafrecht staat nu eenmaal het meest in de publieke belangstelling – al was het maar omdat ‘het publiek’ via het Openbaar Ministerie zelf indirect partij is in een strafzaak.

Uit de metingen van het Sociaal en Cultureel Planbureau valt af te lezen dat het vertrouwen van de Nederlandse burger in de rechtspraak schommelt, maar in vergelijking met het vertrouwen in de Tweede Kamer en de regering hoog is. Op een schaal van 1 (geen enkel vertrouwen) tot 10 (alle vertrouwen) scoorde de rechtspraak de afgelopen jaren alleen in 2010 korte tijd onder de 6. In 2012 ligt het niveau bij de tweede kwartaalmeting tussen 6,5 en 7. Opvallend is daarbij dat het percentage lager opgeleiden dat stelt ‘voldoende’ vertrouwen in de rechtspraak te hebben aanzienlijk lager is dan het percentage hoger opgeleiden. Onder burgers die enkel lager algemeen onderwijs hebben gevolgd zegt 43% voldoende vertrouwen te hebben, terwijl dat percentage onder hoger onderwezen burgers 86% procent is.

De insteek van deze studie is niet om het vertrouwen van burgers in de rechterlijke macht naar een bepaalde hoogte te brengen. We zullen in deze studie zien dat legitimiteit meer graadmeters heeft dan alleen het niveau van vertrouwen in de rechtspraak onder burgers. Ook legaliteit, het handelen (in dit geval van rechters en officieren van justitie) overeenkomstig de rechtsbepalingen van de democratische rechtsstaat, is een basisvoorwaarde voor legitimiteit. Er bestaat bovendien niet zoiets als een schaal waaraan de hoogte van de legitimiteit kan worden afgelezen.

Dat het vertrouwen in de rechterlijke macht relatief hoog is en niet naar een bepaald niveau wordt getild om te kunnen spreken van ‘voldoende’ legitimiteit, betekent echter niet dat we het zouden moeten nalaten om te zoeken naar manieren om dit vertrouwen en de legitimiteit te versterken. Het resultaat van het uitblijven van studies als voorliggende zou wel eens kunnen zijn dat we op een zeker moment verrast worden door een blijkbaar gebrek aan vertrouwen, hetgeen onherstelbare schade toe kan brengen aan de democratische rechtsstaat.

² Voorbeelden zijn talrijk, zoals de ontwikkelingen rondom het spreekrecht van het slachtoffer in het strafproces en de aangekondigde plannen van de minister van Veiligheid en Justitie, Ivo Opstelten, met betrekking tot de inzet van criminele burgerinfiltranten als opsporingsmiddel in een politieonderzoek.

De werkgroep hanteert bij de studie naar het antwoord op de hoofdvraag een thematische aanpak en splitst de studie in twee delen op. Deel I begint na deze inleiding met een uiteenzetting van de begrippen en definities van de rechterlijke macht in een democratische rechtsstaat, legitimiteit, legaliteit en vertrouwen. Ook de kernwaarden van de rechterlijke macht worden hierin besproken. Dat hoofdstuk dient aldus als toetsingskader voor de daarop volgende thematische hoofdstukken. De thema's die worden besproken zijn: lekenrechtspraak, mediation en herstelrecht, participatie van het slachtoffer in het strafproces, het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie, hervormingen bij de Hoge Raad, omgang met internationaal recht en culturele pluriformiteit binnen de rechterlijke macht. In die hoofdstukken presenteert de werkgroep haar visie op de vraag hoe deze thema's bevorderend zijn voor de legitimiteit van de rechterlijke macht. De werkgroep doet hierin aanbevelingen en licht toe waarom die bijdragen aan het behoud en de versterking van de legitimiteit van de rechterlijke macht.

Deel II van dit geschrift bevat een uitgebreid onderzoek naar het verband tussen de behandelde thema's en de legitimiteit van de rechterlijke macht. Dit deel beschrijft de relevante ontwikkelingen in theorie en praktijk op basis waarvan de visie van de werkgroep tot stand is gekomen. Het gaat om een achtergrondstudie die voor de ingevoerde lezer minder relevant is.

2. Begrippen en definities

2.1 De rechterlijke macht in de liberale rechtsstaat

2.1.1 Maatschappelijke functie van de rechterlijke macht

In het begrip van legitimiteit dat in deze studie wordt gehanteerd, ligt besloten dat de rechterlijke macht in staat is haar maatschappelijke functie te vervullen en de kernwaarden van de rechterlijke macht gewaarborgd zijn. De belangrijkste *functies* van de rechterlijke macht in de samenleving zijn:

- Beslechting van geschillen. Op basis van alle feiten en omstandigheden poogt de rechter in een individuele zaak een rechtvaardige beslissing te nemen;
- Voorkoming dat burgers het recht in eigen hand nemen;
- Toezicht op naleving van wetten. Er dient geen sprake te zijn van willekeur, de overheid dient zich met haar handelen aan de wet te houden en burgers dienen rechtsbescherming te krijgen.¹

Deze taken vloeien voort uit de primaire taak van de liberale rechtsstaat de veiligheid en het eigendom van burgers te garanderen. Politiek filosoof John Locke (1632-1704) hanteerde het concept van de natuurtoestand, waarin iedereen in vrijheid het eigen handelen bepaalt en bezittingen heeft. Als niemand afhankelijk is van de wil van de ander, zoals Locke beschrijft, dreigt men juist afhankelijk te worden van de ander. Men kan dan doen wat hem of haar goedgevindt, inclusief het onderdrukken van de ander. De natuurtoestand gaat zo eenvoudig over in oorlog: *'Men living together according to reason, without a common Superior on Earth, with Authority to judge between them, is properly the State of Nature. But force, or a declared design of force upon the Person of another, where there is no common Superior on Earth to appeal to for relief, is the State of War.'*² De staat en 'the Law' ontstaan op het moment dat mensen zich vanuit de natuurtoestand vrijwillig verenigen in een *body Politick*. Het individuele natuurrecht om lijf en goederen te beschermen wordt opgedragen aan dit lichaam.³ In het kader van deze primaire taak van een liberale staatsmacht voert de rechter zijn rechterlijke toets uit op de aan hem voorgedragen zaken en hebben de spelers binnen de rechterlijke macht diverse taken en bevoegdheden. Rechters zijn bekleed met een uniek gezag om over anderen te oordelen. Zij beslissen over bijvoorbeeld vrijheidsbeneming, uithuisplaatsing, dwangsommen of aansprakelijkheid.

De primaire functie van de rechterlijke macht en met name van het strafrecht is het voorkomen van de oorlog van allen tegen allen en van eigenrichting, zoals geschetst door John Locke. De liberale rechtsstaat, met de rechterlijke macht als één van de staatsmachten, behoort in dienst te staan van de bescherming van de

¹ Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, *NVvR-Rechterscode*, p. 1.

² John Locke, 'An Essay Concerning the True Original, Extent, and End of Civil Government', in: *Two Treatises of Government*, Cambridge, 2000, Chapter III, § 19, p. 280.

³ John Locke, Chapter II, § 15, pp. 277-278.

individuele vrijheid. Hier ligt dus de notie aan ten grondslag dat ieder mens geboren wordt met onvervreembare rechten, de natuurrechten, zoals het recht op leven, op vrijheid en het nastreven van geluk.

In een liberaal-democratische rechtsstaat is de staatsmacht verdeeld in drieën, naar het concept van de Trias Politica van Charles Montesquieu (1689-1755). Het betreft de wetgevende, rechtsprekende en uitvoerende macht. Het feit dat de staatsmacht verdeeld is en niet bij één institutie ligt, vormt een waarborg tegen machtsmonopolie en machtsmisbruik door de staat. De Trias Politica is een theoretisch model van machtscheiding. In de praktijk is de scheiding der machten niet absoluut doorgevoerd. Zo is de Tweede Kamer formeel de wetgevende macht, terwijl zij in de praktijk voornamelijk wetten, die door de regering zijn geïnitieerd, goedkeurt en het landsbestuur controleert. De machten zijn niet absoluut gescheiden, maar houden elkaar wel in evenwicht in een mechanisme van *checks and balances*.

2.1.2 Instituties en rechtspraak

De rechterlijke macht draagt zorg voor de rechtspraak. Zij wordt gevormd door rechters, raadsheren⁴, leden van het Openbaar Ministerie en de rechterlijke ambtenaren in opleiding tot rechter of officier van justitie. Zij zijn verbonden aan tenminste één van de volgende instellingen:

- de Hoge Raad der Nederlanden
- de gerechtshoven
- de rechtbanken
- het Openbaar Ministerie
- de Centrale Raad van Beroep
- het College van Beroep voor het bedrijfsleven

Ook de Raad voor de Rechtspraak behoort tot de rechterlijke macht, maar spreekt zelf geen recht. Hij is een belangenbehartiger van de gerechten bij de politiek en het ministerie van Veiligheid en Justitie. Er wordt overigens ook recht gesproken buiten de rechterlijke macht, bijvoorbeeld in de Raad van State.

Binnen de rechterlijke macht wordt een onderscheid gemaakt tussen de zittende en de staande magistratuur. Rechters en raadsheren vormen de zittende magistratuur, de officieren van justitie de staande magistratuur. In de rechtszaal zit de rechter immers, terwijl de officier van justitie staat.

De rechtspraak kent een sterk onderscheid tussen civiel recht, bestuursrecht en strafrecht. Elk van deze rechtsgebieden, inclusief de rechtspraak daarbinnen, heeft zijn bijzondere eigenschappen. Civiel recht, of burgerlijk recht, regelt de verhoudingen tussen personen en instellingen (particulieren). Hieronder vallen bijvoorbeeld het familierecht, het contractenrecht, het aansprakelijkheidsrecht en het

⁴ 'Raadsheer' is een ander woord voor een rechter bij een gerechtshof of de Hoge Raad. 'Rechters' zijn zowel rechters bij de rechtbanken als raadsheren. Waar functioneel wordt in dit rapport onderscheid gemaakt tussen 'rechters' bij de rechtbanken en 'raadsheren' bij een gerechtshof of de Hoge Raad.

arbeidsrecht. Als twee partijen in conflict zijn, kunnen zij naar de rechter stappen die het conflict met een besluit beslecht. De rol van de rechter in een civiele zaak is 'lijdelijk': hij dient zich voornamelijk te laten leiden door hetgeen partijen zelf in het proces aandragen.⁵ Als de eiser bijvoorbeeld iets beweert wat noodzakelijk is om zijn eis toegewezen te krijgen, terwijl de verweerder deze bewering ontkent, dan zal de eiser zijn stelling moeten bewijzen. Als dat niet lukt, staat het beweerde voor de rechter niet als feit vast. Tegelijkertijd hoeft niemand te bewijzen wat niet bestreden wordt. De civiele rechter neemt dergelijke beweringen als feit aan.

Het bestuursrecht regelt de gang van zaken rond een overheidsbesluit. Primaire kenmerk van de rechtsstaat is het beginsel dat de overheid zelf ook aan het recht is gebonden. Een overheidsbesluit wordt genomen om wetten uit te voeren of te handhaven. Voorbeelden van een overheidsbesluit zijn de bouwvergunning of subsidietoekenning. Stelt een burger of organisatie een formele bezwaar- en beroepsprocedure in tegen een overheidsbesluit, dan blijft gedurende de gehele procedure het oorspronkelijke overheidsbesluit in stand.⁶ Het bestuursrecht kent voor spoedgevallen de mogelijkheid dat de voorzieningenrechter een voorlopige voorziening treft, maar de bestuursrechtelijke beslissing kan het overheidsbesluit nooit formeel vervangen.⁷ Als de bestuursrechter dus heeft geoordeeld dat een bepaald overheidsbesluit onrechtmatig is, dient het openbaar bestuur zelf een nieuw besluit te nemen.

Het strafrecht bevat regels waar burgers zich aan dienen te houden. In de rechtsstaat is iemand pas strafbaar als hij of zij een feit pleegt dat bij wet strafbaar is gesteld. Iemand is daarnaast onschuldig tot de rechter anders heeft bepaald. Bij alle strafbare feiten die in de wet zijn genoemd, staat ook de maximumstraf vermeld die voor het strafbare feit kan worden opgelegd. De rechter kan bij de straftoemeting een lichtere, maar geen zwaardere straf opleggen. In het strafrecht geldt het beginsel dat niemand verplicht kan worden aan zijn eigen veroordeling mee te werken. Kenmerkend voor het strafrecht is de zichtbare betrokkenheid van de samenleving als geheel bij het strafproces, naast de dader en het slachtoffer. Verdachten worden door de overheid in het openbaar vervolgd, hetgeen een taak is van het Openbaar Ministerie.⁸

⁵ Raad voor de Rechtspraak, *Rechtspraak in Nederland*, Den Haag, 2013, p. 22. http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Publicaties-En-Brochures/Documents/Rechtspraak_in_NL_web.pdf.

⁶ Ibidem, pp. 25-26.

⁷ J. Polak, 'Vijftien jaar geschillenbeslechting onder de Algemene wet bestuursrecht', in: *Trema*, 2009, nr. 9, pp. 378-383.

⁸ Raad voor de Rechtspraak, *Rechtspraak in Nederland*, p. 16.

Theorieën over strafdoelen

Hoe is het strafrecht te rechtvaardigen? Wat legitimeert het opleggen van een straf aan een burger door de overheid? Op deze vraag bestaan verschillende antwoorden:

Vergelding:

De overheid dient wraak te nemen op degene die het onrecht heeft gepleegd. Met het strafbare feit is inbreuk gepleegd op de 'wereldlijke juridische orde'. Deze inbreuk kan worden hersteld door middel van straf.

Generale en speciale preventie:

Verondersteld wordt dat van het strafrecht een preventieve werking uitgaat. De straf vindt rechtvaardiging in dit doel van preventie. Generale preventie houdt in dat de straf een preventieve werking heeft op andere personen dan de dader. De straf weerhoudt hen ervan dezelfde misdaad te plegen als de gestrafte. Speciale preventie houdt in dat de straf ook de dader zelf ervan weerhoudt hetzelfde gedrag nogmaals te vertonen.

Resocialisatie:

Resocialisatie kan als onderdeel van het strafdoel 'speciale preventie' worden gezien. In plaats van resocialisatie kan de straf ook gericht zijn op 'onschadelijkmaking', door de gestrafte persoon permanent uit de samenleving te verwijderen.

Tussen het internationaal strafrecht (op macro-niveau) en het nationaal strafrecht (op micro-niveau) bestaan verschillen als het gaat om de strafdoelen. In het internationale strafrecht is herstel van de internationale orde en veiligheid een prominent doel van het strafrecht. In het Nederlandse strafrechtstelsel is het veiligheidsdoel minder prominent als strafdoel aanwezig, hoewel het strafdoel 'vergelding' wel dient als herstel van de geschokte rechtsorde, waar ook het herstel van het veiligheidsgevoel van burgers onder wordt begrepen. Het nationaal strafrecht wordt minder dan het internationaal strafrecht gebruikt voor politieke doeleinden. Het formele doel van het internationaal strafrecht is gelegen in het tegengaan van straffeloosheid en de afschrikwekkende functie ervan (*deterrence*). De legitimiteit van het internationaal strafrecht is geworteld in zijn bijdrage aan het herstel van de internationale orde en veiligheid. De concrete vervolgingsbeslissing wordt gedragen door het argument dat straffeloosheid moet worden vermeden en herhaling moet worden voorkomen.

Een uitgebreide liberale opvatting over doelen van het strafrecht is te vinden in geschrift 111 van de Prof.mr. B.M. Teldersstichting. Uitgangspunt hierin is dat individuele vrijheid grotendeels bestaat bij de gratie van veiligheid. Zonder veiligheid geen vrijheid. Handhaving van de veiligheid is voor liberalen daarom één van de kerntaken van de overheid.

J.H.J. Verbaan, *Straf(proces)recht begrepen*, Den Haag, 2011, pp. 26-27 en H. Lensing, 'Resocialisatie en straftoemeting. Enkele opmerkingen', in: Y. Buruma, *Terugkeer in de samenleving. Opstellen ter gelegenheid van het afscheid van prof.dr. J.P.S. Fiselier, van de Radboud Universiteit Nijmegen en de Rijksuniversiteit Groningen*, Deventer, 2005, p. 104. M. Wissenburg e.a., *Eerlijk is eerlijk. Wat een liberaal van de staat mag verwachten en van zichzelf moet vergen*, geschrift 111 van de Prof.mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag, 2011, pp. 93-124.

2.2 Legitimiteit van de rechterlijke macht

2.2.1 Aspecten van legitimiteit

‘In het begrip legitimiteit ligt de gedachte besloten dat er onder mensen een algemene bereidheid bestaat de door de heersende macht uitgevaardigde gedragsvoorschriften te aanvaarden, ongeacht de vraag of deze corresponderen met ieders individuele belang of waarden.’⁹ Essentieel voor het begrip ‘legitimiteit’ is de notie dat een vorm van gezag vrijwillig aanvaard wordt.¹⁰ Aanvaarding van gezag raakt de kern van de betekenis van legitimiteit.

De liberale socioloog Max Weber onderscheidde drie vormen van legitimiteit.¹¹ Ten eerste kan legitimiteit berusten op traditie of gewoonte. Het gezag van personen kan worden aanvaard omdat dit al jaren gebeurt, ongeacht de persoonlijke kwaliteiten. Ten tweede kan legitimiteit berusten op charisma. De persoonlijke kwaliteiten van bepaalde personen, zoals heiligheid of bijzondere krachten, vormen dan de reden dat anderen hun gezag aanvaarden. Legitimiteit kan ten derde ook berusten op legaliteit. Het gezag is dan gefundeerd in formele en abstracte normen. Hier is geen sprake van gezag van mensen over mensen, maar van gezag van wetten over mensen. Voor Weber is het rationele legaal gezag kenmerkend voor de moderne samenleving. Ook al is men het inhoudelijk niet eens met de gedragsnormen waaraan burgers gehouden zijn door de wetgever of de rechter, toch conformeert men zich aan die gedragsnormen. Men is over het algemeen overtuigd van het belang van de legale orde als geheel.¹²

In voorliggende studie staat het begrip ‘legitimiteit’ zoals van toepassing op de rechterlijke macht van onze liberale rechtsstaat centraal. In opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum (WODC) van het ministerie van Justitie hebben Heleen Weyers en Marc Hertogh in 2007 een literatuuronderzoek gepubliceerd naar de ervaren legitimiteit van het justitieoptreden.¹³ De onderzoekers onderscheidden in dit rapport drie aspecten van legitimiteit:

- *Vertrouwen*. ‘Sociaal vertrouwen’ gaat om intermenselijk vertrouwen, bijvoorbeeld het vertrouwen waarmee onbekenden elkaar tegemoet treden. ‘Institutioneel vertrouwen’ gaat om het vertrouwen in sociale, culturele, economische en politieke instituties in de maatschappij.¹⁴ In voorliggende studie gaat de werkgroep op zoek naar mechanismen waarmee het vertrouwen in de rechter, de officier van justitie of de rechtspraak als instituut (organisatie) versterkt kan worden.
- *Tevredenheid*. Uit onderzoek naar politieoptreden en naar het optreden van de

⁹ R. Schwitters, *Recht en samenleving in verandering. Inleiding in de rechtssociologie*, Deventer, 2008, p. 30.

¹⁰ M. Hertogh, ‘Wat weten en vinden burgers van het recht?’, in: M. Hertogh en H. Weyers, *Recht van onderop*, Nijmegen, 2011, p. 297.

¹¹ M. Weber, *The three types of legitimate rule*, Onbekende Uitgever, 1958.

¹² Schwitters, *Recht en samenleving in verandering*, p. 30.

¹³ H. Weyers en M. Hertogh, *Legitimiteit betwist. Een verkennend literatuuronderzoek naar de ervaren legitimiteit van het justitieoptreden*, Groningen, 2007.

¹⁴ M. Hertogh, ‘Wat weten en vinden burgers van het recht?’, p. 297.

rechter blijkt in het algemeen dat naarmate men meer ervaring met de politie en de rechter heeft, men ontevredener over het justitieoptreden is.¹⁵ Die ontevredenheid lijkt onder meer te ontstaan doordat de verwachtingen die burgers ten aanzien van justitie hadden niet overeenkomen met de werkelijkheid. Proceservaring blijkt ontvredend te werken.¹⁶ Voorliggende studie naar het behoud en de versterking van de legitimiteit van de rechterlijke macht beoogt de plaats van de rechterlijke macht in de samenleving te duiden. Zo kan worden verhelderd welk gedrag van bijvoorbeeld rechters verwacht mag worden, maar ook aan welke verwachtingen die in de samenleving of de politiek worden gearticuleerd de rechterlijke macht juist niet hoeft te voldoen.

- *Acceptatie*. Een definitie voor acceptatie is ‘de mate van goedkeuring, instemming, aanpassing of inschikkelijkheid die sociale actoren [...] aan de dag leggen in hun houdingen, opvattingen en sociale handelingen jegens bepaalde meningen, voorstellen, maatregelen of beslissingen, en waarbij de beweegredenen kunnen variëren van authentiek gemotiveerde overtuigingen, vanzelfsprekende gewoonten tot rationeel berekend eigenbelang of de vrees voor repercussies.’¹⁷ In de context van de legitimiteit van de rechterlijke macht valt hierbij te denken aan de mate waarin vonnissen worden geaccepteerd of nageleefd. Ook met betrekking tot dit thema zal de werkgroep in voorliggende studie ideeën formuleren.

Weyers en Hertogh concluderen in hun WODC-rapport dat op de terreinen van vertrouwen, tevredenheid en acceptatie ‘de legitimiteit van het justitieoptreden niet (meer) vanzelfsprekend is, maar wordt betwist.’¹⁸ Volgens de auteurs laat onderzoek zien dat het justitieoptreden pas wordt aanvaard als over dit optreden nadrukkelijk verantwoording wordt afgelegd. Daarnaast blijkt volgens de onderzoekers dat de legitimiteit van het justitieoptreden weinig vanzelfsprekend is, wanneer personen die door de rechter in het ongelijk zijn gesteld, alsnog hun gelijk proberen te halen via bijvoorbeeld de pers of de politiek. Burgers maken eerst zelf een afweging en op basis hiervan beslissen zij of zij het justitieoptreden in dat specifieke geval gerechtvaardigd vinden.¹⁹

Vertrouwen, tevredenheid en acceptatie kunnen dus worden aangemerkt als drie aspecten van het begrip ‘legitimiteit’ in relatie tot de rechterlijke macht. Het onderzoek van Weyers en Hertogh betrof overigens enkel de strafrechtspraak, waarbij bovendien de nadruk lag op de zittende (en niet de staande) magistratuur. Over het justitieoptreden in civiele zaken, bestuursrechtelijke zaken of Europeesrechtelijke zaken bleek minder onderzoeksmateriaal beschikbaar te zijn. Als beper-

¹⁵ Ibidem, p. 298.

¹⁶ Ibidem.

¹⁷ Ibidem (daar ontleend aan H.C.M. de Bakker, *De cynische verkleuring van legitimiteit en acceptatie. Een rechtssociologische studie naar de regulering van seizoenarbeid in de aspergeteelt van Zuidoost-Nederland*, Amsterdam, 2001, p. 33).

¹⁸ Weyers en Hertogh, *Legitimiteit betwist*, p. 106.

¹⁹ M. Hertogh, ‘Wat weten en vinden burgers van het recht?’, p. 299.

king van hun onderzoek geven de onderzoekers aan dat er in het algemeen weinig empirische gegevens beschikbaar zijn over de ‘ervaren legitimiteit’.²⁰

Voorliggende studie richt zich niet uitsluitend op de strafrechtspraak en ook niet alleen op de rechter als actor binnen de rechterlijke macht. Verder zijn de aspecten ‘vertrouwen’, ‘tevredeheid’ en ‘acceptatie’ in deze studie een richtsnoer en meent de werkgroep dat ook andere aspecten maatgevend zijn voor legitimiteit. Denk aan de mate waarin de rechterlijke macht in staat is haar maatschappelijke functie te vervullen en de mate waarin de kernwaarden tot uitdrukking komen in haar functioneren, zoals onafhankelijkheid, onpartijdigheid en zorgvuldigheid.

2.2.2 Legitimiteit volgens de werkgroep: legaliteit en vertrouwen

Alle genoemde aspecten die verband houden met het begrip ‘legitimiteit’ hebben op de een of andere manier invloed op de erkenning van het gezag van een institutie. De werkgroep hanteert daarom een begrip van legitimiteit waarin naar haar idee bovenstaande aspecten samenkomen. *Met legitimiteit bedoelt de werkgroep dat er een bereidheid bestaat om het gezag van de rechterlijke macht, sprekende via haar beslissingen, te erkennen.*²¹ Twee factoren noemt de werkgroep hier als basisvoorwaarde voor legitimiteit, te weten legaliteit en vertrouwen.

Met *legaliteit* wordt verwezen naar het wettelijk kader waarin de plaats die de rechterlijke macht binnen de democratische rechtsstaat inneemt, is geregeld. Erkenning van het gezag van de rechterlijke macht begint bij de erkenning dat er zekere afspraken zijn gemaakt waarmee de rechterlijke macht als instituut is ingesteld en waarin is geregeld wat die macht omvat. Die afspraken moeten op zichzelf ook erkend worden door burgers. Het gaat hier om de kwesties dat magistraten zich gedragen in overeenstemming met die wettelijke plaats binnen de democratische rechtsstaat en dat burgers erkennen dat de rechterlijke macht één van de gezagdragers in de democratische rechtsstaat is. Dit beschouwt de werkgroep als een basisvoorwaarde voor de legitimiteit van de rechterlijke macht.

Legaliteit verwijst tevens naar de correcte toepassing van het recht in individuele zaken. Ook dit is een basisvoorwaarde voor de legitimiteit van de rechterlijke macht – het betreft hier in wezen de kern van het werk van de magistraat. De werkgroep merkt op dat in bijzondere gevallen een te strikte toepassing van het recht ook een ondermijnend effect kan hebben op de legitimiteit van de rechterlijke macht. Men kan dan vooral denken aan (internationaalrechtelijke) (straf)zaken die in de kern eerder draaien om een politieke vraag dan een rechtsvraag. Er is dan

²⁰ Weyers en Hertogh, *Legitimiteit betwist*, pp. 101-104.

²¹ Onder beslissingen van de rechterlijke macht verstaat de werkgroep niet alleen beslissingen en oordelen van rechters (zittende magistratuur), maar ook beslissingen van het Openbaar Ministerie (staande magistratuur).

sprake van juridisering van een kwestie die in wezen van politieke aard is.²² Legaliteit beschouwt de werkgroep als een basisvoorwaarde voor de legitimiteit van de rechterlijke macht in zoverre dat de rechter zijn ambt draagt volgens de eisen die de wet hier aan stelt, waarbij ook een zekere ambachtelijkheid verondersteld mag worden: het recht correct toepassende, en zijn eigenstandige positie ten opzichte van de wetgevende en uitvoerende machten respecterende. Deze machten werken weliswaar op elkaar in, maar hebben elk een eigen taak en dienen zo elkaar in evenwicht te houden.

De tweede factor die de werkgroep beschouwt als basisvoorwaarde voor legitimiteit, begrepen als vrijwillige erkenning van gezag, is *vertrouwen*. Vertrouwen moet hier niet worden opgevat als het kunnen instemmen met de individuele rechterlijke uitspraken. De vraag of een burger instemt (blij is, of het eens is) met het oordeel van de rechter, staat los van de vraag of hij het gezag van de rechter erkent. Voor dat laatste is geen instemming nodig, maar wel een vorm van vertrouwen dat nog het beste kan worden beschreven als ‘diffuse steun’: een houding ten aanzien van de rechterlijke macht die inhoudt dat de rechter het zich kan permitteren in individuele zaken juist een beslissing te nemen die indruist tegen de vermoedelijk heersende opvattingen (van de verliezende partij of de samenleving in brede zin), maar die juridisch wel de juiste beslissing wordt geacht. Legitimiteit staat in ieder geval niet gelijk aan de werfkracht van een rechterlijk oordeel, wel aan de erkenning ervan.

Hoewel de werkgroep vertrouwen (of diffuse steun) beschouwt als basisvoorwaarde voor legitimiteit van de rechterlijke macht, moet hierbij worden vermeld dat enkel het vertrouwen geen voldoende voorwaarde voor legitimiteit kan zijn. Een rechterlijke macht die los komt te staan van het wettelijk kader waarin zij is gesitueerd binnen de democratische rechtsstaat en die in de rechtspraak geen blijik geeft van het correct toepassen van de wet (wanneer kortom de legaliteit uit beeld is geraakt), terwijl zij wel brede steun geniet van burgers, kan onmogelijk een rechterlijke macht zijn die legitimiteit geniet. Andersom moet de legitimiteit tenminste gebrekkig en wellicht zelfs als verloren worden beschouwd wanneer de rechterlijke macht het recht volledig volgens de letter van de wet toepast, maar er geen vertrouwen in de rechterlijke macht meer bestaat. Het gezag van de rechter zal dan niet meer worden erkend. Legaliteit en vertrouwen merkt de werkgroep daarom aan als twee basisvoorwaarden voor legitimiteit.

Deze studie naar manieren om de legitimiteit van de rechterlijke macht te behouden en te versterken richt zich in ieder hoofdstuk steeds op deze twee basisvoorwaarden voor legitimiteit: de legaliteit van en het vertrouwen in (het functioneren van) de rechterlijke macht.

²² In het Engels wordt in dergelijke gevallen voor het fenomeen ‘juridisering’ het woord ‘legalism’ gebruikt. De Teldersstichting heeft over juridisering in 2012 een geschrift uitgebracht: Jan Kees Wiebenga e.a., *Onbetwistbaar recht? Juridisering en het evenwicht tussen rechtsstaat en democratie*, geschiedt 113 van de Prof.mr. B.M. Teldersstichting, Den Haag, 2012.

2.2.3 Legaliteit en legitimiteit

De begrippen ‘legaliteit’ en ‘legitimiteit’ betekenen niet geheel hetzelfde, maar hebben zeker met elkaar te maken. Van *legitimiteit* van afzonderlijke politieke of juridische beslissingen is sprake wanneer burgers de overtuiging hebben dat deze beslissingen en de instellingen waarbinnen die worden genomen erkenning verdienen, omdat de beslissingen op grond van wettelijke regels en rechtsbeginselen tot stand zijn gekomen. *Legaliteit* verwijst naar handelen overeenkomstig wettelijke regels. De wet is de rechtvaardigingsgrond, en een handeling kan ermee in overeenstemming zijn of niet. Bij legitimiteit draait het veeleer om de erkenbaarheid en aanvaardbaarheid van een institutie (of het recht zelf). Legitimiteit impliceert een inhoudelijke beoordeling van de vraag of hetgeen waarvan de legitimiteit wordt beoordeeld – in dit geval de rechterlijke macht – overeenstemt met abstractere rechtsbeginselen. Legitimiteit veronderstelt dat de gezagdrager aansluit bij het vigerende stelsel van fundamentele, publieke waarden en normen.

Het begrip ‘legitimiteit’ zoals de werkgroep het hanteert, omvat zowel een verwijzing naar de wettelijke regels voor handelingen van de rechterlijke macht, als een verwijzing naar abstractere rechtsbeginselen en kernwaarden. Om te bepalen of het handelen van de rechterlijke macht hiermee in overeenstemming is, is een meer inhoudelijke analyse van de rechterlijke macht nodig. Dat is wat deze studie beoogt. De werkgroep is echter ook van mening dat, wil men kunnen spreken van ‘legitimiteit van de rechterlijke macht’, het een vereiste is dat handelingen van leden van de rechterlijke macht in ieder geval in overeenstemming zijn met wettelijke regels. Een rechterlijk oordeel is bijvoorbeeld niet legitiem enkel en alleen op grond van het feit dat het op voldoende steun in de samenleving kan rekenen. Het ‘juiste’ rechterlijke oordeel is niet gegeven als een antwoord dat voor het oprapen ligt. Het is een afweging van verschillende feiten en belangen. Maar dat wil niet zeggen dat ieder rechterlijk oordeel daarom ‘juist’ is ongeacht de richting die het op gaat, zolang de steun in de samenleving er is. De rechtsstaat biedt het wettelijk kader waarbinnen we wel degelijk kunnen spreken van een goed vonnis, of zelfs het meest juiste vonnis, namelijk dat vonnis dat het beste past in het systeem van wettelijke regels en beginselen.²³

Overigens is het niet zo dat het wettelijk kader in alle gevallen eenduidig geeft wat ‘recht’ is. Wettelijke bepalingen moeten worden uitgelegd, of geïnterpreteerd door de rechter die daarbij in meer of mindere mate kan aansluiten bij de letterlijke wettekst, dan wel de vermeende gedachte die de wetgever in die tekst heeft willen vatten.

Bepalend voor de interpretatie die de rechter aan een wettekst geeft, is zijn opvatting over het begrip ‘legaliteit’. De rechter kan als uitgangspunt hanteren dat ‘recht bestaat uit regels die in de vorm van wetten zijn afgekondigd door een

²³ J.L.M. Gribnau, *Rechtsbetrekking en rechtsbeginselen in het belastingrecht. Rechtstheoretische beschouwingen over navordering, toezegging en fiscale vaststellingsovereenkomst*, Rotterdam, 1998, p. 102.

democratisch gekozen wetgever'.²⁴ We hebben het dan over een regelconceptie van legaliteit. De bedoeling van de wet blijkt allereerst uit de letterlijke wettekst en wanneer niet duidelijk is wat bedoeld wordt, moet naar een interpretatie worden gezocht die past binnen de historische bedoelingen van de wetgever. 'De legitimatie van deze gang van zaken berust op een politieke theorie over democratie: alleen de wetgever is bevoegd om regels af te kondigen die burgers binden, omdat de beslissingen van de wetgever democratisch gelegitimeerd zijn.'²⁵

Hiernaast staat een andere opvatting van legaliteit: de rechtenconceptie, waarin als uitgangspunt wordt genomen dat het recht gericht is op het verwezenlijken van rechtvaardigheid, begrepen in termen van fundamentele rechten van burgers. Binnen de rechtenconceptie van legaliteit is democratie een middel om fundamentele rechten van burgers te verwezenlijken. In deze notie van democratie komt meer dan in de regelconceptie tot uitdrukking dat de politieke besluitvorming zelf ook gebonden is aan de rechten die zij beoogt te verwezenlijken.

Er kan een spanning tussen beide concepties van legaliteit ontstaan zodra de tekst van de wet niet helder is en de bedoelingen van de wetgever onduidelijk zijn. Een spanning ontstaat ook zodra de tekst en bedoelingen van de wetgever wel duidelijk zijn, maar op gespannen voet staan met de fundamentele rechten van burgers. Dit leidt tot vragen over de interpretatievrijheid van de rechter en discussie over de vraag wat 'recht' is. Daarmee is het aanwijzen van het juridisch 'juiste' of 'beste' oordeel steeds een spannende exercitie, maar dat neemt niet weg dat het niet onmogelijk is. Er is namelijk wel een wettelijke basis waaraan gerefereerd wordt. Arend Soeteman omschreef het zo: 'Zeker in moeilijke gevallen zijn juridische stellingen geen min of meer apodictische waarheden, die als bommen en granaten inslaan in de juridische problemen. Wat waar is hangt af van altijd zelf weer bediscussieerbare argumenten. Argumenten zijn in het recht zo mogelijk nog belangrijker dan in de natuurwetenschappen. Waar het altijd gaat om basis en argumenten die moeten laten zien hoe onze waarheden kloppen met de basis, daar winnen, als de basis minder eenduidig is, de argumenten aan betekenis.'²⁶

'Recht als discussie' is een terugkerend thema in deze studie. Voor nu is het voldoende vast te stellen dat, ten eerste, het begrip 'legaliteit' besloten ligt in het begrip van legitimiteit dat de werkgroep hanteert en dat, ten tweede, om de legitimiteit te beoordelen tegelijkertijd tevens meer nodig is dan alleen het gegeven wettelijk kader van wetboek en jurisprudentie.

²⁴ Klaas Rozenmond, 'Legaliteit in het materiële strafrecht', in: *RM Themis*, 1999, nr 4, pp. 117-129, p. 119. Het onderscheid tussen regelconceptie en rechtenconceptie van legaliteit werd onder andere geanalyseerd door de in 2013 overleden rechtsfilosoof Ronald Dworkin in *A Matter of Principle* (1985).

²⁵ Ibidem, p. 119.

²⁶ A. Soeteman, *Rechtsgeleerde waarheid*, Afscheidsrede Vrije Universiteit Amsterdam, Amsterdam, 19 juni 2009, p. 13.

2.2.4 Vertrouwen als ‘diffuse steun’

De theorie over *diffuse support* van de Amerikaanse politicoloog en wetenschapsfilosoof David Easton biedt een aanknopingspunt voor het soort legitimiteit waar het de werkgroep in deze studie om te doen is. In de theorie van Easton wordt het openbaar bestuur opgevat als een open systeem waarin *inputs* worden omgezet in *outputs*. Onder output kan worden verstaan: bindende beslissingen (wetten of decreten bijvoorbeeld) en handelingen die deze beslissingen begeleiden (het blussen van een brand, het arresteren van een relschopper). Outputs kunnen ook bestaan uit toelichtingen of ideologische rationalisering van beleid of concrete activiteiten met het doel de steun voor bindende beslissingen te verhogen (de troonrede, algemene regeringsverklaringen, het geven van bepaalde voordelen of het creëren van faciliteiten).²⁷ Dit zijn geen bindende beslissingen, maar zij kunnen wel een rol spelen in de aanvaarding van beleid.

Input bestaat uit eisen ten aanzien van beleid of bestuur en steun van burgers voor het beleid en bestuur. Een onderscheid wordt gemaakt tussen specifieke steun en diffuse steun. Specifieke steun is het ‘directe en aanwijsbare gevolg van tevredenheid met de outputs van het systeem’.²⁸ Diffuse steun vormt een ‘reservoir van positieve attitudes of *goodwill*, die bijdraagt aan het tolereren door de leden van de outputs die zij bestrijden’.²⁹ Diffuse steun is de waardering voor het politieke systeem als zodanig. Het begrip ‘diffuse steun’ is dan ook vergelijkbaar met het soort ‘legitimiteit’ voor de rechterlijke macht dat in deze studie centraal staat. Als individuen een diepgewortelde positieve houding hebben ten aanzien van een institutie als de rechterlijke macht, dan kan die rechterlijke macht zich onpopulaire en beslissingen ‘veroorloven’: de specifieke steun voor een afzonderlijk vonnis staat los van de diffuse steun waarvan het gezag van de rechterlijke macht is afgeleid.³⁰ Door Easton werden vonnissen van rechtbanken overigens tot de politieke output gerekend, dus de werkgroep meent dat het gepast is om het begrip ‘diffuse steun’ in deze studie van Easton te lenen.³¹

Het model van David Easton veronderstelt een permanente wisselwerking tussen beleidsvoerders en omgeving. ‘Wanneer de leden zich ontevreden tonen over de outputs, kunnen zij die gevoelens projecteren op de autoriteiten of op de normen van het regime.’³² Dit vormt dus weer input. Tegelijkertijd stelt Easton: ‘Elke samenleving heeft [...] zijn politiek-culturele totems en taboes. [...] Die waarden

²⁷ D. Easton, *Een systeemanalyse van het politieke leven*, Leuven/Amersfoort, 1993 (1965), pp. 48-49.

²⁸ Ibidem, p. 39.

²⁹ Ibidem, p. 40.

³⁰ In dit verband vormt de zaak van het *Supreme Court Bush v. Gore* in de strijd om het presidentschap in 2000 een mooi voorbeeld. Ongeveer 50% van de Amerikanen zal naar verwachting met de inhoud van de uitspraak, waarmee bepaald werd dat Bush de winnaar was, niet gelukkig zijn geweest. Toch heeft deze uitspraak geen negatieve invloed gehad op de (diffuse) steun van de Amerikanen voor het *Supreme Court*.

³¹ Ibidem, p. 39.

³² Ibidem, p. 45.

beperken in elk geval de input van eisen, omdat zij de limieten aangeven waarover er politiek kan en mag gedebateerd worden.³³

Ook de wisselwerking in de theorie van David Easton levert een parallel op tussen de institutie van de rechterlijke macht en haar ‘omgeving’, de samenleving. De rechterlijke macht is onderdeel van de samenleving. Zij functioneert in relatie tot burgers, particuliere ondernemingen, overheden of andere rechtspersonen. De rechter is geen ‘eenling’.³⁴

Uit voorgaande uiteenzetting over het begrip ‘legitimiteit’ kunnen verschillende graadmeters voor legitimiteit worden afgeleid. Ze kunnen betrekking hebben op het functioneren van de organisatie, de handelwijze van de personen binnen de rechterlijke macht, of op het vertrouwen dat burgers in dit instituut hebben. Al deze aspecten komen in deze studie aan de orde.

2.3 De kernwaarden en beginselen van de rechterlijke macht

2.3.1 Kernwaarden volgens de literatuur

De rechterlijke afweging moet niet alleen een rechterlijke beslissing produceren, maar die tegelijkertijd ook legitimeren. Juist omdat het gaat om ingrijpende bevoegdheden en bijzondere taken dient de rechterlijke macht aan hoge standaarden te voldoen. De verwezenlijking van die standaarden door en in het handelen van de magistraat beschermt het gezag, en daarmee de legitimiteit van de rechterlijke macht. Deze standaarden worden uitgedrukt in de ‘kernwaarden’ van de rechterlijke macht.

Zowel op nationaal als op internationaal niveau bestaan diverse documenten waarin de institutionele waarden van de rechterlijke macht, in het bijzonder van de rechtspraak, zijn beschreven. Hieronder worden de *Bangalore Principles of Judicial Conduct* kort toegelicht, welke het resultaat zijn van een speciale werkgroep van de Verenigde Naties, de *Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity* genaamd.³⁵ In 2002 presenteerde deze werkgroep een rapport waarin zes fundamentele waarden worden vastgesteld.

Onafhankelijkheid. Dit houdt onder meer in dat een rechter zijn functie onafhankelijk uitvoert, op basis van zijn eigen beoordeling van de feiten en in overeenstemming met een accuraat begrip van de wet, vrij van directe of indirecte externe invloeden, beweegredenen, druk, bedreiging of inmenging, uit welke hoek en om welke reden dan ook. Een rechter is onafhankelijk in relatie tot specifieke partijen die bij een conflict betrokken zijn waarover hij of zij rechtsprekt. Hij of zij onderhoudt geen on gepaste connecties met de wetgevende en uitvoerende machten. Een rechter geeft blijk van hoge standaarden van rechterlijk gedrag en bevordert deze ook, zodat het publieke vertrouwen in de rechterlijke macht, hetgeen funda-

³³ Ibidem, p. 25.

³⁴ Ibidem, p. 9.

³⁵ Judicial Group on Strengthening Judicial Integrity, *Bangalore Principles of Judicial Conduct*, The Hague, 2002. http://www.unodc.org/pdf/crime/corruption/judicial_group/Bangalore_principles.pdf. Laatst geraadpleegd 24 september 2013.

menteel is voor het behoud van de rechterlijke onafhankelijkheid, versterkt wordt.

Onpartijdigheid. Een rechter voert zijn verplichtingen uit zonder blijk te geven van voorkeur, vooringenomenheid of vooroordeel. Een rechter verzekert zich ervan dat zijn of haar gedrag, zowel binnen als buiten de rechtszaal, het vertrouwen van het publiek, de juridische professie en de rechtzoekenden behoudt en versterkt. Hij of zij zal niet met opzet enige opmerkingen maken die redelijkerwijs de uitkomst van een zaak, die al dan niet reeds bij de rechter ligt, beïnvloeden of afbreuk doen aan een eerlijk proces.

Integriteit. Een rechter plaatst zichzelf met zijn gedrag boven iedere verdenking van een redelijke observant. Het gedrag van de rechter bevestigt het vertrouwen in de integriteit van de rechter. *Justice must not merely be done but must also be seen to be done.*³⁶

*Fatsoenlijkheid.*³⁷ Een rechter is constant onderwerp van publieke toetsing. Hij of zij moet daarom persoonlijke beperkingen accepteren die in de ogen van de burger zwaar kunnen lijken. Een rechter gedraagt zich op een manier die past bij de waardigheid van de rechtspraak. Zoals iedere burger geniet de rechter vrijheid van meningsuiting, geloof of vereniging, maar bij de uitoefening van deze rechten neemt hij of zij de waardigheid, onafhankelijkheid en onpartijdigheid van de rechtspraak in acht. Een rechter mag een vereniging vormen of zich aansluiten bij een organisatie die de belangen van rechters vertegenwoordigt. Hij of zij mag bij een gelegenheid een gepast geschenk, een prijs of bijzonder voordeel accepteren, mits deze redelijkerwijs niet de rechter of zijn verplichtingen beïnvloeden en/of de schijn van partijdigheid van zijn of haar werk wekken.

Gelijkheid. Een rechter is zich bewust van en begrijpt de diversiteit in de samenleving en verschillen die ontstaan op grond van ‘*irrelevant grounds*’, zoals ras, kleur, geslacht, religie, nationaliteit, kaste, handicaps, leeftijd, burgerlijke staat, seksuele geaardheid, of sociale en economische status. Een rechter voert zijn verplichtingen uit met gepaste inachtneming van personen, zoals de partijen, getuigen, advocaten, medewerkers van de rechtbank en collega’s. Daarbij maakt hij of zij geen onderscheid op grond van ‘*irrelevant grounds*’ die niet terzake doen bij de uitoefening van zijn of haar taken. Ook eist de rechter van de advocaten in de rechtszaal dat zij zich in woord en gedrag geen blijk geven van een vooroordeel dat gebaseerd is op een ‘*irrelevant ground*’, behalve wanneer dit juridisch gezien ertoe doet.

Kundigheid en zorgvuldigheid. De rechterlijke taken hebben voorrang boven alle andere activiteiten. Rechterlijke taken beperken zich niet tot de uitoefening van rechterlijke functies en verantwoordelijkheden in de rechtszaal en het nemen van beslissingen, maar omvatten ook relevante taken op operationeel gebied. Een rechter onderhoudt en versterkt zijn rechterlijke kennis, vaardigheden en persoonlijke kwaliteiten en blijft op de hoogte van ontwikkelingen in het internationaal

³⁶ Ibidem, p. 4.

³⁷ De Engelse term is ‘*propriety*’.

recht. Hij voert zijn taken efficiënt, billijk en nauwgezet uit. Hij of zij houdt orde in de rechtszaal.

Sinds 1 mei 2010 geldt in Nederland een *Gedragscode Rechtspraak* voor medewerkers van de Rechtspraak.³⁸ Waarden die hierin worden genoemd zijn: onpartijdigheid, onafhankelijkheid, onkreukbaarheid en professionaliteit. Voor rechters heeft de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak daarnaast in september 2011 de *NVvR-Rechterscode* vastgesteld.³⁹ De hierin genoemde gedragsnormen voor de rechter zijn onafhankelijkheid, autonomie, onpartijdigheid, deskundigheid, professionaliteit en integriteit.⁴⁰

Onafhankelijkheid is de weerslag van de scheiding der wetgevende, uitvoerende en rechtsprekende machten. De onafhankelijkheid houdt in dat de rechterlijke beslissing tot stand komt zonder sociale, economische of politieke druk, bijvoorbeeld vanuit procespartijen of een overheidsinstantie. De beslissing behoort gebaseerd te zijn op het eigen oordeel van de rechter in een specifieke zaak, waarbij hij de relevante feiten en juridische grondslagen betreft.

Autonomie is een kernwaarde die de rechter enerzijds de vrijheid in zijn functioneren verschaft en hem anderzijds volledig verantwoordelijk maakt voor zijn handelen. Terwijl de rechter deel uitmaakt van een organisatie die aan eisen van doelmatigheid en rechtmatigheid moet voldoen, blijft hij wel zelfstandig in zijn optreden en oordeelsvorming. Van rechters wordt verwacht dat zij inhoudelijk samenwerken met andere rechters ten behoeve van de rechtsontwikkeling en rechtsseenheid. De rechtseenheid is enerzijds een begrenzing van de autonomie van individuele rechters, anderzijds ook een belangrijke kwaliteit van de rechtspraak.

Onpartijdigheid. Deze kernwaarde vormt de basis voor gelijkwaardige behandeling van de procespartijen. Onpartijdigheid houdt in dat de rechter zijn eigen belang terzijde weet te schuiven en de schijn van vooringenomenheid en voorkeuren vermydt. Het rechterlijk oordeel is en blijft uiteindelijk mensenwerk. Aangenomen wordt dat rechters de mogelijkheid hebben om particuliere belangen en voorkeuren terzijde te schuiven. De vraag of zij dat ook daadwerkelijk doen, staat los van deze aanname. In ieder geval veronderstelt een onpartijdige houding van de rechter dat hij zich bewust is van zijn persoonlijke vooroordelen en voorkeuren en dat hij zich bij zijn oordeelsvorming steeds afvraagt of hij daarbij vrij is van

³⁸ De Rechtspraak, *Gedragscode rechtspraak*. <http://www.rechtspraak.nl/Procedures/Landelijke-regelingen/Algemeen/Documents/Gedragscode-Rechtspraak.pdf>.

³⁹ Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, *NVvR-Rechterscode*.

⁴⁰ Andere documenten die genoemd kunnen worden zijn de Magna Carta of Judges, opgesteld door de *Consultative Council of European Judges* (CCJE), de code van het *European Network of Councils for the Judiciary* en de *Recommendation CM/Rec (2010)12* van het Comité van Ministers van de Raad van Europa. In dit laatste document is een uitleg van de reikwijdte van de rechterlijke onafhankelijkheid opgenomen. Deze waarden hebben ook hun weerslag gevonden in de Nederlandse wetgeving: onder meer in artikel 116 en 117 van de Grondwet, de artikelen 7, 12, 23, 24 en 96 van de Wet op de rechterlijke organisatie en de artikelen 19, 44, 46c en 46l van de Wet rechtspositie rechterlijk ambtenaren.

zijn vooringenomenheid. Vanuit het perspectief van de objectieve toeschouwer behandelt de rechter de procespartijen zichtbaar gelijk. Wraking moet in dit licht gezien worden als een ‘instrument ten dienste van partijen dat de kwaliteit van de rechtspleging kan bevorderen.’⁴¹

Met *deskundigheid en professionaliteit* wordt bedoeld dat de rechter beschikt over de nodige kennis en vaardigheden. Het betreft kennis van het actuele nationale en internationale recht en de ontwikkelingen daarin. Professionaliteit toont zich bijvoorbeeld in het consulteren van collega’s, intervisie en functioneringsgesprekken, communicatieve vaardigheden waarbij procespartijen met respect worden bejegend, leidinggeven aan de gang van zaken in de rechtszaal en adequaat met media omgaan. De deskundige en professionele rechter geeft er blijk van dat hij de invloed van zijn beslissing op de betrokkenen en de samenleving begrijpt, hij stelt de juiste vragen, maakt gebruik van externe deskundigen indien nodig en weet hun bijdrage voldoende op zijn merites te beoordelen. In zijn oordeel is de professionele rechter transparant. Het oordeel dient helder te zijn en de motivering dient de beweegredenen van de rechter inzichtelijk te maken. Tegelijkertijd laat hij zich anders dan als persrechter of in wetenschappelijke publicaties in het openbaar niet uit over rechterlijke uitspraken van collega’s.

Om de kernwaarde *integriteit* te begrijpen is het handig een onderscheid te maken tussen de subjectieve en de objectieve dimensie van integriteit. De subjectieve dimensie van integriteit verwijst naar de innerlijke motivatie van de handelende persoon. Van deze persoon kunnen we zeggen of hij oprecht, authentiek, zuiver van bedoeling, rechtschapen of consistent handelt. De objectieve dimensie van integriteit verwijst naar een bepaalde normatieve inhoud (waarden en normen), met het oog waarop de persoon in kwestie handelt. Subjectieve integriteit is maar de helft van een volledig begrip van integriteit: iemand kan alleen oprecht of authentiek zijn in relatie tot bepaalde waarden, zoals onpartijdigheid, onafhankelijkheid of gelijkheid. Wat oprecht handelen is, kan pas worden vastgesteld als ook duidelijk is welke waarden en normen worden nagestreefd.⁴² Integriteit vormt een ‘aansporing voor de rechter om ook onder druk zijn rug recht te houden en tegen de stroom in te gaan als dat nodig is’.⁴³

Uit bovenstaande beknopte beschrijving van de kernwaarden van de rechtspraak komt naar voren dat rechters een eigen verantwoordelijkheid hebben in het bewaken van de kwaliteit van de rechtspraak. Maar ook de wetgever heeft hierbij een rol. Deze schept een kader waarbinnen de rechtspraak plaatsvindt, hetgeen op zichzelf ook eisen aan de wetgever stelt. Wetten moeten toetsbaar en werkbaar zijn. De wetgever schept daarnaast randvoorwaarden voor de rechtspraak in de vorm van eisen van doelmatigheid en efficiëntie. Dergelijke eisen bestaan naast bovengenoemde kernwaarden die de rechtsstatelijkheid en rechtvaardigheid van

⁴¹ *Gedragcode Rechtspraak*, p. 5.

⁴² J.E. Soeharno, ‘Blind vertrouwen: de norm van rechtelijke integriteit’, in: Raad voor de Rechtspraak, *Rechtstreeks*, 2011, nr. 3, pp. 16 en 17.

⁴³ Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, *NVvR-Rechterscode*, p. 7.

het functioneren van de rechterlijke macht beogen.⁴⁴

2.3.2 Kernwaarden en beginselen volgens de werkgroep

Bovenstaande bespreking van de *Bangalore Principles of Judicial Conduct* en de *NVvR-Rechterscode* levert een overzicht op van de kernwaarden die de rechterlijke macht worden toegeschreven. Deze kernwaarden vat de werkgroep op als een uitwerking van het begrip van ‘legitimiteit’ zoals in deze studie gehanteerd: met legitimiteit bedoelt de werkgroep dat er een bereidheid bestaat om het gezag van de rechterlijke macht, sprekende via haar beslissingen, te erkennen. De verwezenlijking van de hierboven genoemde kernwaarden en beginselen draagt bij aan het vertrouwen van de burger in de rechterlijke macht, en daarmee ook aan de legitimiteit ervan. Op de reeds aangestipte kernwaarden brengt de werkgroep nog enkele aanvullingen aan.

Ambachtelijkheid. Onder deze kernwaarde verstaat de werkgroep als het ware een door ervaring gevormde intuïtie. Het omvat meer dan het op peil hebben en houden van de juridische kennis (deskundigheid en professionaliteit). Ambachtelijkheid verwijst bijvoorbeeld naar het kunnen inspelen op de maatschappelijke context en gegeven situatie in de rechtszaal, het schrijven van een goed gemotiveerde beslissing, het rekening houden met de uitvoerbaarheid van beslissingen en het waken voor tunnelvisie.

Gelijkheid in procedurele en materiële zin. Het beginsel van *equality of arms* (gelijke armslag) houdt de procedurele gelijkheid in, namelijk dat ‘in de verschillende fasen van het proces, inclusief het eventuele onderzoek dat daaraan voorafgaat, de procespartijen een gelijkwaardige positie behoren in te nemen’.⁴⁵ Het beginsel van hoor en wederhoor is vergelijkbaar met *equality of arms*. Gelijke armslag van partijen houdt in dat beide partijen in een proces dezelfde kansen moeten krijgen om bewijsmateriaal in het proces aan te brengen, gegevens te betwisten en rechtsmiddelen aan te wenden.⁴⁶ Dit geldt voor zowel civiele zaken, bestuursrechtelijke zaken als strafrechtelijke zaken. In materiële zin betekent gelijkheid dat de rechter burgers gelijk moet behandelen en juridische begrippen consistent dient toe te passen. Dit betekent overigens niet dat de rechter het werk van de wetgever, die door middel van beleid juist onderscheid tussen gevallen aanbrengt, over dient te doen.

Transparantie in het rechterlijk denken. Rechtspraak beoogt de orde in de samenleving te bewaren en te herstellen. Rechterlijke uitspraken dienen ‘neer te dalen’ in de samenleving, te worden geaccepteerd, ook als de uitspraak tegen het specifieke belang van een van de partijen ingaat. Een vereiste hiervoor is dat de burger voldoende vertrouwen in de rechterlijke macht heeft. Transparantie in

⁴⁴ E. Mak, *De rechtspraak in balans*, Nijmegen, 2007, pp. 44 en 45.

⁴⁵ P.W.C. Akkermans e.a., *Grondrechten. Grondrechten en grondrechtenbescherming in Nederland*, Deventer, 2005, p. 123.

⁴⁶ K. Rimanque en B. de Smet, *Het recht op behoorlijke rechtsbedeling. Een overzicht op basis van artikel 6 EVRM*, Antwerpen/Apeldoorn, 2002, p. 95.

het rechterlijk denken faciliteert als het ware het vertrouwen van burgers. Als het rechterlijk denken niet inzichtelijk is, zal van burgers moeilijk verwacht kunnen worden dat zij vertrouwen in de rechterlijke macht hebben. Immers, waar moeten zij hun vertrouwen dan in stellen en op baseren? Deze kernwaarde omvat eisen aan de motivering van rechterlijke beslissingen, die helder, consistent en begrijpelijk voor alle partijen moet zijn. De rechtsvormende functie van jurisprudentie vereist eveneens transparantie van rechterlijke afwegingen, zodat de rechter houvast heeft bij koerswijzigingen en deze door de burger kunnen worden gevolgd.

Het doen van uitspraken die steun genereren in de samenleving. Dit beginsel vloeit voort uit de liberale visie op de maatschappelijke functie van de rechter ter voorkoming dat burgers het recht in eigen hand nemen, waarmee de individuele vrijheid in gevaar komt. Juist omdat de rechter onafhankelijk is en niet onder democratische controle staat, dient hij door zijn uitspraken niet alleen een geschil te beslechten maar tegelijkertijd ook zijn gezag te beschermen. Dat betekent niet dat de burger het met iedere uitspraak eens hoeft te zijn. Zoals eerder besproken moeten we hier denken aan een 'diffuse steun'. De rechter zou zijn gezag echter ondermijnen als hij volledig los raakt van de waarden zoals heersend in de samenleving waarin zijn gezag moet worden erkend.

Uit bovenstaand beginsel vloeit voort: *Verankering in het culturele en politieke realiteitsbeeld.* De rechter moet in staat zijn een speler te zijn in het politieke en maatschappelijke krachtenveld zonder daarbij zelf 'politiek' (en daarmee onderdeel van het conflict) te worden. De NVvR-Rechterscode stelt uitdrukkelijk dat de rechter zich niet terugtrekt uit de samenleving. 'Hij zorgt ervoor dat hij op de hoogte blijft van maatschappelijke ontwikkelingen en standpunten en betreft die zo nodig bij zijn oordeel.'⁴⁷ De rechter moet om kunnen gaan met de politieke en maatschappelijke realiteit en sensitief zijn voor de culturele en politieke pluriformiteit van de samenleving waarin hij of zij rechtspreekt.

Het voorkomen van de (schijn van) activisme. Wetgever en rechter hebben ieder hun eigen plaats binnen het evenwicht van machten. Wanneer de rechter beslist over zaken die eigenlijk bij de democratisch gelegitimeerde wetgever thuishoren, ondermijnt dit niet alleen de werking van de democratie, maar ook de legitimiteit van de rechterlijke macht. De rechter kan zich namelijk in het publieke debat nooit zo verantwoorden voor zijn beslissingen als de politicus die hiervoor alle ruimte heeft. Bovendien zal de bereidheid om het gezag van de rechterlijke macht te erkennen geschaad worden zodra, in het uiterste geval, de levens van burgers bepaald worden door beslissingen en bepalingen die voortkomen uit de rechterlijke macht waarbinnen zij geen stem hebben in plaats van uit de democratisch gekozen wetgever.

⁴⁷ Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, *NVvR-Rechterscode*, p. 3.

2.4 Toetsingskader voor legitimiteit van de rechterlijke macht

De kernwaarden zoals hierboven uiteengezet, aangevuld door de werkgroep, zijn bepalend voor de legitimiteit van de rechterlijke macht. Hun verwezenlijking is in de ogen van de werkgroep van invloed op het vertrouwen (de diffuse steun) van burgers in de rechterlijke macht. Daarmee heeft bovenstaande opsomming van de kernwaarden en beginselen van de rechterlijke macht een toetsingskader opgeleverd voor de voorstellen die verderop in deze studie worden gedaan om de legitimiteit van de rechterlijke macht te behouden en de versterken. In de komende hoofdstukken zullen alle besproken thema's kunnen worden verbonden aan één of meer van de hierboven genoemde kernwaarden en beginselen. De keuze voor de thema's die in deze studie worden besproken, evenals de aanbevelingen die de werkgroep daarbij doet, vinden hun grondslag in deze kernwaarden en beginselen.

De rechterlijke macht voert gezag uit over burgers, maar staat tegelijkertijd in dienst van de burgers. Daarmee zit in de kernwaarden een zekere dualiteit besloten. De rechterlijke macht moet steeds een pad bewandelen waarmee de rechterlijke onafhankelijkheid en autonomie gewaarborgd worden, maar waarmee zij tevens ingebed blijft in de samenleving. Dit laatste wordt bevorderd door onder meer de transparantie in het rechterlijk denken, professionele communicatie met de procespartijen en kennis van maatschappelijke en politieke ontwikkelingen. De genoemde kernwaarden zijn niet in een rangorde van belang te schikken; ze staan eerder naast elkaar. Ze dienen richting te geven aan het gedrag van personen in de rechterlijke macht en komen pas tot uitdrukking in de concrete handelingen van deze personen. Kortom, deze kernwaarden zijn niet *a priori* gegeven, maar kunnen als het goed is *a posteriori* worden herkend in de uitspraken van de rechter, in de manier waarop hij of zij leiding heeft gegeven aan het proces van waarheidsvinding, of aan de manier waarop hij of zij partijen in de rechtszaal toesprak. In deze studie streeft de werkgroep dan ook niet naar een zeker punt waarop alle kernwaarden tot in perfectie tot uitdrukking komen, maar gaat zij er wel van uit dat verbetering op bepaalde onderdelen mogelijk is.

3. Lekenrechtspraak

3.1 Bevindingen van de werkgroep

De werkgroep bespreekt niet het soort lekenrechtspraak dat de materie-deskundigheid in de rechtszaal beoogt te versterken. Die vorm van lekenparticipatie is van een geheel andere orde dan de lekenrechtspraak zoals bedoeld in dit rapport: lekenrechtspraak met het oog op een zo breed mogelijke afspiegeling van de samenleving in de rechtszaal. De werkgroep stelt vast dat Nederland een uitzondering vormt binnen het geheel van democratische rechtsstaten in de zin dat in ons land op geen enkele manier sprake is van deelname van leken aan de rechtspraak vanwege het enkele feit dat zij Nederlands staatsburger zijn. Nu Nederland wat betreft de participatie van leken in de rechtspraak een uitzondering vormt op de regel dat burgers in een jury, een gemengde raadkamer of een lekentribunaal bij de rechtspraak direct betrokken zijn, ligt de bewijslast in zekere zin ook bij Nederland om aan te tonen wat de meerwaarde van lekenrechtspraak al dan niet is.

De werkgroep beziet lekenrechtspraak niet als vorm van democratisering van de rechtspraak, maar in het licht van de mogelijkheden om de legitimiteit van de rechterlijke macht te versterken. De werkgroep richt zich daarbij op twee basisvoorwaarden voor legitimiteit: legaliteit en vertrouwen. De vraag is of lekenparticipatie bijdraagt aan de correcte toepassing van het recht (legaliteit) en of het bijdraagt aan het vertrouwen van burgers in de rechterlijke macht.

Of lekenrechtspraak inderdaad bijdraagt aan de correcte toepassing van het recht, dan wel aan het vertrouwen van burgers in de rechterlijke macht, is een vraag die (nog) niet door de wetenschap is beantwoord. Er is geen hard bewijs beschikbaar over de relatie tussen het vertrouwen van burgers in de rechterlijke macht en het al dan niet bestaan van lekenparticipatie in de rechtspraak. Tegenstanders van lekenrechtspraak werpen op dat leken geen juridische expertise hebben om rechtszaak te behandelen, terwijl voorstanders menen dat voor de beoordeling van de vraag of een verdachte het hem tenlaste gelegde feit heeft gepleegd, geen bijzondere juridische expertise nodig is en dat de schuldvraag ('treft hem of haar blaam?') met name een kwestie is van de heersende normen en waarden in de samenleving. De discussie over de wenselijkheid van lekenrechtspraak en de vraag of participatie van de burger bijdraagt aan de legitimiteit van de rechterlijke macht, blijft bij gebrek aan bewijs hangen in de sfeer van speculaties zolang niet een uitvoerig experiment met lekenrechtspraak wordt ondernomen.

Lekenrechtspraak omvat principiële en praktische bezwaren ten aanzien van de kwaliteit, de kosten en de duur van strafzaken. De invalshoek van de werkgroep is echter breder dan alleen kwaliteitsverbetering. De legitimiteit van de rechterlijke macht, waar het de werkgroep om te doen is, wordt bepaald door een combinatie van factoren, waarvan kwaliteit er één is. Kernwaarden als transparantie in het rechterlijk denken en verankering in het culturele en politieke realiteitsbeeld vormen tevens factoren van betekenis voor de erkenning van het gezag en het

vertrouwen van burgers in de rechterlijke macht. Lekenrechtspraak beschouwt de werkgroep als mogelijk bevorderend voor met name die kernwaarden van de rechterlijke macht.

Voor de erkenning van het gezag van de rechterlijke macht door burgers (haar legitimiteit) acht de werkgroep van wezenlijk belang dat de rechtspraak is ingebed in de samenleving. Daarmee wordt bedoeld dat de rechtspraak een voldoende weerspiegeling is van de waarden en normen die in de samenleving heersen. Rechters geven hier vorm en inhoud aan met het wetboek, de geschreven neerslag van maatschappelijke waarden en normen, in de hand.

Lekenparticipatie is niet noodzakelijk om de rechtspraak een voldoende weerspiegeling van die waarden en normen in de samenleving te laten zijn, maar kan daar wel aan bijdragen. Het is aan de individuele rechters (niet-leken) om rekening te houden met die waarden en normen – uiteraard zonder van het recht af te wijken. Het is overigens onmogelijk om vast te stellen wanneer de rechtspraak een ‘voldoende’ weerspiegeling van de normen en waarden in de samenleving zou zijn. De enige graadmeter die hiervoor gebruikt kan worden is het gemeten vertrouwen van burgers in de rechterlijke macht. Zoals in het inleidende hoofdstuk al is geschreven, kan van dat vertrouwen net zo min worden vastgesteld wanneer daarvan ‘voldoende’ is, maar vergelijkend onderzoek van het Sociaal en Cultureel Planbureau toont aan dat het vertrouwen in de rechterlijke macht relatief groot is. Toch kunnen initiatieven worden ondernomen om dat vertrouwen en de weerspiegeling van waarden en normen uit de samenleving te vergroten.

3.2 Aanbevelingen

De werkgroep zoekt kortom antwoord op de vraag of het betrekken van burgers bij de schuldvraag en strafmaat in een strafzaak bevorderlijk is voor de legitimiteit van de rechterlijke macht. ***Daarom beveelt de werkgroep aan een experiment met lekenrechtspraak in te voeren.*** De werkgroep kiest voor het zogenaamde ‘droog oefenen’ in een simulatiespel. Wij stellen geen experiment voor waarbij juridisch bindende uitspraken worden gedaan. De zaken waarin geëxperimenteerd wordt kunnen wel reële zaken zijn; dan wordt een ‘schaduwraadkamer’ ingesteld waarin leken plaatsnemen. Het experiment betreft alleen zaken in eerste aanleg. De werkgroep kiest voor een experiment met een gemengde raadkamer (dus geen jury), waarbij de oordelen van deze schaduwkamer kan worden vergeleken met de reële oordelen. De lekenbijzitters kan nadien worden gevraagd of hun vertrouwen in de rechtspleging is toegenomen, van rechters kan getoetst worden hoe zij zich in een raadkamer met lekenbijzitters opstellen en bij verdachte en slachtoffer kan gepolst worden in welk oordeel zij meer vertrouwen stellen.

Tegenwoordig wordt de grote meerderheid van strafzaken afgedaan door enkelvoudige kamers (unus-rechtspraak): er is slechts één rechter die in de zaak rechtspreekt. Alleen bij ‘zware’ strafzaken komt nog een meervoudige kamer bijeen. Vanuit het oogpunt van de legitimiteit is het evenwel wenselijker dat het recht gesproken wordt door meer dan één magistraat: ‘Juridische waarheid is, kunnen

we vaststellen, discussiewaarheid. De uitgangspunten zijn enerzijds gegeven, maar worden anderzijds ook in de argumentatie nader bepaald', aldus emeritus hoogleraar Arend Soeteman.¹ Dat recht het resultaat is van discussie pleit in de ogen van de werkgroep voor meervoudige (leken)raadkamers.

Ons experiment kan daarom prima worden uitgevoerd in zaken die in de praktijk unus-zaken zijn. Twee leken nemen in de schaduwkamer plaats naast de enige beroepsrechter. De beroepsrechter zit de zitting voor. De lekenrechters gaan mee de raadkamer in en brengen hun inbreng in omtrent de schuldvraag en de strafmaat. Van het 'raadkameren' zal verslag moeten worden uitgebracht om de gang van zaken in dit experiment te kunnen evalueren. Het experiment blijft overigens niet beperkt tot zaken die in de praktijk 'unus-zaken' zouden zijn, maar strekt zich ook uit tot strafzaken die in een meervoudige kamer worden behandeld. In dat geval stelt de werkgroep drie lekenbijzitters naast drie beroepsrechters in een schaduwkamer voor.

De werkgroep verwacht dat een cursus dient te worden opgesteld die lekenrechters de basale kennis verschaft die nodig is om het strafproces te kunnen volgen. Lekenrechters moeten kunnen worden gewraakt op grond van dezelfde redenen als professionele rechters. De achtergrond en het curriculum vitae van de lekenrechter dienen controleerbaar te zijn. Uitsluitingsgronden om als lekenrechter te kunnen functioneren zijn het hebben van een strafregister, het zijn van bloedverwant van het slachtoffer en/of de verdachte en ontoerekeningsvatbaarheid. Leken worden niet geselecteerd op grond van deskundigheid omtrent het vraagstuk dat aan de orde is, maar op grond van het enkele feit dat zij Nederlands staatsburger zijn.

Aan de beroepsrechter in dit experiment worden speciale eisen gesteld. Hij dient aan de leek uit te leggen wat de gang van zaken in een proces is. Omdat de ervaring in andere landen leert dat beroepsrechters ten opzichte van lekenrechters dominant kunnen zijn, gaat in dit experiment extra aandacht uit naar de vraag hoe beroepsrechters zich in de schaduwraadkamer tot lekenrechters verhouden.

Het hier voorgestelde experiment met lekenrechtspraak beoogt wat de werkgroep betreft niet de democratisering van de rechtspraak. Lekenparticipatie hoeft geen vanzelfsprekendheid te zijn in een democratische rechtsstaat, waar de rechtspraak is gerationaliseerd volgens algemene en democratisch tot stand gekomen wetten en regels. Niettemin is het opmerkelijk dat Nederland als uitzondering tussen andere democratische rechtsstaten slechts minimale inbreng van leken in de rechtspraak kent, en lekenrechtspraak op grond van het staatsburgerschap in zijn geheel niet bestaat. Per slot van rekening is de rechterlijke macht één van de drie staatsmachten en is dit gebrek aan democratische inbreng niet eenvoudig uit te leggen, zo blijkt uit de steeds terugkerende discussie over dit thema. Daar staat tegenover dat vanuit praktische overwegingen, zoals de traditie – en daarmee de

¹ A. Soeteman, *Rechtsgeleerde waarheid*, Afscheidsrede Vrije Universiteit Amsterdam, Amsterdam, 19 juni 2009, p. 15.

beschikbare kennis van het Nederlandse procesrecht (bij zowel juristen als niet-juristen) – en de efficiëntie van de rechtspraak, het gebrek aan lekeninbreng verklaarbaar is.

Met voorgesteld experiment is het de werkgroep te doen om de vraag of de mate waarin het gezag van de rechterlijke macht erkend wordt, groeit door middel van lekenparticipatie in de rechtspraak. Het experiment sluit aan bij enkele kernwaarden en beginselen van de rechterlijke macht, zoals wij die in hoofdstuk 2 (Definities) hebben geïntroduceerd. Het beoogde experiment met lekenrechtspraak stoelt op het beginsel dat de rechterlijke macht uitspraken doet die steun generen in de samenleving. Burgers die enkel op grond van het feit dat zij staatsburger zijn van Nederland naast de professionele rechter als lekenrechter zitting mogen nemen in de rechtszaal en raadkamer representeren de samenleving in het strafproces. De werkgroep wil onderzoeken of het feit dat lekenrechters deel hebben aan het strafproces bijdraagt aan het vertrouwen (de diffuse steun) in de rechterlijke macht.

Er is een nuanceverschil in betekenis tussen representeren (vertegenwoordigen) en ‘zich vertegenwoordigd voelen’. De werkgroep beoogt met het experiment met lekenrechtspraak niet zozeer te bereiken dat burgers zich door de leek vertegenwoordigd voelen in de rechtszaal, maar wil wel onderzoeken of de bereidheid om het gezag van de rechter te erkennen vergroot wordt vanwege het feit dat burgers participeren in de strafrechtspraak.

Lekenrechtspraak kan ook worden verdedigd met het oog op de kernwaarde ‘onafhankelijkheid’. Een leek die eenmalig als rechter optreedt en geen carrière als rechter moet maken kan als onafhankelijk worden bestempeld, mits aan de gestelde voorwaarden, zoals het niet hebben van een bloedverwantschap met verdachte of slachtoffer, voldaan. De evaluatie van het experiment met lekenrechtspraak dient in te gaan op de vraag of burgers inderdaad ervaren dat de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht versterkt wordt vanwege lekenparticipatie.

Het experimenteren met lekenrechtspraak staat er niet aan in de weg dat andere initiatieven op het gebied van de transparantie en toegankelijkheid van de rechtspraak (al dan niet reeds in gang gezet), zoals betere vonnismotivering en eenvoudiger taalgebruik ook kunnen worden ontplooid. Dergelijke initiatieven zien net als lekenparticipatie op de (indirecte) betrokkenheid van de burger bij de rechtspraak en op de bereidheid om het gezag van de rechter te erkennen.

4. Alternatieve geschillenbeslechting: mediation en herstelrecht

De begrippen ‘mediation’ en ‘herstelrecht’ zijn beide gebaseerd op een vorm van bemiddeling. De werkgroep maakt wel onderscheid in betekenis tussen beide termen. Bij mediation is bemiddeling tussen individuele belangen het belangrijkste doel, waarbij naast immateriële schade ook materiële schade essentieel onderwerp is van het bemiddelingsproces. Bij herstelrecht, als afgeleide van het concept ‘herstelgerechtigheid’ ligt het accent op het herstel van de sociale verhoudingen met het slachtoffer maar ook met de gemeenschap, bijvoorbeeld in de vorm van excuses van verdachte of het verrichten van gemeenschapswerk in de buurt. Herstel van materiële schade kan hier een afgeleide van zijn, maar behoort volgens de werkgroep niet het primaire doel te zijn van bemiddeling in het strafrecht.

4.1 Mediation: civiel recht en bestuursrecht

4.1.1 Bevindingen van de werkgroep

Mediators worden toegewezen via de rechter of vervangen de plaats van de rechter. Zij kunnen worden gezien als een verlengstuk van de rechterlijke macht. Behandeling door een mediator gebeurt in zaken die zich beter lenen voor bemiddeling dan voor een rechterlijk oordeel. Dat kan het geval zijn als partijen meer behoefte hebben aan een werkbare oplossing van het conflict dan aan een juridisch strikt-genomen juist oordeel. Soms kunnen partijen zich beter vinden in een bemiddelingsproces dan in een formele rechtszaak. De technische gang van zaken en de juridische termen waarin het conflict wordt verwoord verdringen het (sociale) conflict zoals dat door partijen wordt ervaren naar de achtergrond. Het voordeel van mediation is dat irritaties, onvrede of andere obstakels voor de oplossing van het conflict, die geen relevante feiten zijn voor de juridische vertaling van het conflict, wel kunnen worden betrokken bij het zoeken naar de oplossing. Het verdient aanbeveling deze meerwaarde van mediation ten opzichte van traditionele rechtspraak in civielrechtelijke en bestuursrechtelijke procedures zoveel mogelijk te benutten. Zolang bemiddeling gebeurt met instemming van beide partijen is dit een vorm van geschillenbeslechting die valt toe te juichen, ook in liberaal opzicht waar de zelfredzaamheid van burgers over het algemeen wordt gestimuleerd.

De werkgroep ziet mediation als een alternatieve vorm van geschillenbeslechting, niet als een volwaardige vervanging van de rechtspraak. Het probleemoplossend vermogen van mediation schuilt juist in de alternativiteit. De mogelijkheid voor partijen om altijd nog de bemiddeling te staken en de ‘harde’ weg van het recht te kiezen, zorgt ervoor dat partijen bereid zijn zich in de belangen van de ander te verdiepen. Bij mediation is van het ‘zwart maken’ zoals in het traditionale discours van het recht minder sprake. Dat maakt mediation aantrekkelijk. Toch moeten burgers in een liberale rechtsstaat uiteindelijk altijd recht op ‘recht’ heb-

ben: leidt bemiddeling niet tot tevredenheid bij één of beide partijen, dan hebben zij altijd nog het recht om de rechter erbij te betrekken, waarmee de geschiloplossing een minder zachtvaardig karakter krijgt. Dit gegeven motiveert partijen om de mediation te doen slagen.

De werkgroep staat positief tegenover het invoeren van een wettelijke mogelijkheid (via de initiatiefwet van VVD-Kamerlid Van der Steur) om de vaststellingsovereenkomst die het resultaat is van bemiddeling door de rechter een executoriale titel te kunnen verlenen. Wat de werkgroep betreft dient hiervoor voorwaarde te zijn dat de vaststellingsovereenkomst op basis van vrijwilligheid is aangegaan. Overigens zou ook een vaststellingsovereenkomst nog op verschillende manieren zijn aan te vechten bij de rechter. De werkgroep constateert met instemming dat in het VVD-voorstel voor de initiatiefwet mediation niet wordt opgevat als algehele vervanging van de traditionele rechtspraak en dat verplichte mediation niet wordt voorgesteld.

De discretionaire bevoegdheden van het openbaar bestuur bieden naar hun aard ruimte voor mediation tussen bestuur en burger. Van mediation wordt dan ook al volop gebruik gemaakt in bezwaarprocedures. De ruimte voor mediation in het bestuursrecht is evenwel afgebakend vanwege de publiekrechtelijke bevoegdheden waarop het bestuurshandelen per definitie is gebaseerd.

4.1.2 Aanbevelingen

De werkgroep ziet mediation niet als rechtspraak, maar juist als alternatief hiervoor in het civielrecht en, in mindere mate, in het bestuursrecht. Als dejuridisering van de geschillenbeslechting kan mediation bijdragen aan het behoud en de versterking van de legitimiteit van de rechterlijke macht. Mediation als alternatieve geschillenbeslechting houdt in dat de rechter zich niet mengt in een conflict dat beter (want naar grotere tevredenheid van beide partijen) buiten de rechter om kan worden beslecht. In die zin betekent mediation dat de rechterlijke macht zich niet op een terrein hoeft te begeven waar andere partijen de rol van geschillenbeslechter beter op zich kunnen nemen. Dit kan op zichzelf een bescherming van het gezag van de rechterlijke macht inhouden, waarmee mediation als alternatieve geschillenbeslechting bijdraagt aan het behoud van de legitimiteit van de rechterlijke macht: de rechter stelt zich terughoudend op en grijpt alleen in waar hij daadwerkelijk toegevoegde waarde heeft. De juridische bril van de rechter vertekent niet onnodig de werkelijke aard van het conflict. *De meerwaarde van mediation, het terugdringen van onnodige juridering, dient zoveel als mogelijk te worden benut.*

Mediation moet wel primair als alternatieve geschillenbeslechting worden gezien. Omdat mediation een alternatief is voor rechtspraak, blijkt de kracht van de rechtspraak op het moment dat mediation niet slaagt (dat wil zeggen niet tot een overeenkomst leidt). Partijen kunnen zich dan altijd nog wenden tot het bindende en dwingende recht. Dankzij mediation kan zo de maatschappelijke functie van de rechterlijke macht als finale geschillenbeslechter beter tot uitdrukking ko-

men, waarmee mediation een bijdrage kan leveren aan het vertrouwen en daarmee de legitimiteit van de rechterlijke macht.

Gedurende de bemiddeling moet een partij in staat blijven de onderhandelingen af te breken, geprobeerd hebbende zijn eigen belangen af te stemmen op die van de andere partij, maar toch op enig moment concluderende dat de bemiddeling geen perspectief meer heeft. De ontwikkelingen rond de wettelijke verankering van mediation moeten volgens de werkgroep niet leiden tot een situatie waarin partijen kunnen worden gedwongen om hun heil in deze alternatieve vorm van geschillenbeslechting te zoeken.

4.2 Herstelrecht in het strafrecht

4.2.1 Bevindingen van de werkgroep

Er is de afgelopen decennia uitvoerig onderzoek gedaan naar de wenselijkheid van bemiddeling in het strafrecht. Zowel de resultaten van divers rechtstheoretisch onderzoek als de resultaten van empirisch onderzoek aan de hand van experimenten zijn beschikbaar. In brede kring wordt de meerwaarde van herstelrecht onderkend. Die meerwaarde schuilt in de mogelijkheid om dader en slachtoffer met elkaar in contact te brengen en om als dader excuses aan het slachtoffer te maken, waarmee zowel een vorm van herstel bij de dader als bij het slachtoffer kan optreden. De dader kan met zichzelf in het reine komen en het slachtoffer put emotioneel herstel uit de excuses van de dader.

Onderzoekers zijn minder eensgezind zodra de vraag gesteld wordt of herstelbemiddeling een integraal onderdeel van het strafproces zou moeten zijn, of dat de bemiddeling tussen dader en slachtoffer ‘slechts’ een aanvulling op het strafproces zou moeten zijn. De discussie spitst zich toe op de vraag of herstelrecht naar een publiekrechtelijk of privaatrechtelijk model vorm moet krijgen. Moet een herstelgesprek als verzachtende omstandigheid kunnen worden meegerekend? Moet het vervolgingsrecht van het Openbaar Ministerie bij ‘lichte’ misdrijven zelfs komen te vervallen? De herstelrechtprocedure kan als separate procedure worden gevolgd buiten de strafzaak om, maar ook worden vermengd met de strafzaak door bijvoorbeeld de uitkomst van de bemiddeling in de strafmaat mee te laten wegen. Dit zijn twee types van herstelrecht, maar het principe blijft overeind staan: de partijen proberen er zoveel mogelijk buiten de rechter om uit te komen.

Overige vragen met betrekking tot herstelrecht die door onderzoek nog geen eenduidig antwoord hebben opgeleverd, hebben te maken met de vrijwilligheid en vertrouwelijkheid van de bemiddeling. Is het een vereiste dat deelnemers vrijwillig meedoen aan de bemiddeling, of zouden zij daartoe ook moeten kunnen worden gedwongen? Moeten de bemiddelingsgesprekken in alle vertrouwelijkheid plaatsvinden, of mogen gedetailleerde verslagen hiervan aan de rechter worden voorgelegd? Deze vragen zijn relevant als aan herstelbemiddeling juridische gevolgen worden verbonden, bijvoorbeeld in de vorm van strafvermindering. Op dat moment moet er rekening mee worden gehouden dat de dader berekenend gedrag kan gaan vertonen en zal over de bemiddeling publieke verantwoording moeten

worden afgelegd door middel van verslagen die de rechter bij zijn oordeel betreft.

Herstelbemiddeling biedt de mogelijkheid tot emotionele genoegdoening bij het slachtoffer. Genoevdoening heeft momenteel geen zelfstandige functie als strafdoel in het Nederlandse strafrechtelijk bestel. Daarom kan herstelrecht ons strafrechtelijk bestel verrijken. Herstelbemiddeling zou ook kunnen bijdragen aan de andere strafdoelen: preventie en resocialisatie. Hoewel te weinig onderzoek heeft plaatsgevonden om hier zonder twijfel uitspraken over te doen, suggereren enkele onderzoekers dat herstelbemiddeling de kans op recidive verkleint. Het onder ogen komen van de consequenties van een misdaad in een herstelgesprek kan worden gezien als een vorm van resocialisatie van de dader.

In liberaal opzicht biedt herstelbemiddeling als alternatief voor een strafproces een belangrijk voordeel. De doelen van het Nederlands strafrecht (vergoeding, preventie en resocialisatie) lijken te zijn opgesteld vanuit de positie van de overheid. Herstelbemiddeling bouwt meer dan het traditionele strafrecht voort op de positie van de direct betrokken burgers: het slachtoffer en de verdachte. Herstelrecht heeft in tegenstelling tot een traditionele straf primair tot doel een werkbare oplossing voor de direct betrokkenen te vinden, ook na de straf. Met name in de relatiesfeer, bij burenruzies of beledigingen kan herstelrecht effectief zijn. Er wordt rekening gehouden met het feit dat betrokkenen (met of naast elkaar) verder leven.

Bemiddeling, zowel in het burgerlijk recht als in het strafrecht, biedt de mogelijkheid om conflicten zoveel mogelijk in der minne op te lossen. De overheid heeft hierbij slechts een aanvullende rol. Hiermee past een herstelrechtprocedure binnen een liberale zienswijze waarin het initiatief van burgers wordt toegejuicht en bevorderd en een zo terughoudend mogelijke overheid beoogd wordt. Bemiddeling, ook binnen het strafrecht, kan daarmee voor liberalen een versterking betekenen van de legitimiteit van de rechterlijke macht. De overheid doet waar mogelijk een stap terug, terwijl de burger, zowel slachtoffer als verdachte, meer ruimte wordt geboden om zijn kant van het verhaal mee te laten wegen in de oplossing van de zaak. Hiermee valt volgens de werkgroep te verwachten dat ook het vertrouwen van de betrokken burgers in de (straf)rechtspraak wordt bevorderd.

De werkgroep is zich er van bewust dat uitbreiding van het herstelrecht, met name als dit wordt ingezet als alternatief voor een proces in het reguliere strafrecht, ook een ondermijning van de legitimiteit van de rechterlijke macht kan betekenen. De perceptie kan ontstaan dat, waar in een samenleving een roep om zwaardere straffen is te horen, een dader via een herstelgerichte procedure (een 'gesprekje' met het slachtoffer) van verdere vervolging wordt vrijgesteld. Er dient gewaakt te worden voor het gevaar dat inzet van het herstelrecht, waar het beoogt juist het vertrouwen van de rechtspraak te bevorderen, resulteert in een wantrouwen onder burgers van een strafrechtstelsel dat niet meer in staat is het recht te doen gelden. Ondermijning van de legitimiteit ligt zo juist op de loer. De werkgroep erkent de meerwaarde van bemiddeling in het strafrecht, maar ziet tegelijkertijd de noodzaak van een voorzichtig en evenwichtig gebruik van het herstelrecht in het domein van strafzaken.

4.2.2 Aanbevelingen

Het voorgaande in overweging nemende stelt de werkgroep voor dat het Openbaar Ministerie de discretionaire bevoegdheid krijgt om een herstelgerichte procedure aan te bieden aan slachtoffer en verdachte, die in de plaats komt van een strafgerichte procedure bij 'lichte' delicten, jeugdige daders en 'first time offenders'. De beslissing van het OM om de zaak aan herstelgerechtigheid te onderwerpen krijgt het karakter van een opschorting van de vervolging of een voorwaardelijk sepot. De bemiddelaar maakt een verslag op en op basis daarvan bekijkt het OM of de vervolging definitief wordt gestaakt.

De werkgroep zet hiermee een stap verder in de richting van het volledig benutten van de voordelen van herstelrecht in het strafrecht – iets dat ook de Wet van 6 juni 2011 tot aanpassing van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven beoogt, die bepaalt dat het OM bevordert dat de politie het slachtoffer en de verdachte op de hoogte stelt van de mogelijkheden tot herstelbemiddeling. Wanneer het slachtoffer primair excuses van de verdachte wenst en de verdachte akkoord is met een herstelprocedure in plaats van een traditionele strafrechtelijke procedure, dan is de herstelgerichte procedure in bepaalde gevallen een geschiktere manier om de geschokte rechtsorde te herstellen dan de strafprocedure.

Wij stellen voor dat de parketsecretaris de eerste selectie maakt van zaken die in aanmerking komen voor een herstelrechtprocedure. Hiermee neemt de werkgroep een voorbeeld aan de herstelbemiddeling zoals die in Maastricht reeds plaatsvindt. Het gaat om strafbare feiten waarvoor een transactie of strafbeschikking mogelijk is en zaken die (als er geen herstelbemiddeling zal plaatsvinden) worden afgedaan bij de politierechter. Te denken valt aan eenvoudige zaken van mishandeling, diefstal, zaaksbeschadiging, bedreiging en openlijke geweldpleging. Geschikte zaken voor herstelrecht kunnen zaken van *first offenders* en jeugdige daders zijn en zaken waarin slachtoffer en dader elkaar kennen. Een herstelprocedure als alternatief voor een strafprocedure kan alleen plaatsvinden als de feiten geen twijfel laten over de vraag of de verdachte inderdaad dader is. De werkgroep stapt dan ook niet af van de onschuldpresumptie in een strafproces. De parketsecretaris gaat na bij slachtoffers en verdachten of zij bereid zijn tot bemiddeling. Vrijwilligheid van beide partijen is in het voorstel van de werkgroep een vereiste voor bemiddeling.

De discretionaire bevoegdheid van het OM om een herstelprocedure voor te stellen in plaats van een traditionele strafgerichte procedure, strekt zich in het voorstel van de werkgroep niet uit tot zaken rondom 'zware' delicten die de rechtsorde hevig schenden, zoals verkrachtingszaken. Zelfs als het slachtoffer wel akkoord zou zijn met een herstelprocedure is een herstelgerichte procedure in deze gevallen onwenselijk. De rechtsorde is dan zodanig geschokt dat vergelding in de vorm van straf niet uit kan blijven en ook voor de samenleving als geheel een strafproces de functie moet vervullen van herstel van de rechtsorde. Bovendien moet bij 'zware' strafzaken waarin slachtoffer en dader elkaar kennen, zoals voorkomt in verkrachtingszaken, worden vermeden dat het slachtoffer onder emotionele druk akkoord gaat met een herstelgesprek en zo alle redelijkheid uit het proces verdwijnt.

De herstelprocedure in het strafrecht als discretionaire bevoegdheid van het OM is in het voorstel van de werkgroep als het ware een gunst die het OM aan verdachte en slachtoffer op basis van algemene beleidsvoering kan aanbieden in strafzaken van de lichtere orde. De herstelprocedure in het strafrecht is geen afdwingbaar recht. Biedt het OM geen herstelprocedure aan of weigert verdachte of slachtoffer akkoord te gaan met herstelbemiddeling, dan wordt een strafprocedure in gang gezet die leidt tot een transactie, een strafbeschikking of de weg naar de politierechter. De rol van het slachtoffer blijft dan beperkt. De regie blijft bij de traditionele strafrechtszaak in handen liggen van het OM.

Onze aanbeveling om het OM de discretionaire bevoegdheid te geven een herstelprocedure aan te bieden doet niets af aan het feit dat de rechtbank bemiddeling in een later stadium van het strafproces kan blijven stimuleren, ex het (nieuwe) artikel 51h Wetboek van Strafvordering. Het initiatief ligt hiervoor bij de rechter. De rechter hoeft geen gehoor te geven aan de wens van het slachtoffer of verdachte tot bemiddeling.

De alternatieve herstelrechtprocedure is in de visie van de werkgroep alleen bedoeld voor zaken waarin het het slachtoffer primair te doen is om excuses van de dader. Wenst hij in de eerste plaats een vorm van materieel schadeherstel, dan zal een traditionele rechtszaak moeten plaatsvinden. Hierin kan de rechter alsnog bemiddeling inlasten waarbij afspraken over het materieel herstel worden gemaakt. Die afspraken kan de rechter vervolgens meewegen in zijn uiteindelijke vonnis.

Het voorstel van de werkgroep om een alternatieve herstelprocedure als discretionaire bevoegdheid van het OM in te stellen biedt, naast de reeds genoemde voordelen van herstelrecht, ook een belangrijk voordeel met betrekking tot de versterking van de effectiviteit van het strafrechterlijk optreden. De herstelprocedure kan een antwoord zijn op twijfels over de effectiviteit van een traditionele straf. De uitkomst van een bemiddeling, zowel in civiele, bestuursrechtelijke als strafrechtelijke zaken, is immers een overeenkomst die door beide partijen als rechtvaardig wordt ervaren. Bemiddeling, in alle domeinen van het recht, levert zo een bijdrage aan de legitimiteit van de rechterlijke macht. Voor de herstelprocedure in het strafrecht geldt dan wel dat deze meer moet inhouden dan een administratief proces dat wordt ingezet als goedkoop alternatief voor een strafrechtelijke procedure. Ook moet ervoor worden gewaakt dat burgers de perceptie hebben dat een herstelprocedure niet meer omvat dan enkel wat papierwerk om de kosten in de strafrechtketen zo laag mogelijk te houden. Het enkele feit dat een herstelgerichte procedure goedkoper is dan een strafproces is geen voldoende rechtvaardiging voor een herstelprocedure als alternatief voor een strafproces.

Herstelbemiddeling is geen rechtspraak; het is er een alternatief voor of een aanvulling op. Herstelrecht als alternatief voor een strafprocedure houdt in dat de rechter niet optreedt waar hij dat beter niet kan doen, omdat een gesprek tussen verdachte en slachtoffer beter bijdraagt aan de doelen van het strafrecht: preventie en herstel van de rechtsorde. Dit kan op zichzelf een bescherming van het gezag van de rechterlijke macht betekenen: de rechter grijpt alleen in waar hij met zijn

bindende en dwingende uitspraken werkelijk toegevoegde waarde heeft, namelijk als vanwege de ernst of de aard van het delict een herstelgesprek niet volstaat om de doelen van het strafrecht te bereiken. Omdat de beslissing van het OM het karakter krijgt van een voorwaardelijk sepot is het herstelgesprek geen vrijblijvende ontmoeting tussen dader en verdachte; het strafrecht kan alsnog ingezet worden als daar aanleiding voor is.

Het recht dat de overheid mediation bevordert is door het WODC in 2010 aangemerkt als één van de rechten die voor het slachtoffer in het leven zijn geroepen. Bemiddeling in het strafrecht wordt dus ook gerechtvaardigd door de toegevoegde waarde voor het slachtoffer: de potentie van bemiddeling tussen slachtoffer en dader om sociale verhoudingen en het aangetaste rechtsgevoel van het slachtoffer te herstellen. Het kan het slachtoffer emotionele genoegdoening bezorgen en biedt de dader een mogelijkheid om met zichzelf in het reine te komen.

5. Participatie van het slachtoffer in het strafproces

5.1 Bevindingen van de werkgroep

Een prominente positie van het slachtoffer in het strafproces, in de vorm van een uitgebreid spreekrecht, kan in tegenstelling tot de bedoeling van de auteurs van deze studie de legitimiteit van de rechterlijke macht ondermijnen. In het strafproces staat de verdachte centraal. Hij of zij is onschuldig tot het tegendeel door de rechter bewezen wordt geacht op basis van een feitenonderzoek dat door het OM wordt geleid, en door de onafhankelijke rechter kritisch wordt gecontroleerd. Een verschuiving van de centrale positie van de verdachte naar een centrale positie voor het slachtoffer kan betekenen dat de onschuldpresumptie in de praktijk verwaterd en dat bij de verdachte het idee ontstaat dat hij geen eerlijk proces krijgt. Het risico bestaat in ieder geval dat de perceptie ontstaat dat de rechter emoties laat meespreken en zijn objectiviteit wordt aangetast. Alleen al het risico dat dit beeld ontstaat zou een afzwakking van het vertrouwen van de verdachte – en daarmee ook de legitimiteit van de rechterlijke macht – kunnen betekenen.

Emoties in de rechtszaal zijn natuurlijk niet uit te sluiten. Niet alleen een strafzaak, maar ook conflicten in de civiele en bestuurlijke sfeer kunnen diep ingrijpen in de persoonlijke levenssfeer van betrokken partijen. Van een rechter kan bovendien niet verlangd worden dat hij als een machine te werk gaat en zich voor iedere emotie afsluit. Het feit dat wij spreken van een ‘geschokte rechtsorde’ als grond voor vervolging getuigt ervan dat emoties inherent zullen zijn aan een strafvervolgingsproces.

Tineke Cleiren, hoogleraar strafrecht en strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden, en Antoine Hol, hoogleraar Encyclopedie van het recht en rechtsfilosofie aan de Universiteit Utrecht, hebben in 2013 een publicatie gepresenteerd over het evenwicht tussen ratio en emotie in het strafrecht. Zij maken hierin duidelijk dat het strafrecht en de procedure van vervolging en terechtzitting laveren tussen ratio en emotie – een spanning die onoplosbaar is. Het strafrecht legitimeert zich door afstand te nemen van de emoties van mensen en vooral een beroep te doen op hun redelijkheid. Het is er om leven, vrijheid en bezit te beschermen, waartoe macht wordt gebruikt die ingeperkt is.

Het ‘redelijke’ strafrecht brengt echter ook het risico met zich mee dat mensen zich niet meer in het strafrecht herkennen en hun emoties niet erkend worden. Dan wordt de legitimiteit van het stelsel ondergraven, in het bijzonder voor het slachtoffer, dat zich door het misdrijf miskend of ontkend voelt. Wordt het slachtoffer volledig weggerationaliseerd uit het strafrecht, dan zal dat stuiten op onbegrip. Het risico van eigenrichting ligt dan op de loer. Het recht van spreken voor het slachtoffer is daarom een middel om hem in het strafproces te erkennen en om de legitimiteit van het strafrecht te versterken.

Participatie van het slachtoffer in het strafproces kan bijdragen aan het recht-

vaardigheidsoordeel dat burgers vormen ten aanzien van de rechterlijke macht. De meerwaarde van een actieve en prominente rol van het slachtoffer in het strafproces schuilt in de emotionele genoegdoening voor nabestaanden en slachtoffers. De mogelijkheid om eigen argumenten in te brengen en gevoelens te uiten kan op zichzelf al bijdragen aan het vertrouwen in het strafproces onder slachtoffers en nabestaanden. Men mag ervan uitgaan dat de rechter in staat is te objectiveren en zich niet laat meeslepen door emoties van het slachtoffer of de nabestaanden. De magistraat dient daarbij te beseffen dat zijn formuleringen en de manier waarop hij de personen in de rechtszaal benadert van invloed kunnen zijn op het rechtvaardigheidsgevoel.

Bij de rechtspleging zijn betrokken: de overheid (de zittende en staande magistratuur), de verdachte, het slachtoffer en de meekijkende burger. De strafrechtspraak is lange tijd uitsluitend een aangelegenheid van de overheid geweest. Onder invloed van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens heeft het Nederlandse systeem zich ontwikkeld in de traditie van waarden en normen die de burger beoogt te beschermen tegen een te machtige overheid. Het zou een afzwakking van de legitimiteit van de rechterlijke macht betekenen wanneer de burger het gevoel krijgt dat hij geen belanghebbende (*stakeholder*) is in het geheel, en zich daarom zou afwenden van de rechtspleging. Een ‘wij-zij’ denken tussen rechterlijke macht en burger dient te worden voorkomen. In het licht van deze visie op de vraag van wie de rechtspleging uiteindelijk is, verdedigt de werkgroep een eigenstandige positie van het slachtoffer in het strafproces.

5.2 Aanbevelingen

De werkgroep erkent dat een prominente positie van het slachtoffer de legitimiteit van de rechterlijke macht kan ondermijnen als de perceptie ontstaat dat een eerlijk proces voor de verdachte niet meer gewaarborgd kan worden. De werkgroep onderschrijft tevens de meerwaarde van een actieve positie van het slachtoffer in het strafproces in de zin dat hij via het spreekrecht emotionele genoegdoening kan krijgen. Bovendien brengt de werkgroep naar voren dat gewaakt moet worden voor vervreemding van de rechtspleging bij de burger. Tegen deze achtergrond bevelen de auteurs een experiment aan met betrekking tot het spreekrecht voor slachtoffers en nabestaanden.

Wij bevelen aan om een experiment met een twee-trapsgewijs spreekrecht voor slachtoffer of nabestaanden in te stellen bij reële (dus niet-fictieve), ‘zware’ strafzaken. Dit idee houdt in dat een extra zitting in het strafproces wordt ingebouwd waarin plaats is voor het volledige spreekrecht voor het slachtoffer of de nabestaande. Deze extra fase vindt plaats na beantwoording van de schuldvraag en voorafgaand aan de strafoplegging. In deze fase krijgt ook de verdachte extra spreekrecht, als antwoord op de verklaring van het slachtoffer.

In deze extra fase van de zitting mag het slachtoffer of de nabestaande zich uitspreken over zowel de strafvraag als de (reeds door de rechter beantwoorde) schuldvraag en is hij volledig vrij ook over zijn beleving van de toedracht van de

feiten te praten. De evaluatie van dit experiment moet antwoord geven op de vraag in hoeverre het spreekrecht in die fase van het strafproces bijdraagt of juist afbreuk doet aan de ervaren legitimiteit van de rechterlijke macht voor zowel het slachtoffer of de nabestaande als voor de persoon die in de zaak terechtstond.

Het voorstel van de werkgroep is in lijn met het beginsel dat juridische principes consistent worden toegepast, waaronder het beginsel van *equality of arms*. De extra zittingsfase zoals voorgesteld door de werkgroep biedt niet alleen aan het slachtoffer ruimte om te spreken, maar ook aan de verdachte.

De timing van het spreekrecht na beantwoording van de schuldvraag en voorafgaand aan de strafoplegging voorkomt dat het volledige spreekrecht voor het slachtoffer ertoe leidt dat bij de verdachte de perceptie ontstaat al bij voorbaat veroordeeld te zijn. Ook wordt zo vermeden dat de zuivere waarheidsvinding op basis waarvan de rechter een eindoordeel moet vellen onnodig wordt vertroebeld, waarmee het risico op een gerechtelijke dwaling zou worden vergroot. Het slachtoffer zal pas nadat verdachte schuldig is bevonden aan het woord komen.

De werkgroep is zich ervan bewust dat dit twee-trapsgewijze spreekrecht extra proceskosten met zich meebrengt. Gezien de te verwachten stijging van de proceskosten blijft de aanbeveling beperkt tot de 'zware' strafzaken, waarbij wij suggereren dat voor dit experiment met het volledige spreekrecht na de schuldvraag in aanmerking komen: strafzaken rondom levensdelicten, delicten waar een gevangenisstraf van ten minste acht jaar op staat of delicten waar voorlopige hechtenis van toepassing is. Bij de evaluatie van het experiment zullen ook de verhoogde proceskosten moeten worden meegenomen. De werkgroep merkt tot slot op dat voor alle maatregelen die de legitimiteit van de rechterlijke macht beogen te versterken geldt, dat deze stevast moeten worden genomen binnen het kader van beschikbare financiële middelen en capaciteiten.

Het twee-trapsgewijze spreekrecht voor het slachtoffer kan bijdragen aan het vertrouwen van de burger in de rechterlijke macht, omdat de directe betrokkenheid van het slachtoffer bij de zaak erkend wordt, hij een mogelijkheid tot emotionele genoegdoening krijgt zonder dat afbreuk wordt gedaan aan de rechten van de verdachte (die eveneens een extra spreekfase krijgt) en het antwoord op de schuldvraag niet beïnvloed kan worden door de slachtofferverklaring.

6. Het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie

6.1 Bevindingen van de werkgroep

Strafvervolgning wordt in Nederland primair gezien als een publieke zaak die het algemeen belang moet dienen. Om deze reden ligt bij het Openbaar Ministerie het monopolie op vervolging. Het OM gaat over tot vervolging als hij dat in het algemeen belang opportuun acht. Aan de vervolgingsbeslissing gaat een afweging van belangen van alle betrokkenen vooraf. Het OM heeft de discretionaire bevoegdheid en juridische taak om per geval te bepalen wat het algemeen belang is: welk deelbelang legt het meeste gewicht in de schaal? Het belang van de verdachte, van de samenleving en de geschonden Nederlandse en Europese rechtsorde of het belang van de slachtoffers of nabestaanden?

Of het OM nu de plicht (zoals bijvoorbeeld in Duitsland) of het recht (zoals in Nederland) heeft om tot vervolging over te gaan, in beide gevallen blijft de vervolgingsbeslissing er één die genomen wordt in het kader van het algemeen belang. Vervolging is een publieke zaak. Het opportunitiebeginsel (leidend in Nederland) en het legaliteitsbeginsel (leidend in Duitsland) zijn twee beginselen voor het maken van een beslissing ‘in het algemeen belang’. In zowel Duitsland als Nederland wordt daarbij rekening gehouden met de belangen van verdachte, van het slachtoffer en de capaciteiten van de justitiële organisatie. In beide landen bestaat de mogelijkheid van een rechterlijke toetsing van de beslissing om (niet) te vervolgen.

Zowel het legaliteitsbeginsel als het opportunitiebeginsel brengt specifieke voor- en nadelen mee. Het legaliteitsbeginsel lijkt een betere waarborg tegen politieke inmenging en willekeur rond de vervolgingsbeslissing. Ook biedt het meer rechtszekerheid en -eenheid in het strafrechtelijk optreden. Het individuele belang van burgers wordt hiermee beschermd. Het opportunitiebeginsel biedt meer mogelijkheden om rekening te houden met de grote verschillen die strafzaken van geval tot geval vertonen. Met name vanwege het feit dat maatschappelijke opvattingen over strafbare feiten of de wenselijke strafmaat kunnen veranderen, is het opportunitiebeginsel aantrekkelijk in vergelijking met het legaliteitsbeginsel. Daarnaast laat het opportunitiebeginsel de mogelijkheid open rekening te houden met de positie van het slachtoffer, wanneer het in zijn of haar belang zou zijn juist af te zien van vervolging.

Kortom, de vervolgingsbeslissing is per definitie een beslissing ‘in het algemeen belang’, zolang die beslissing uitsluitend wordt genomen door het Openbaar Ministerie. Wat het algemeen belang is, staat niet in steen gebeiteld, maar wordt middels een belangenafweging bepaald door het OM. Het is dan ook niet zozeer relevant of het opportunitiebeginsel dan wel het legaliteitsbeginsel leidend is voor de vervolgingsbeslissing. Relevanter is de vraag: wie maakt die beslis-

sing en waar liggen de prioriteiten binnen het gegeven kader van beschikbare tijd en middelen?

De werkgroep meent dat het rapport *Prestaties in de strafrechtketen* van de Algemene Rekenkamer uit 2012 een urgent probleem aan het licht brengt. De werkgroep meent dat de verontrustende cijfers van de Algemene Rekenkamer de vraag oproepen waar ons vertrouwen in de rechtsstaat eigenlijk op is gebaseerd. Van de 777.984 aangiften en meldingen met voldoende informatie voor eventuele vervolging van gewelds- en vermogensdelicten, stroomde tussen oktober 2009 en september 2010 656.650 zaken direct weer uit de strafrechtketen. Hier werd dus überhaupt geen vervolg aan gegeven. Ook de zogenaamde ‘ongewenste uitstroom’ van zaken die door administratieve fouten of regionale beleidsverschillen geen vervolg krijgen is zorgwekkend. Daarbij dient ook te worden opgemerkt dat cijfers laten zien dat de straffkans (de punitiviteit) in Nederland tussen 2000 en 2009 is gedaald. De rechter straft weliswaar strenger (mogelijk in antwoord op de maatschappelijke vraag daarvoor), maar dat wil niet zeggen dat de straffkans ook gestegen is. Strafkans, aldus rechtseconoom Ben van Velthoven, is pakkans maal strafmaat. Om een gefundeerd oordeel te geven over de zwaarte van straffen, moet in ieder geval ook gekeken worden naar de pakkans. De kans dat iemand een straf krijgt na een misdrijf te hebben gepleegd, is in Nederland erg klein. Van Velthoven voorspelt dat, als het strafrisico verder afneemt, de criminaliteit weer zal stijgen. Het rapport *Prestaties in de Strafrechtketen* van de Algemene Rekenkamer geeft naar het oordeel van de werkgroep blijk van een slordigheid en rechtsongelijkheid binnen het systeem van opsporing en vervolging die weggefilterd moeten worden.

Naast de hierboven genoemde cijfers omtrent de kans dat een (veelvoorkomend) delict wordt vervolgd, is voor het vertrouwen van de burger in de rechterlijke macht ook van belang dat de vervolgingsbeslissing van het OM aansluit bij de opvattingen over strafwaardigheid die in de samenleving heersen. Wanneer bij de belangenafweging van het OM bijvoorbeeld kosten en capaciteit zoveel gewicht in de schaal leggen dat bij burgers de perceptie ontstaat dat veelvoorkomend geweld nooit wordt bestraft, dan komt het vertrouwen bij burgers in de rechtspraak in het geding. Het is zaak dat het OM aansluiting houdt bij de opvattingen over strafwaardigheid die in de samenleving heersen (en die in de politiek via democratische wetgeving tot uitdrukking komen). Overigens voorziet de Wet op de rechterlijke organisatie in de democratische verantwoording door de minister van Veiligheid en Justitie over het vervolgingsbeleid.

6.2 Aanbevelingen

Op het moment dat een aanzienlijk deel van de veelvoorkomende delicten geen vervolg meer krijgt door administratieve onregelmatigheden, de straffkans in Nederland zo laag is dat misdaad loont en schaarse tijd en middelen zoveel gewicht in de schaal leggen dat veel aangiftes al bij voorbaat terzijde worden geschoven, dan dreigt een afzwakking van de legitimiteit van de rechterlijke macht en een afbrokkelend vertrouwen van de burger. Het rapport *Prestaties in de strafrecht-*

keten uit 2012 van de Algemene Rekenkamer over opsporing en vervolging van gewelds- en vermogensdelicten dreigt de burger voor de vraag te stellen waarop zijn vertrouwen in het OM is gebaseerd. Daarom doet de werkgroep hier enkele aanbevelingen die gericht zijn op versterking van de vervolgingsbeslissing door het OM. Zij ziet haar aanbevelingen als aanvulling op de reeds in gang gezette maatregelen die de minister in het kader van de versterking van de prestaties in de strafrechtketen treft.

Het Openbaar Ministerie dient bij de toelichting op de vervolgingsbeslissing uit te leggen waarom het er voor kiest geen verdere vervolging in te stellen. Uiteindelijk is de vervolgingsbeslissing het resultaat van een exercitie van prioritering van verschillende (en mogelijk tegenstrijdige) belangen, binnen het kader van beschikbare capaciteit en middelen. De burger mag transparantie van die belangenafweging verlangen. ***Daarbij verdient het aanbeveling de mogelijkheden te verkennen om het bestuurs sanctierecht uit te breiden met als doel verlichting van het werkaanbod binnen de strafsector.*** Het bestuursrecht biedt immers ook een ‘straf’-instrument: de bestuurlijke boete. Delicten hoeven niet per definitie binnen het strafrecht te worden vervolgd.

De aanbeveling om het OM voortaan te laten uitleggen waarom het geen vervolging instelt, vindt zijn grondslag in de kernwaarde van transparantie. De burger moet kunnen weten waar hij zijn vertrouwen op baseert. Dat kan alleen als inzichtelijk is waar de beslissing om tot vervolging over te gaan op is gebaseerd (voortvloeiend uit wettelijke bepalingen waarmee een feit strafbaar is gesteld) én waar de beslissing om niet tot vervolging van een strafbaar feit over te gaan op is gebaseerd.

Daarnaast beveelt de werkgroep aan om de procedure voor beklagzaken te versterken. Onder het vervolgingsmonopolie verstaat de werkgroep dat uitsluitend bij het Openbaar Ministerie de bevoegdheid en verantwoordelijkheid voor vervolging liggen. Echter, het OM is niet de laatste actor in de strafrechtketen; de rechter controleert het Openbaar Ministerie. Beklagzaken, ook wel de Artikel 12-Sv procedure genoemd, zijn vastgelegd in artikel 12 Wetboek van Strafvordering en bieden de mogelijkheid voor de rechtstreeks belanghebbende om zich te beklagen over de beslissing van het OM om geen vervolging in te stellen. Als het Hof meent dat het Openbaar Ministerie in een bepaald parket ten onrechte geen vervolging instelt, krijgt momenteel het OM in hetzelfde parket, dat in een eerder stadium had aangegeven de zaak niet te willen vervolgen, de zaak weer terug. De huidige Artikel 12-Sv procedure kan volgens de auteurs worden versterkt als het Hof, eenmaal beslist hebbende dat vervolging wel moet worden doorgezet, die bewuste zaak naar een ander parket doorverwijst, waarmee de schijn van herhaling van zetten wordt vermeden. Hiernaast bevelen de auteurs aan om het aantal en de capaciteit van aparte Artikel 12-Kamers, waar uitsluitend Artikel 12-Sv procedures worden behandeld, uit te breiden.

De aanpassing van de Artikel 12-Sv procedure, waarmee een zaak naar een ander parket zal worden doorverwezen dan het parket dat eerder had besloten

geen vervolging in te stellen, kan het vertrouwen van de burger versterken, omdat de perceptie bij de burger dat een eerder afgewezen zaak bij hetzelfde parket in tweede instantie geen volwaardige tweede kans krijgt, hiermee in ieder geval wordt vermeden.

De werkgroep meent dat voor bepaalde categorieën delicten een vervolgingsplicht zou moeten worden ingesteld. Dit betreft delicten waarop minimaal 12 jaar gevangenisstraf staat en een aantal zedendelicten. Ook deze aanbeveling is gericht op de versterking van het vertrouwen van de burger in de strafrechtspleging. Het gaat om delicten die de rechtsorde zodanig schokken dat te verwachten is dat het vertrouwen van de burger in de rechterlijke macht geschon- den wordt zodra geen vervolging plaatsvindt. Op de vervolgingsplicht zou alleen bij zwaarwegende gronden van opportuniteit een uitzondering gemaakt mogen worden, bijvoorbeeld als het uitdrukkelijk niet in het belang van het slachtoffer is om verder te vervolgen dan wel als op voorhand evident is dat geen vervolging mogelijk is. Voor deze beperkte groep ‘zware’ delicten ontstaat zo een gemengd model van opportuniteit en legaliteit bij de vervolgingsbeslissing. De werkgroep merkt op dat het nu al gebruikelijk is dat het OM in zaken rond een 12-jaars delict vervolging instelt, ook als die zaak weinig kansrijk lijkt bij de rechter. Dit gebeurt met het oog op het maatschappelijk belang van een dergelijk ernstig misdrijf dat de rechtsorde hevig schokt. De werkgroep verwelkomt deze praktijk, maar zou die ook graag geformaliseerd zien in de vorm van een wettelijke vervolgingsplicht.

Wil het vervolgingsbeleid van het OM geen afbreuk doen aan de legitimiteit van de rechterlijke macht, dan dient het in ieder geval ook geen afbreuk te doen aan het vertrouwen van de burger in de rechterlijke macht en zal het (geheel van) vervolgingsbeslissingen te verklaren moeten zijn uit het wettelijk kader van strafbaarstellingen dat daarvoor in onze democratische rechtsstaat geldt. Een vervolgingsbeleid dat de legitimiteit van de rechterlijke macht behoudt en versterkt is erop gericht het vervolgingsmonopolie van het OM te beschermen. Het formele strafproces dient eigenrichting onder burgers uit te sluiten. Het vervolgingsmonopolie van het OM en het vervolgingsbeleid als geheel dragen bij aan de legitimiteit van de rechterlijke macht als het OM er in slaagt zijn maatschappelijke functie, het voorkomen van eigenrichting, te vervullen.

7. Hervormingen bij de Hoge Raad

7.1 Bevindingen van de werkgroep

De werkgroep ziet voor de civiele kamer van de Hoge Raad in de eerste plaats een rol weggelegd om de eenheid en de juistheid van het Nederlandse recht te waarborgen. Anders dan voor de lagere rechtscolleges geldt, staat bij de Hoge Raad niet de individuele rechtvaardigheid in een civiele zaak centraal. In principe is het gerechtshof, en niet de Hoge Raad, de laatste rechterlijke instantie voor een civiele rechtszaak.

Aanleiding voor de wetwijziging die het sinds kort mogelijk maakt om via artikel 80a Wet op de rechterlijke organisatie aan de poort van de Hoge Raad een vorm van selectie toe te passen, is mede geweest het gegeven dat veel zaken bij voorbaat kennelijk al niet voor cassatie in aanmerking komen. Het gegeven dat toegang tot een theoretische derde rechterlijke instantie in beginsel open staat, werkt vermoedelijk in de hand dat cassatieberoep in veel gevallen wordt aangetekend, terwijl welbeschouwd de zaak is afgerond en geen relevantie vragen voor de eenheid en juistheid van het Nederlandse recht meer open staan.

Recht is discussie. 'Juridische kennis is betwistbaar omdat bestaande normen op normatief verschillende wijzen uitgewerkt kunnen worden. [...] Als daar iets uit volgt dan dit: recht is een discursieve aangelegenheid.'¹ De werkgroep vermoedt dan ook dat, zou binnen het Nederlandse rechtstelsel na de Hoge Raad nog een instantie bestaan waar beroep kan worden aangetekend tegen de cassatie-uitspraak, bij die instantie de uitspraken van de Hoge Raad ook weer onderuit gehaald zouden worden. Kortom, rechtspraak houdt nooit op, tenzij bij de instantie met de laatste zeggingskracht. De duidelijkheid van het recht en de rechtspraak is erbij gebaat als wordt herbevestigd dat het gerechtshof de laatste rechterlijke instantie voor een rechtszaak is en dat de Hoge Raad slechts openstaat voor rechtsvragen met een bijzondere relevantie voor de normstellende rol van de Hoge Raad.

Met artikel 80a Wet op de rechterlijke organisatie is een ontwikkeling in gang gezet naar selectie aan de poort van de Hoge Raad. Deze ontwikkeling is niet beperkt tot de civiele kamer van de Hoge Raad. Waar het de toegang tot de Hoge Raad betreft, meent de werkgroep wel een onderscheid te moeten maken tussen strafzaken en civiele zaken. In de sector straf gaat het meer dan binnen het civiel recht bij de Hoge Raad wel degelijk ook om gerechtigheid in individuele zaken. De Hoge Raad vervult hier de functie van bescherming van fundamentele rechten van de burger ten opzichte van de overheid, die hem vervolgt. De beweging richting een verkapt verlostelsel voor strafzaken bij de Hoge Raad die met het nieuwe artikel 80a Wet op de rechterlijke organisatie is ingezet, bereikt wat de werkgroep betreft haar grens bij de bescherming van individuele grondrechten en funda-

¹ A. Soeteman, *Rechtsgeleerde waarheid*, Afscheidsrede Vrije Universiteit Amsterdam, Amsterdam, 19 juni 2009, p. 13.

mentele vrijheden die de verdachte tegen de macht van de overheid beschermen. Het uitblijven van cassatie mag er niet toe leiden dat deze rechten en vrijheden in gevaar komen. Terughoudendheid met selectie aan de poort voor strafzaken is daarom geboden.

7.2 Aanbevelingen

Selectie aan de poort voor civiele zaken mag wat de werkgroep betreft verder worden uitgebreid. Een positief selectiestelsel voor de civiele kamer biedt ruimte aan de Hoge Raad om zich alleen nog over de meest relevante rechtsvragen te buigen; dat wil zeggen de rechtsvragen die het meest relevant zijn met het oog op de rechtsvormende en rechtsbeschermende functie van de Hoge Raad. ***De werkgroep doet daarom de aanbeveling om, uitsluitend voor de civiele kamer, een positief selectiestelsel voor zaaksbehandeling door de Hoge Raad in te voeren.*** De criteria voor behandeling door de Hoge Raad kunnen worden geïnspireerd op de gang van zaken bij het Amerikaanse *Supreme Court*. Het verzoek tot behandeling in cassatie wordt daar (na voorbereiding door de *law clerks*) door alle raadsheren beoordeeld. Voor besluitvorming om al dan niet te behandelen geldt een minder hoge drempel dan het reguliere meerderheidsvereiste: willen 4 raadsheren de zaak behandelen, dan is dat voldoende (in plaats van de 5 rechters als normale minimale meerderheidsvereiste). Een zaak wordt alleen toegelaten als daarvoor *compelling reasons* zijn. Dat kan betekenen dat er verdeeldheid is onder de appelrechters (de gerechtshoven), of dat lagere rechters onderling afwijkend oordelen.

Het beperken van de toegang tot de civiele kamer van Hoge Raad heeft als doel het bevorderen van de kwaliteit van de cassatierechtspraak. De selectie aan de poort kan worden verdedigd met de overweging dat de (beperkte) tijd en middelen voor de Hoge Raad zo ingezet dienen te worden dat zijn functie voor de rechtsontwikkeling, waarmee de Hoge Raad zich onderscheidt van lagere rechtscolleges, ten volle tot uitdrukking kan komen. Selectie van civiele zaken voor de Hoge Raad kan daarom een bijdrage leveren aan de kwaliteit van de rechtspleging en is gericht op de versterking van de legaliteit (rechtsontwikkeling) en het vertrouwen (maatschappelijk gevoelige zaken krijgen de aandacht die ze verdienen).

Een political question doctrine binnen het positieve selectiestelsel voor de civiele kamer zou volgens de werkgroep goed aansluiten bij de rol van de Hoge Raad als waarborg voor de eenheid en juistheid van het Nederlandse recht.

Een Hoge Raad die zich beperkt tot een klein aantal zaken waarin een belangrijke civiele rechtsvraag centraal staat, verhoudt zich goed tot een Hoge Raad die tevens grote terughoudendheid betracht in het behandelen van zaken waarin een vraag centraal staat met een sterke politieke geladenheid. Dergelijke vragen kunnen beter in de politieke arena beantwoord worden. Het maatschappelijk debat wordt immers allereerst gevoerd in de Tweede Kamer door politici, die in tegenstelling tot rechters volledige verantwoording moeten afleggen over de inhoud van hun beslissingen en die daarop kunnen worden afgerekend door de burger. Voor een uitgebreide toelichting op het soort zaken en rechtsvragen dat wat de werkgroep

betreft vanwege de *political question doctrine* beter niet door de Hoge Raad behandeld kan worden, verwijst de werkgroep naar het beschrijvende deel van dit rapport.

Mocht het niet zover komen dat een positief selectiestelsel wordt ingevoerd, dan volstaat de werkgroep met instemming met de ontwikkeling die nu is waar te nemen richting selectie aan de poort, met dien verstande dat terughoudendheid moet worden betracht bij selectie van strafzaken.

Voor zover de Hoge Raad ook nu al, zonder een *political question doctrine* na te leven, voorzichtig is om zich op politiek terrein te begeven, juicht de werkgroep deze praktijk toe. De werkgroep stelt voor om, wanneer haar aanbeveling voor een positief selectiestelsel bij de Hoge Raad niet wordt overgenomen, het selectiemechanisme voor zaaksbehandeling door de Hoge Raad dat nu reeds wettelijk bestaat, uit te breiden met een bepaling die het toestaat een zaak niet tot het cassatieberoep toe te laten op grond van de rechtspolitieke keuzes die van de Hoge Raad gevegd zouden worden, voor zover dit niet in strijd is met artikel 13 Wet Algemene Bepalingen, bepalende: 'De regter die weigert regt te spreken, onder voorwendsel van het stilzwijgen, de duisterheid of de onvolledigheid der wet, kan uit hoofde van regtsweigerings vervolgd worden.' Indien nodig is aanpassing van dit artikel gewenst.

Tot slot is de werkgroep voorstander van de mogelijkheid voor raadsheren in de Hoge Raad om hun afwijkende meningen na het rechterlijk oordeel schriftelijk toe te lichten, als zij daar zelf het maatschappelijk nut en de toegevoegde waarde van inzien. ***De werkgroep zou het toejuichen als raadsheren in de Hoge Raad van de mogelijkheid van het schrijven van dissenting opinions gebruik maken, waarmee zij het principe zouden huldigen dat de rechterlijke macht een derde staatsmacht is die ertoe doet in maatschappelijke kwesties waarin de meningen sterk verdeeld zijn.*** Wettelijk staat individuele rechters niets in de weg dit te doen. Noch het meerderheidsprincipe in de raadkamer, noch het geheim van de raadkamer zou ermee worden aangetast. De *dissenting opinion* wordt immers geschreven nadat het oordeel in cassatie al is geveld en het wordt geschreven zonder een verbatim verslag te zijn van wat in de raadkamer is gezegd.

Dissenting opinions zullen naar verwachting alleen worden geschreven in zaken waarover veel maatschappelijk debat bestaat. Het is volgens de werkgroep daarom onterecht er voor te vrezen dat het publiceren van afwijkende meningen het oordeel van de rechter zou reduceren tot 'ook maar een mening'. Wanneer een rechter zijn zienswijze opschrijft nadat de rechterlijke uitspraak is gedaan, dient dat juist als tegemoetkoming aan burgers die anders over een zaak denken waar de meningen diep over zijn verdeeld. Hierin huist een groot voordeel met betrekking tot het versterken van het vertrouwen van burgers in de rechtspraak. Zoals Arend Soeteman bij zijn afscheidsrede stelde: 'Feit blijft dat, zoals ook iedereen weet, zodra het spannend wordt de meest capabele juristen van mening kunnen verschillen. [...] We zouden niet de meningsverschillen moeten verstoppen in de raadkamer en dan de illusie koesteren dat de justitiabelen denken dat ze er niet zijn. [...] Ik waag

de veronderstelling dat het het gezag van de rechtspraak juist ten goede komt wanneer partijen en andere geïnteresseerden niet met weinig zeggende formuleringen naar huis worden gestuurd, maar wanneer zij in voorkomende gevallen kunnen lezen dat sommige raadsheren het met hen eens waren [...].²

De werkgroep vreest geen extra werkdruk als gevolg van de publicatie van *dissenting opinions*. Raadsheren zullen niet verplicht worden hun afwijkende mening te publiceren en kiezen dus zelf of zij van die mogelijkheid gebruik maken. De werkgroep merkt op dat het advies van de Advocaat-Generaal ook nu al gezien kan worden als *dissenting opinion*, met het verschil dat het advies wordt gepubliceerd voorafgaand aan de beslissing van de Hoge Raad en niet wordt geschreven door iemand die ook daadwerkelijk meebeslist in de raadkamer.

Het uitbrengen van *dissenting opinions* doet ook recht aan de functie van de Hoge Raad in de rechtsontwikkeling. Raadsheren die hun afwijkende zienswijze op een afgeronde zaak openbaar maken doen recht aan het belang van de zaak voor een maatschappelijke kwestie die de samenleving bezighoudt. *Dissenting opinions* passen bij de kernwaarde dat de rechterlijke macht verankerd is in het culturele en politieke realiteitsbeeld en transparantie in het rechterlijk denken nastreeft. De verwezenlijking van deze kernwaarden middels het uitbrengen van *dissenting opinions* kan zo bijdragen aan het vertrouwen van de burger in de rechterlijke macht.

² A. Soeteman, *Rechtsgeleerde waarheid*, Afscheidsrede Vrije Universiteit Amsterdam, Amsterdam, 19 juni 2009, p. 23.

8. Omgang met internationaal recht

8.1 Bevindingen van de werkgroep

Artikelen 93 en 94 van de Grondwet, die de doorwerking regelen van het internationaal recht in het nationaal recht, zijn een nuttig instrument om de Nederlandse rechtsorde aan te passen aan het internationaal recht waaraan het is gebonden. Echter, de rechter kan doorschieten in het gebruik van deze artikelen, zoals de uitspraak van de Hoge Raad in de SGP-zaak laat zien. Een assertief gebruik van deze artikelen zet het evenwicht van machten tussen wetgever en rechter onder druk; de rechter geeft een betekenis aan de bepalingen waar dat een taak is die bij de wetgever thuishoort. De rechter zet daarmee het vertrouwen van de burger in de rechterlijke macht op het spel.

Met de omstreden jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt het vertrouwen van de burger in het EHRM eveneens op de proef gesteld. Wanneer die jurisprudentie wordt geïncorporeerd in de Nederlandse rechtsorde dreigt erosie van het gezag van de rechterlijke macht.

Artikelen 93 en 94 Grondwet geven de Nederlandse rechter in feite een bijzondere macht die, wanneer niet terughoudend met deze macht wordt omgegaan, een ondermijnend effect kan hebben op het gezag van de Nederlandse rechter. Met deze artikelen wordt een factor van onzekerheid over het nationale recht in het Nederlandse rechtssysteem ingebracht die de positie van de rechter ten opzichte van de wetgever kan troebelen en daarmee het vertrouwen van de burger kan schaden.

Het VVD Tweede Kamerlid Joost Taverne heeft een initiatiefvoorstel tot wijziging van de Grondwet ingediend. Dat voorstel beoogt veranderingen aan te brengen in de doorwerking en voorrang van een ieder verbindende bepalingen van verdragen van volkenrechtelijke organisaties op grond van de artikelen 93 en 94 Grondwet. Het is niet vanzelfsprekend dat het initiatief in tweede lezing in beide huizen van het parlement de vereiste tweederde meerderheid zal halen. Maar het geeft wel een krachtig signaal af in de richting van de Nederlandse rechter om meer prudentie te betrachten bij de toepassing van internationaal recht. Het initiatiefvoorstel kan worden opgevat als een aansporing aan de rechter om de draad van terughoudendheid en zorgvuldigheid, die de rechterlijke praktijk aanvankelijk kenmerkte, weer op te pakken.

De Nederlandse regering heeft kritische signalen over het functioneren van het EHRM goed opgepakt en deze helpen vertalen in de *Brighton Declaration* waarin de regeringen van de partijstaten een aantal voorwaarden hebben gesteld aan het optreden van het Hof. Het is van belang dat Nederland de vinger aan de pols blijft houden via het Comité van Ministers.

Het Comité heeft in de afgelopen decennia via resoluties en aanbevelingen al een rol gespeeld bij het verduidelijken en aanvullen van de normen die in het EVRM zijn neergelegd. Terecht heeft het Hof meermalen naar dit soort documen-

ten verwezen. Het Comité kan op deze weg voortgaan door richtinggevende uitspraken te gaan doen over de betekenis van het EVRM. Op grond van artikel 31, lid 3 a en b van het Weens Verdragenrecht kunnen dergelijke uitspraken namelijk worden aangemerkt als *'subsequent agreement'* of *'subsequent practice'* waarmee bij de uitlegging rekening moet worden gehouden.

Ook de Hoge Raad lijkt de laatste tijd bereid om meer weerwerk te bieden aan het EHRM. Dat blijkt uit de opmerkingen die President Corstens van de Hoge Raad maakte op 15 februari 2013 tijdens een hoorzitting van de Eerste Kamer over de toekomst van het EHRM. Bij die gelegenheid maakte hij duidelijk dat de relatie tussen het EHRM en de nationale rechter op grond van het subsidia-riteitsbeginsel geen eenzijdige is. De nationale rechter moet de rechtspraak van het EHRM loyaal maar niet slaafs volgen. De wijze waarop de nationale rechter uitvoering geeft aan de uitspraken van het EHRM wordt als het ware onderdeel van een dialoog tussen beide instanties.

Volgens Corstens kan de nationale rechter zelfs afwijken van de lijn om het EHRM op andere gedachten te brengen. Met deze benadering verschaft de Hoge Raad zich de mogelijkheid om de scherpe kantjes van de Straatsburgse jurisprudentie af te halen en zelfs te proberen om het EHRM op andere gedachten te brengen.

8.2 Aanbevelingen

De werkgroep beveelt aan dat de rechterlijke macht prudent en terughoudend omgaat met de artikelen 93 en 94 Grondwet. Zij onderschrijft het signaal dat Tweede Kamerlid Joost Taverne afgeeft met het initiatiefwetsvoorstel tot wijziging van de Grondwet. Deze artikelen mogen geen aanleiding tot rechterlijk activisme vormen en dienen te worden toegepast met respect voor het evenwicht van machten. De artikelen 93 en 94 Grondwet zijn een nuttig instrument om de Nederlandse rechtsorde aan te passen aan het internationaal recht waaraan het is gebonden. Echter, de rechter kan doorschieten in het gebruik van deze artikelen. Een te assertief gebruik van deze artikelen zet het evenwicht van machten tussen wetgever en rechter onder druk; de rechter geeft een betekenis aan de bepalingen waar dat een taak is die bij de wetgever thuishoort. De rechter zet daarmee het vertrouwen van de burger in de rechterlijke macht op het spel. Terughoudendheid bij de toepassing van de artikelen 93 en 94 moet worden gezien als een bescherming van het gezag van de rechter.

Het Comité van Ministers van de Raad van Europa dient richtinggevende uitspraken te gaan doen over de betekenis van het EVRM. Volgens het verdragenrecht heeft zulke latere overeenstemming tussen de partijstaten over de inhoud van het Verdrag dezelfde status als een amendement. Zulke uitspraken zullen voor het Hof dan ook uitgangspunt dienen te zijn bij de uitleg van het EVRM. Waar vragen rijzen over de betekenis van bepalingen van het EVRM is het met het oog op de taken van en het evenwicht tussen wetgever en rechter vanzelfsprekend dat te rade wordt gegaan bij het Comité van Ministers. De richtlijnen voor toepassing

van verdragsbepalingen zijn democratisch gelegitimeerd en bieden daarmee eveneens bescherming van het gezag van de rechter die zich in zijn uitspraken baseert op deze richtlijnen.

De werkgroep stimuleert een rechterlijke dialoog tussen de Hoge Raad en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over de wijze waarop de nationale rechter uitvoering geeft aan de uitspraken van het EHRM. Een dialoogbenadering over de wijze waarop de nationale rechter uitvoering geeft aan de uitspraken van het EHRM kan de legitimiteit van de rechterlijke macht beschermen. Omstreden arresten van het Hof kunnen niet alleen op politieke weerstand stuiten, maar ook het vertrouwen van de burger op het spel zetten. Door in dialoog te treden met het Hof geeft de Hoge Raad als hoogste Nederlandse rechtscollege uitdrukking aan zijn rol om de eenheid en de juistheid van het Nederlandse recht te waarborgen, met inbegrip van de hier geldende internationale verdragen.

9. Culturele pluriformiteit binnen de rechterlijke macht

9.1 Bevindingen van de werkgroep

De werkgroep meent dat het van belang is dat de rechterlijke macht een afspiegeling is van de waarden en (rechts)normen zoals die leven binnen de samenleving waarin wordt rechtgesproken. Het gaat bijvoorbeeld om de mate waarin de ideeën van rechters over de strafbaarheid en de strafmaat van bepaalde delicten overeenkomen met de ideeën hierover binnen de samenleving (en, als afgeleide hiervan, de wetgeving). De rechtspraak dient een afspiegeling te zijn van deze rechtsnormen, binnen het kader van de democratische rechtsstaat: de rechterlijke macht is een onafhankelijke macht, maar er is wel samenhang tussen de staatsmachten die op elkaar inwerken en elkaar in evenwicht houden. Het is te verwachten dat het vertrouwen van burgers in de rechterlijke macht afzwakt op het moment dat burgers zich in het geheel niet meer herkennen in de manier waarop de rechter de schuld- en strafvraag beantwoordt. Dit vertrouwen staat niet op het spel bij een enkele rechterlijke uitspraak die tot maatschappelijke verontwaardiging leidt. Zou dit echter structureel het geval zijn, dan ontstaat een legitimiteitsprobleem.

Voorkomen moet worden dat de rechterlijke macht bepaalde signalen die bijvoorbeeld met gedrag of houding van verdachte in de rechtszaal te maken hebben verkeerd worden opvat door een gebrek aan culturele sensitiviteit. Van de magistratuur mag verlangd worden dat hij over een zekere mate van kennis beschikt van de minderheidscultuur waarmee hij in een zaak te maken heeft. Dit betekent niet dat de rechter anders moet oordelen dan in een gelijksoortige zaak waarin een minderheidscultuur geen enkele rol speelt. De culturele achtergrond van een verdachte mag geen grond zijn voor strafverlichting, maar evenmin voor strafverzwaring. Het rechterlijk oordeel zou niet anders mogen uitvallen dan in soortgelijke zaken waar de verdachte een Nederlandse achtergrond heeft. Voor de behandeling van een zaak in een cultureel pluriforme samenleving als de Nederlandse lijkt het de werkgroep wel noodzakelijk dat de rechter kennis heeft van bepaalde minderheidenculturen en in staat is uitingen van die cultuur in de rechtszaak in de juiste context te plaatsen.

De werkgroep beveelt aan dat kennis van minderheden op peil wordt gehouden door middel van onderwijs, zowel in de rechtersopleiding als in bijscholingscursussen. De werkgroep neemt aan dat de rechterlijke macht beseft dat zij geen afspiegeling van de minderheidenculturen in Nederland, benadrukt het belang van dit besef en acht het belangrijk dat de kennis over minderheidsculturen op peil blijft. Het belang hiervan wordt ingegeven door het feit dat een rechterlijke uitspraak niet alleen een oordeel met autoriteit en rechtsgevolg omvat, maar juist ook moet 'landen' in de samenleving. Binnen het opleidingsinstituut SSR is al enige aandacht voor minderheidsculturen in de zin dat er een opleidingsaanbod bestaat

op het gebied van rechtsculturen en diversiteit, zoals Marrokkanen en Turken in de rechtspleging, Antillianen, Arubanen en Surinamers in de rechtspleging en een vergelijking van Nederlandse en islamitische rechtsculturen. Daarnaast is binnen de opleiding en selectie tot de magistratuur aandacht voor empathie en inlevingsvermogen. De werkgroep moedigt deze praktijk aan.

Voorts meent de werkgroep dat het wenselijk is dat men binnen de rechterlijke macht notie heeft van de manier waarop het politieke bedrijf werkt. De politiek eenzijdige samenstelling van de rechterlijke macht acht de werkgroep ongewenst. De rechterlijke macht is weliswaar onafhankelijk van de politieke wetgever en bestuurder, toch werken deze machten niet los van elkaar. Een ontwikkeld politiek bewustzijn hoeft de onafhankelijkheid van de rechter niet aan te tasten, maar draagt wel bij aan de gevoeligheid voor ontwikkelingen rondom waarden en rechtsnormen zoals die binnen de samenleving worden beleefd.

Het is nastrevenswaardig dat de rechterlijke macht als één van de staatsmachten zowel de culturele als de politieke pluriformiteit van de Nederlandse samenleving reflecteert. Het gaat dan om een afspiegeling van waarden, niet van personen. Aan Friedrich Hayek ontleent de werkgroep een liberaal argument tegen het voeren van beleid dat erop gericht is de toegang tot de rechterlijke macht voor een specifieke groep (op grond van bijvoorbeeld afkomst) te bevorderen als dat ten koste gaat van de vrijheid van andere aspirant-magistraten. De werkgroep vermoedt dat de spontane orde waarin de rechterlijke macht is geëvolueerd het één en ander over deze organisatie en het beroep van rechter vertelt waar we niet aan voorbij kunnen gaan. Natuurlijk is de rechterlijke macht samengesteld uit een select gezelschap van de samenleving. Dat selectieve aspect van de rechterlijke macht is voor een groot deel inherent aan de eisen die aan de vakbeoefenaars worden gesteld. Het vak van magistraat vereist naast analytische vaardigheden bijvoorbeeld ook bijzonder goede beheersing van de Nederlandse taal: het instrument waarmee juristen werken. Het zou geen verbazing moeten wekken dat studenten van niet-westerse afkomst daarop stranden bij de selectie. Aan die eis kan met het oog op de kwaliteit van het magistratenvak niet voorbij worden gegaan. Daarnaast kan, afhankelijk van het beleidsinstrument dat wordt gebruikt, de bevordering van een bepaalde groep personen betekenen dat anderen, die in gelijke mate geschikt zijn, benadeeld worden. Dit levert een principieel bezwaar op tegen (quota)beleid gericht op het kunstmatig construeren van de personele samenstelling van de rechterlijke macht. De basis voor een liberale cultuur is in ieder geval niet bewuste planning, maar evolutie of geleidelijke verandering, zoals Hayek liet zien.

De werkgroep is niettemin van mening dat de vraag naar de oorzaak van de ondervertegenwoordiging van rechters met een niet-westerse achtergrond een prangende vraag is. Het gaat erom dat ons collectieve rechtsbewustzijn in de rechterlijke macht gereflecteerd moet zijn. Dat rechtsbewustzijn is door de komst van anderen (niet-westerse burgers) veranderd of verruimd. De ambitie om tot de magistratuur toe te treden blijkt niet minder te zijn onder personen van minderheidsafkomst. Daarnaast kunnen (onbewust) factoren en gewoontes een rol

spelen die niets te maken hebben met de kwaliteit van de kandidaat, maar die wel een onnodig grote belemmering vormen voor niet-westerse allochtonen om toe te treden tot de rechterlijke macht. Wellicht geldt dit ook voor juristen die openlijk voor hun politieke voorkeur uitkomen. Te denken valt aan een bepaalde omgangscultuur onderling tussen collega's of een (onbewuste) (en onterechte) vrees bij de selectiecommissie dat met het aannemen van een allochtone kandidaat ook de minderheidscultuur in de rechterlijke macht doorsijpelt. Hoewel de werkgroep geen aanwijzingen heeft dat van discriminatie bij de toegang (opleiding) tot de rechterlijke macht sprake is, geven de cijfers over de duidelijke ondervertegenwoordiging van allochtonen met een minderheidsachtergrond wel te denken. Hayek wees erop dat evoluties van culturele regels, oftewel culturele veranderingen, zeker niet moeten worden gepland of worden ontworpen door hoger hand. Maar ze zouden ook niet moeten worden belemmerd door rechtsstatelijke instituties. Die instituties dienen dergelijke culturele veranderingen te accommoderen zonder de grenzen van de liberale rechtsstaat door middel van bijvoorbeeld quota-beleid te overschrijden.

9.2 Aanbevelingen

Tot op heden zijn onvoldoende initiatieven ontplooid om er achter te komen waarom juristen van niet-westerse afkomst zo moeizaam een plaats veroveren binnen de rechterlijke macht. Mogelijke oorzaken van de ondervertegenwoordiging, zoals het uitsluitende effect van de sociale normen van een witte, hoge middenklasse, worden opgeworpen als suggesties, maar wetenschappelijk bewijs ontbreekt. Bij gebrek hieraan zou men kunnen gaan twijfelen aan de zuiverheid van de procedures waarlangs selectie voor de rechterlijke macht plaatsvindt. Het vertrouwen in de rechterlijke macht en de bereidheid om het gezag te erkennen, kan hiermee op het spel komen te staan.

Daarom beveelt de werkgroep aan dat een gedegen onderzoek wordt opgezet naar de oorzaak van de ondervertegenwoordiging van magistraten met een niet-westerse afkomst. Hierbij dienen met name ook magistraten en aspirant-magistraten met een niet-westerse afkomst te worden betrokken. Mochten uit dit onderzoek specifieke belemmeringen naar voren, dan kan worden bekeken of deze belemmeringen kunnen worden weggenomen, voor zover de kwaliteit van de rechtspraak niet in het geding komt en de vrijheid van andere (aspirant-)magistraten niet wordt ingeperkt. De uitkomst van het onderzoek dat de werkgroep aanbeveelt kan ook worden gebruikt bij de selectieprocedure voor de opleiding tot rechter of officier van justitie, waar inzicht in mogelijk belemmerende factoren bij de toetreding tot de rechterlijke macht gewenst is.

De werkgroep beveelt daarnaast aan een cursus in het curriculum van de rechtenstudie op te nemen waarin de vraag centraal staat welke kennis naast de vanzelfsprekende juridische kennis van belang is voor de kansen op toegang tot de rechtersopleiding.

Het streven naar een rechterlijke macht die een afspiegeling is van de waarden

en rechtsnormen van een cultureel pluriform Nederland en die bovendien sensitief is voor de culturele verschillen in de Nederlandse samenleving, slaat terug op de kernwaarde dat de rechterlijke macht verankerd dient te zijn in de culturele en politieke realiteit van de samenleving. Om vertrouwen in de rechterlijke macht te kunnen hebben, dienen burgers zich hierin te herkennen. Het gaat om 'diffuus vertrouwen', een algehele houding van de burger ten opzichte van de rechterlijke macht die het gezag van de rechterlijke macht erkent, zonder dat hij het van geval tot geval altijd eens moet zijn met het oordeel van de rechter. Voor dat soort vertrouwen is het noodzakelijk dat de burger het idee heeft dat de rechterlijke macht een afspiegeling is van de waarden en (rechts)normen rondom bijvoorbeeld strafwaardigheid.

De resultaten van het onderzoek naar de oorza(a)k(en) van ondervertegenwoordiging van magistraten van niet-westerse afkomst kunnen worden gebruikt om eventueel aan het licht gekomen belemmeringen die niets te maken hebben met de eisen die voortvloeien uit de kernwaarden van de rechterlijke macht, maar haar maatschappelijk functie mogelijk wel in de weg staan, op te heffen. Op die manier kan de legitimiteit van de rechterlijke macht in de ogen van de werkgroep worden versterkt.

Slotwoord: de gerechtelijke organisatie

Als honderden rechters door een handtekening onder het Manifest van Leeuwarden aangeven dat zij ervaren te weinig tijd te hebben om hun werk naar behoren te doen, dan verdient het thema van de rechterlijke organisatie in ieder geval nadere verdieping. Aangezien de argumentatie zich richt op de kwaliteit van de rechtspraak, die al dan niet het geding zou zijn, is dit thema relevant in een studie naar de legitimiteit van de rechterlijke macht. Wil de gerechtelijke organisatie geen afbreuk doen aan de legitimiteit van de rechterlijke macht, dan dient het in ieder geval ook geen afbreuk te doen aan het vertrouwen van de burger. Als magistraten er zelf al blijk van geven dat zij weinig vertrouwen hebben hun werk conform de kernwaarden van de rechterlijke macht uit te kunnen uitvoeren, dan zal men niet verbaasd moeten zijn dat ook de burger zijn vertrouwen zal bevragen.

In een reactie op het manifest stelde de Raad voor de rechtspraak dat deze de zorg van rechters over de productiedruk en budgetten deelt en daarvoor steeds politieke aandacht vraagt. In een democratische rechtsstaat is de rechtspleging indirect van iedere burger. Dit rechtvaardigt een reactie van de werkgroep op de problematiek rondom de gerechtelijke organisatie in relatie tot de legitimiteit van de rechterlijke macht. De werkgroep neemt echter geen positie in over de vraag of de werkdruk binnen de rechterlijke macht al dan niet te hoog is. Vanaf de zijlijn meent de werkgroep daarover de discussie te moeten overlaten aan de magistraten zelf, die het onderling niet eens zijn over de mate waarin de werkdruk een gevaar oplevert voor de kwaliteit van de rechtspraak.

Het staat voor de werkgroep wel vast dat de manier waarop de rechtspraak is georganiseerd direct van invloed is op de kwaliteit van de rechterlijke macht. Daarvan zijn in dit geschrift diverse voorbeelden te vinden. Een uitgebreide vonnismotivering waarin niet alleen het oordeel, maar ook de redenering naar het eindoordeel is opgenomen op een voor een leek begrijpelijke wijze, verdient vanuit het perspectief van de kwaliteit van de rechtspraak de voorkeur boven een 'mager' vonnis dat alleen de uitkomst beschrijft. Uitgebreide vonnismotivering kost de rechter ongetwijfeld meer tijd. De werkgroep heeft met het oog op de versterking van de legitimiteit van de rechtspraak in dit geschrift een voorstel gedaan om een experiment te organiseren met het inbouwen van een extra zittingsfase in een 'zware' strafzaak na beantwoording van de schuldvraag en voorafgaand aan de strafoplegging, zodat het slachtoffer in een ongelimiteerd spreekrecht aan het woord kan komen. Ook dit idee legt een grote druk op de organisatie en de kosten van de rechtspraak. De voorstellen die de werkgroep doet met betrekking tot het verder uitbouwen van herstelgerichte procedures in de strafsector en mediation in het civiel recht en bestuursrecht, kunnen evenwel de gerechtelijke organisatie en de kosten verlichten. Bovendien, zoals bijzonder hoogleraar Organisatie van de rechtspleging en raadsheer in Arnhem Rinus Otte betoogt, tijdigheid van rechtspraak, zonder ellenlange doorlooptijden, is ook een kenmerk van een kwalitatief

hoogstaande rechterlijke macht.

Verdere bezuinigingen op de Hoge Raad kunnen gevaarlijk zijn voor de legitimiteit van de rechtspraak. Het is te verwachten dat met de inkrimping van het hoogste rechtscollege ook de discussie over zaken van rechtsontwikkeling, rechts-eenheid en rechtsbescherming versmalt. In een tijd waarin zoveel te doen is om de werkdruk bij de Hoge Raad, kan het achterwege laten van de ambtshalve cassatie niet los gezien worden van het doel om die werkdruk te verminderen. Advocaat Willem Jebbink schrijft: ‘Onmiskenbaar wenst de Hoge Raad met zijn arrest van 9 oktober 2012 [waarin de Hoge Raad het cassatie-beroep niet-ontvankelijk verklaarde en geen ambtshalve cassatie instelde bij een evident onjuiste veroordeling, red.] te verduidelijken dat het niet bereid is de verdachte tegemoet te komen indien zijn advocaat een klachtpunt over het hoofd ziet.’¹ Zo er sprake is van een ontwikkeling van het achterwege laten van ambtshalve cassatie in strafzaken, is dat een zorgelijke ontwikkeling met het oog op de legitimiteit van de rechterlijke macht en de rechtsbescherming door de Hoge Raad in het bijzonder. Ook uit een advies van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak (NVvR) over het wetsvoorstel tot herijking van de wijze waarop vrijheidsbenemende sancties ten uitvoer worden gelegd, blijkt de spanning tussen bezuinigingen en legitimiteit. Het wetsvoorstel van de hand van staatssecretaris van Veiligheid en Justitie, Fred Teeven (VVD), voorziet in het vervangen van detentie in een gevangeniscel door elektronische detentie met een enkelband voor de gedetineerde, die zijn straf thuis zou moeten uitzitten. Dit voorstel wijkt af van het wettelijk verankerd uitgangspunt dat de straf die de rechter oplegt, ten uitvoer wordt gelegd. ‘Het wetsvoorstel leidt ertoe dat het de minister [...] is die bepaalt of en hoe de elektronische detentie wordt ingezet bij de oplegging door de rechter van een korte vrijheidsbenemende straf.’² Vanuit het beginsel van scheiding der machten moet dit voorstel volgens de NVvR dan ook onwenselijk worden geacht.

De drie hiervoor genoemde voorbeelden illustreren volgens de werkgroep hoe het niet moet: cijfermatigheid en overwegingen van efficiëntie lijken de boven-toon te voeren, waardoor overwegingen van legitimiteit verdrongen worden. Laat de werkdruk en capaciteitsbeperkingen er in ieder geval niet toe leiden dat de rechten van verdachte of het vertrouwen van het publiek worden geschaad. Kwaliteit en beschikbare middelen zijn ook niet onlosmakelijk met elkaar verbonden. Ook met minder middelen kan vaak goede kwaliteit worden geboden.

Ons rechtsbestel kent waarborgen die de rechten van de burger (verdachte) beschermen. Zo kan een vormfout in een strafrechtelijke procedure, zelfs als het om een ernstig delict gaat, leiden tot vrijspraak of een lichtere straf, zij het dat de Hoge Raad de laatste jaren de sanctionering op vormverzuimen als minder

¹ Willem Jebbink, ‘Hoe zuiver is de strafkamer van de Hoge Raad?’, *Nederlands Juristenblad*, 3 mei 2013, alf. 18, pp. 1201-1205, p. 1201.

² Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, NVvR advies herijking wijze van tenuitvoerlegging en elektronische detentie, 13 mei 2013. www.verenigingvoorrechtspraak.nl/uploads.php?action=viewpdf&upload_ID=1818.

absoluut heeft gekwalificeerd en toegepast. Dit waarborgstelsel en de naleving van de procedures in een strafrechtelijke zaak zijn evenzeer belangrijk voor de legitimiteit van de rechterlijke macht. De waarborgen zijn noodzakelijk met het oog op de onevenwichtige verhouding tussen verdachte en Openbaar Ministerie; de burger dient beschermd te worden tegen een te machtige overheid. Maar zodra de verdachte van een ernstig delict moeten worden vrijgesproken als gevolg van vormfouten, kan dit het aanzien van de rechterlijke macht schaden. Op het OM rust daarom de plicht om te voorkomen dat dit gebeurt.

De werkgroep bestrijdt het adagium 'hoe meer geld voor de rechtspraak en hoe meer tijd voor rechters, des te beter de kwaliteit van de rechterlijke macht'. Er hoeft niet automatisch meer geld naar een organisatie om de kwaliteit ervan te verbeteren. Sterker nog, aan een organisatie die met publieke middelen wordt gefinancierd mogen hoge eisen worden gesteld als het gaat om doelmatig en efficiënt gebruik van belastinggeld. Maar: 'hoe minder geld en hoe sneller de procedures, des te beter', ook dat staat ver van de visie van de werkgroep. De werkgroep beveelt aan dat cijfermatigheden en overwegingen van efficiëntie niet het sluitstuk worden van de discussie over de kwaliteit van de rechtspraak. Hoewel alle pilots, vernieuwingen en ideeën vanzelfsprekend worden afgewogen binnen het kader van beschikbare capaciteit en middelen, zouden vragen met betrekking tot de legitimiteit van de rechterlijke macht uiteindelijk meer gewicht in de schaal moeten leggen. Wij menen dat deze studie laat zien dat wie zich een breed perspectief op de rechterlijke macht als geheel aanmeet en zich de vraag stelt hoe de legitimiteit ervan versterkt kan worden, bij zowel kostbare als kostenbesparende ideeën zal uitkomen. Het is aan bestuurders in zowel de politiek als de rechterlijke macht om hiervan de vruchten te plukken. De rechter zal moeten laveren tussen de juridische rationaliteit en de organisatorische rationaliteit, oftewel: tussen de eisen die voortvloeien uit zijn maatschappelijke functie in de democratische rechtsstaat en de beperkingen van gebrekkige tijd en middelen. Deze rationaliteiten kunnen met elkaar op gespannen voet staan, maar dat is niet per definitie het geval.

Deel II – Onderzoek

I. Lekenrechtspraak

I.1 Vormen van lekenrechtspraak

I.1.1 Leken als deskundigen

In dit hoofdstuk bestuderen we op welke manier lekenrechtspraak kan bijdragen aan de legitimiteit van de rechterlijke macht. Daarbij dient hoofdstuk 2 uit deel I van dit geschrift als toetsingskader.

In Nederland zijn geen leken betrokken bij de rechtspraak. Dat wil zeggen, in Nederland bestaat geen vorm van rechtspraak waarin burgers op grond van het enkele feit dat zij Nederlands staatsburger zijn, deelnemen aan de rechtspraak. Hierin vormt Nederland een uitzondering vergeleken met andere democratische rechtsstaten, niet alleen in Europa, maar over de gehele wereld. In democratische rechtsstaten wordt het overwegend een principewestie geacht dat de rechterlijke macht, net als de wetgevende en uitvoerende macht, onder enige vorm van democratische controle valt.

Nederland kent wel rechtspraak waarbij niet-juristen betrokken zijn op grond van het feit dat zij speciale expertise hebben op een vakgebied, zoals in tuchtcolleges of de Ondernemingskamer. De gedachte achter deze vorm van lekenrechtspraak is dat experts nodig zijn om te oordelen over de problematiek die in de rechtszaak centraal staat. Lekenrechtspraak in de zin van betrokkenheid van deskundigen heeft niets te maken met de overweging dat de rechtspraak als één van de drie staatsmachten open moet staan voor een bijdrage uit de samenleving. In dit rapport definieert de werkgroep de leek als de persoon die op grond van zijn burgerschap deelneemt aan de rechtspraak. Over de andere vorm van lekenrechtspraak spreekt de werkgroep zich niet uit.

Naast juryrechtspraak onderscheiden we twee hoofdvormen van lekenrechtspraak: een gemengde raadkamer waarin zowel professionele rechters als lekenrechters zitting hebben en een raadkamer die uitsluitend uit lekenrechters bestaat. In de komende paragrafen worden deze modellen van lekenrechtspraak eerst besproken, alvorens nader wordt ingegaan op de vraag of lekenrechtspraak bij kan dragen aan de versterking van de legitimiteit van de rechterlijke macht.

I.1.2 Jurystelsels

In een rechtssysteem waarin leken worden betrokken bij de rechtspraak is over het algemeen sprake van samenwerking tussen professionele rechters en leken. In het model van juryrechtspraak is de samenwerking tussen de lekenjury en de rechter naar verhouding gering. De jury beslist vaak zelfstandig over de schuldvraag. Zeker na vrijspraak komt de professionele rechter nauwelijks aan de beurt. In veel Europese landen wordt de beslissing over de strafoplegging door de jury samen met de rechter genomen.

In de meeste staten van de Verenigde Staten beslist de jury over de vraag of de verdachte schuldig is aan het ten laste gelegde feit. De jury beslist niet over de

straf, behalve als het een zaak betreft waarin de doodstaf kan worden opgelegd.¹ In de meeste Europese landen is sprake van meer samenwerking tussen professionele rechters en jury dan in de Verenigde Staten. In het Franse *Cour d'Assises* beslissen jury en rechters samen over de schuldvraag. In het Belgische Hof van Assisen, dat oordeelt over de zwaarste misdrijven, beslist de jury zonder de professionele rechters over de schuldvraag. Als de jury de verdachte schuldig acht, bepalen de beroepsmagistraten in samenspraak met de jury de straf.

In België wordt de jury geformeerd door twaalf 'gezworenen' en één of meer plaatsvervangers. Iedere vier jaar stellen gemeenten een lijst van gezworenen op, die bij loting worden aangewezen. Gezworenen voldoen aan een aantal criteria. Zij hebben de Belgische nationaliteit, genieten al hun burgerlijke en politieke rechten (zij zijn bijvoorbeeld niet gedetineerd), zijn tussen 30 en 60 jaar oud, kunnen lezen en schrijven en wonen in de provincie waar het proces plaatsvindt.²

Het jurystelsel in Engeland kent een lange historie en heeft in de loop van de geschiedenis veel landen tot voorbeeld gediend, waaronder de Verenigde Staten en de Franse revolutionairen van 1789. Het jurystelsel werd, zo wordt althans tegenwoordig aangenomen, geïntroduceerd door Willem de Veroveraar, waardoor de jury als een van oorsprong Normandische instelling wordt gezien.³ Het jurystelsel ontwikkelde zich vanuit de gedachte dat waarheidsvinding kan gebeuren door mensen onder ede te stellen in een model waarin twaalf gezworenen bij unanimité moeten beslissen in rechtszaken, inclusief strafzaken. Dit model bestaat nog steeds. Naast waarheidsvinding is een andere gedachte achter juryrechtspraak dat verdachten recht zouden hebben op berechting door hun gelijken.⁴

De jury in Engeland bestaat uit twaalf 'gezworenen'. Een beroepsrechter leidt de zitting. Een jurylid is tussen de 18 en 70 jaar oud en heeft tenminste vijf jaar ononderbroken in Engeland gewoond. Uitgesloten van jurydeelname zijn mensen met een strafblad en mensen met een beroep dat niet samengaat met de functie van jurylid, denk aan advocaat. De juryleden worden willekeurig uit het kiesregister geselecteerd. Toch zijn vrouwen en etnische minderheden ondervertegenwoordigd.⁵ Het *Crown Court* roept de geselecteerden op, waarop een loting volgt die uitmaakt welke twaalf leden op een specifieke strafzaak worden gezet. Voor de partijen bestaat dan een (gelimiteerde) mogelijkheid tot wraking van de jurykandidaten. Ook de rechter kan kandidaten uitsluiten, bijvoorbeeld op grond van ongeletterdheid. Nadat de wrakingsprocedure, die soms weken kan duren, is

¹ M. Malsch, 'Leken en rechtspraak', *Rechtstreeks*, nr 1, 2007.

² http://www.belgium.be/nl/justitie/Organisatie/hoven/hof_van_assisen/.

³ Willem I (1028–1087), ofwel Willem de Veroveraar, was de eerste Normandische Koning van Engeland, van 1066 tot zijn dood. Hij was ook Hertog van Normandië van 1035 tot zijn dood, onder de naam Willem II.

⁴ Th. A. de Roos, *Is invoering van lekenrechtspraak in de Nederlandse strafrechtspleging gewenst?*, Tilburg, 2006, p. 48.

⁵ *Ibidem*, p. 49. Kennelijk levert een willekeurige selectie uit het kiesregister toch niet een representatieve groep juryleden op.

afgerond, wordt de jury beëdigd. De rechter kan tijdens het proces de juryleden wegens wangedrag alsnog uitsluiten.

Het merendeel van de strafzaken wordt behandeld in *Magistrates' Courts*. In de *Magistrates' Courts* komt alleen een jury in beeld als de verdachte niet bekend en de zaak in aanmerking komt om door het *Crown Court* te worden behandeld. Het Engels recht kent drie categorieën strafbare feiten. De *summary offences* worden uitsluitend in de *Magistrates' Courts* behandeld. Ernstige misdrijven, de zaken *indictable only*, komen bij het *Crown Court* terecht. Een tussencategorie strafbare feiten, de zaken *triable either way*, komen in beginsel bij de *Magistrates' Courts* terecht, maar zowel de verdachte als de magistraten kunnen ervoor zorgen dat de zaak naar het *Crown Court* wordt doorgeschoven.

Engeland en Wales kennen een accusatoir model voor strafrechtspleging. De procespartijen zijn hier in de eerste plaats zelf verantwoordelijk voor waarheidsvinding. Dit betekent dat de rechter en jury wat dit betreft een beperkte rol hebben. De rechter is vooral arbiter, of procesbewaker. De jury mag de partijen vragen stellen via een notitie bij de rechter. De jury beslist over de schuldvraag, de rechter over de straftoemeting. Tegen feiten die in eerste aanleg zijn vastgesteld kan geen hoger beroep worden ingediend. Dat kan ook niet tegen vrijspraak. De jury beslist met minimaal een meerderheid van tien tegen twee. Alle bewijsstukken moeten ter zitting worden gepresenteerd; de jury kent de stukken op voorhand dus niet.

I.1.3 Gemengd tribunaal: het Duitse model

In het merendeel van de Duitse staten is in 1849 juryrechtspraak ingevoerd.⁶ De *Nationalversammlung*⁷ in Frankfurt had in 1848 bepaald dat juryrechtspraak tot de grondrechten van het Duitse volk behoorde. Invoering van juryrechtspraak was een speerpunt voor de revolutionairen. Er werd in deze begintijd nog niet gedacht aan andere vormen van lekenrechtspraak, zoals een gemengde raadkamer. Pas in 1877 bepaalde het *Gerichtsverfassungsgesetz* dat in alle staten juryrechtspraak definitief zou worden ingevoerd.

In de tweede helft van de 19^e eeuw ontstond een roep om hervorming naar een gemengd stelsel, waarin professionele rechters en leken (*Schöffen*) samen over strafzaken oordelen. Vanaf 1879 ontstonden in Duitsland daarom de gemengde tribunaal. De jury beoordeelde de ernstige zaken, terwijl minder ernstige overtredingen werden afgedaan door een gemengd hof, bestaande uit één professionele

⁶ In 1798 was juryrechtspraak reeds ingevoerd in de Rijnstaten die destijds door Frankrijk werden overheerst. Th. A. de Roos, *Is invoering van lekenrechtspraak in de Nederlandse strafrechtspleging gewenst?*, Tilburg, 2006, pp. 52-53.

⁷ Tijdens de revolutie van 1848/49 kwam de *Frankfurter Nationalversammlung* bijeen als het eerste Duitse parlement dat in vrije verkiezingen is gekozen. Het had de opdracht de Duitse natiestaat op te richten en daarvoor een constitutie te schrijven. Het parlement werd ook wel Professorenparlement genoemd, omdat de meerderheid van de vertegenwoordigers academici of juristen waren, overigens met liberale overtuigingen.

rechter en twee lekenrechters. Om de werklast van de jury te verlichten werd de jurisdictie van de gemengde hoven vervolgens uitgebreid. In 1924 werd uiteindelijk de jury in het geheel afgeschaft en werden de juryhoven vervangen door gemengde hoven. Daarnaast werd een groter aantal zaken voortaan door een enkelvoudige kamer van één professionele rechter afgedaan. In 1939 werd lekenrechtspraak in Duitsland afgeschaft, met uitzondering van het beruchte *Volksgerichtshof*.⁸ Het gemengd systeem werd na de oorlog weer ingevoerd.

Twee rationalisaties liggen ten grondslag aan de Duitse lekenrechtspraak. In de eerste plaats zou lekenrechtspraak bescherming van het volk bieden tegen een machtige overheid. Lekenrechtspraak wordt gezien als een waarborg voor onafhankelijke rechtspraak. In de tweede plaats wordt lekenrechtspraak gezien als een uiting van het 'rechtsgevoel' of 'rechtsbewustzijn' van het Duitse volk. Het 'volk' wordt hierbij niet alleen begrepen als een optelsom van individuen, maar ook als een 'onafhankelijke entiteit met een eigen wil en (rechts)bewustzijn'.⁹ Dit 19^e-eeuwse concept, door het Nazi-regime misbruikt om de rechten van individuele burgers te beperken, zou nu nog steeds een – weliswaar kleine – rol spelen in de Duitse lekenrechtspraak.¹⁰ De nadruk ligt echter op de eerstgenoemde functie: het garanderen van onafhankelijke rechtspraak.

De lekenkamer bij het *Amtsgericht* (het *Schöffengericht*) bestaat uit één beroepsrechter (de voorzitter) en twee lekenrechters. Bij het *Landgericht* bestaat de kleine strafkamer uit één of twee beroepsrechters en twee lekenrechters. De grote strafkamer kent drie beroepsrechters en twee lekenrechters. De bijzondere strafkamer voor zeer ernstige misdrijven bestaat uit drie beroepsrechters en zes lekenrechters. Bij de rechtspleging van het *Oberlandesgericht* en het *Bundesgerichtshof* zijn geen lekenrechters betrokken. Het vervullen van de rol van lekenrechter is een burgerplicht; alleen in bijzondere gevallen kan men ervan afzien als leek op te treden. Iedere Duitser tussen 25 en 75 jaar oud kan aangewezen worden om als lekenrechter te fungeren. Uitzonderingen gelden als iemand een bepaald beroep heeft dat met de functie van onafhankelijke lekenrechter niet samengaat, zoals advocaat. Eens in de vier jaar wordt een lijst opgesteld aan de hand van de registers van de burgerlijke stand, of met medewerking van maatschappelijke organisaties, zoals kerken, vakbond of een gemeenteraad. Gestreefd wordt naar evenredige vertegenwoordiging van alle bevolkingsgroepen. De definitieve lijst wordt vastgesteld door een speciale commissie onder leiding van een *Amtsrichter*, het lot bepaalt vervolgens wanneer een lekenrechter moet rechtspreken.

Zaken die niet door de enkelvoudige kamer van één beroepsrechter kunnen

⁸ Het *Volksgerichtshof* was in 1934 in Nazi-Duitsland ingesteld als bijzonder gerechtshof voor processen over hoogverraad en landverraad. Het gerecht was berucht omdat de rechters zichtbaar niet onafhankelijk waren. Zij waren door Hitler benoemd.

⁹ De Roos, *Is invoering van lekenrechtspraak in de Nederlandse strafrechtspleging gewenst?*, p. 54.

¹⁰ Ibidem.

worden afgedaan, komen in het *Amtsgericht* voor het lekentribunaal.¹¹ De grote strafkamer van het *Landgericht* behandelt zware misdrijven zoals levensdelicten en zaken waarin straffen vanaf 4 jaar detentie en bijzondere maatregelen worden geëist. De kleine kamer van het *Landgericht* behandelt het vonnis van het *Amtsgericht* in hoger beroep. In uitzonderlijke gevallen (zaken van staatsveiligheid) is het *Oberlandesgericht* het gerecht voor eerste aanleg.

In Duitsland participeren lekenrechters gemiddeld twaalf dagen per jaar in de rechtspraak. Zij nemen beslissingen over schuld en straf en hebben dezelfde rechten en plichten als professionele rechters. Zij kunnen bijvoorbeeld net als beroepsrechters vragen stellen aan de verdachte, getuigen en deskundigen. De voorzitter is een beroepsrechter. Hij leidt het onderzoek tijdens de zitting. De zitting wordt gekenmerkt door 'onmiddellijkheid': de lekenrechters hebben de processtukken vooraf niet gelezen; de beroepsrechters echter wel. Alle stukken worden in beginsel voorgelezen tijdens het proces (het *Mündlichkeitsprinzip*).

Lekenrechters en beroepsrechters beraadslagen gezamenlijk over de schuldvraag en de strafoplegging. Dit gebeurt nadat de voorzitter de lekenrechters heeft geïnstrueerd over het recht en de toepassing van de wet. Een tweederde meerderheid in de gemengde raadkamer is nodig om de verdachte te kunnen veroordelen. Ook wanneer de beroepsrechter overstemd is, is hij degene die de mondelinge en schriftelijke motivering van de uitspraak voor zijn rekening neemt. De wettelijke motiveringseisen zijn in Duitsland vergeleken met andere landen streng. Het bewijs moet volledig consistent zijn en ook de strafmotivering moet voldoen aan relatief strenge eisen.

Beroepsrechters zijn in vergelijking met lekenrechters inhoudelijk beter voorbereid op het proces, omdat zij in tegenstelling tot de lekenrechters de processtukken vooraf inzien. Lekenrechters zouden juist onbevooroordeeld aan het proces moeten beginnen. Vanwege hun kennisachterstand wordt verondersteld dat lekenrechters minder snel geneigd zijn vragen te stellen aan verdachte, getuigen en deskundigen tijdens de zitting.¹² Theo de Roos, hoogleraar Strafrecht en Strafprocesrecht in Tilburg, noemt het een reële kans dat beroepsrechters 'onevenredig veel invloed uitoefenen op de uiteindelijke beslissing.'¹³ De beroepsrechter zou een relatief dominante rol in het Duitse stelsel van lekenrechtspraak hebben. Wel blijven leken over het algemeen tevreden te zijn met hun eigen functioneren.

Kritiek in Duitsland op het lekensysteem richt zich op verschillende aspecten van het stelsel, zoals de dominante rol van de beroepsrechter, maar ook de wettelijke mogelijkheden om de lekenrechtspraak te omzeilen, de selectie van lekenrechters (welke geen afspiegeling van de bevolking zou opleveren), en de praktische bezwaren van het systeem. Bij het laatste punt valt te denken aan de

¹¹ In de enkelvoudige kamer van een *Amtsgericht* komen zaken voor waarin een strafbaar feit centraal staat waarop maximaal twee jaar gevangenisstraf staat.

¹² De Roos, *Is invoering van lekenrechtspraak in de Nederlandse strafrechtspleging gewenst?*, p. 57.

¹³ *Ibidem*.

veronderstelde vertragende werking van lekendeelname aan de rechtsgang. Bij het *Landgericht* komen regelmatig zittingen voor die twee tot vier jaar duren. Om de snelheid in het proces te bevorderen zouden leken beter moeten worden voorbereid op de zitting.

I.1.4 Lekentribunaal: *Magistrates' Courts* in Engeland en Wales

De *Magistrates' Courts* in Engeland en Wales zijn uniek in de wereld. Ze bestaan uitsluitend uit leken die in meerderheid geen salaris ontvangen voor de rechtspleging. Over het algemeen hebben zij eens in de twee weken zitting. De magistraten zijn zorgvuldig geselecteerde *repeat players* en krijgen een opleiding voordat ze als lekenrechter aan de slag gaan. Het zijn dus leken, maar wel getrainde leken. Daarmee wordt op de mate van representatie van 'de gewone burger' uit de samenleving ingeleverd. De lekenrechters worden ondersteund door een griffier die over het algemeen jurist is. Ook worden zij in het begin begeleid door een senior lekenrechter. Lekenrechters hebben een beperkte rol bij de waarheidsvinding. De *Crown Prosecution Service*, het Openbaar Ministerie, legt de zaak voor bij het *Magistrates' Court*. Zowel verdediging als aanklager heeft het recht getuigen en deskundigen in het proces in te brengen, maar daar wordt weinig gebruik van gemaakt. Het gerecht stelt zelf nauwelijks vragen. In tegenstelling tot de jury in Engeland en Wales moeten de lekenrechters zowel over de schuldvraag als over de straf beslissen.

Na voorgaande beknopte schets van enkele voorbeelden van systemen van lekenrechtspraak in Europa volgt in de komende paragrafen een bespreking van de wenselijkheid van lekenrechtspraak in Nederland.

I.2 Discussie over lekenrechtspraak in Nederland

I.2.1 Weerstand tegen lekenrechtspraak

In het eerste decennium van de 21^e eeuw heeft in Nederland een academische en politieke discussie plaatsgevonden over de wenselijkheid van invoering van lekenrechtspraak. Toenmalig minister van Justitie Hirsch Ballin (CDA) besloot in 2007 af te zien van lekenrechtspraak. Minister Hirsch Ballin zag geen principiële bezwaren tegen lekenrechtspraak in Nederland, maar wel praktische. Invoering van een lekensysteem zou een ingrijpende wijziging van het Nederlandse strafprocesrecht betekenen, terwijl de minister geen dwingende noodzaak zag om tot invoering over te gaan. Wel ondersteunde de minister het pleidooi voor 'voortgaande inspanningen om de transparantie, kwaliteit en toegankelijkheid van de rechtspraak te verhogen'. Een voorbeeld van zo'n inspanning is het project PROMIS, zie kader op pagina 79.¹⁴

Theo de Roos concludeerde in een vergelijkend onderzoek uit 2006 dat niet kon worden vastgesteld dat het vertrouwen in de rechtspraak significant zou stijgen als gevolg van invoering van lekenrechtspraak. Het Sociaal en Cultureel Plan-

¹⁴ *Kamerstukken II*, 2006/07, 30 800 VI, nr. 118.

bureau (SCP) kon in een rapport uit 2007 geen trend van afnemend vertrouwen in de rechtspraak constateren.¹⁵ Onderzoeksbureau TNS/NIPO concludeerde in 2006 bovendien dat burgers weinig behoefte hebben aan verregaande betrokkenheid bij de rechtspraak in de vorm van lekenrechtspraak. Er zou wel behoefte bestaan aan participatie in informatieve zin, inhoudende dat de burger een groter inzicht krijgt ‘in het hoe en waarom van het strafproces, de motivering en het vonnis’.¹⁶

Invoering van lekenrechtspraak zou grote organisatorische en financiële gevolgen hebben. Minister Hirsch Ballin verwachtte in 2007 een langere behandeltijd en als gevolg daarvan ook een toename van het aantal benodigde rechters en financiële middelen. Zowel deze praktische nadelen als het ontbreken van hard bewijs dat het vertrouwen in de rechtspraak bij lekenbetrokkenheid groeit, leidde ertoe dat de minister afzag van invoering van een vorm van lekenrechtspraak.

Marc Groenhuijsen, hoogleeraar straf(proces)recht en victimologie, meende dat de aard van het strafrechtstelsel (een juystelsel, een gemengd model of uitsluitend professionele rechtspraak) er niet toe doet wanneer men tracht de legitimiteit van de rechterlijke macht te versterken. Juist de ingrijpende strafzaken, waarin grote belangen voor de verdachte en de samenleving op het spel staan, zorgen voor onrust en beroering, ongeacht het stelsel van rechtspraak in een land. ‘Het maatschappelijk draagvlak van de strafrechtspraak wordt dan nauwelijks bepaald door de aard van de beslissende instantie.’¹⁷ Groenhuijsen zag in gerechtelijke dwalingen (in ingrijpende strafzaken) bovendien een argument om juist geen leken te betrekken bij de rechtspraak. Deze gevallen vragen om nauwkeurige overweging van fouten, hetgeen beter aan beroepsrechters dan aan leken kan worden overgelaten. Bovendien kon niet worden aangenomen dat het aantal gerechtelijke dwalingen afneemt in een gemengd stelsel. Er zijn geen harde cijfers beschikbaar over de vraag of in een lekenstelsel minder gerechtelijke dwalingen voorkomen.¹⁸

Groenhuijsen was dus van mening dat bij zware strafzaken de legitimiteit van de strafrechtspraak niet zou verbeteren indien leken bij de rechtspraak betrokken werden. Ook voor minder zware strafzaken was hij niet overtuigd dat de legitimiteit van de strafrechtspraak versterkt zou worden als leken erbij zouden worden betrokken. Hij wees erop dat leken en beroepsrechters in de raadkamer niet hetzelfde gewicht in de schaal leggen. Professionele rechters kunnen leken sturen vanwege hun voorsprong in juridische kennis en lekenrechters zouden hun oren laten hangen naar beroepsrechters.

Groenhuijsen erkende dat het idee om lekenrechters politierechterzaken over

¹⁵ Het niveau van vertrouwen van de burger in de rechtspraak is ook in 2013 nog steeds hoog in vergelijking met de regering en de Tweede Kamer. Sociaal en Cultureel Planbureau, *Continu Onderzoek Burgerperspectieven*, 2013 | 2, p. 6.

¹⁶ Ibidem, p. 3.

¹⁷ M.S. Groenhuijsen, ‘Jury en andere vormen van lekenrechtspraak. Over onbehagen, legitimiteit, onderbuik en cultuur’, in: *Delikt en Delinkwent*, 2005, afl. 8/59, p. 837.

¹⁸ Ibidem.

te laten nemen, naar het model van de *Magistrates' Courts*, een aantrekkelijk idee kan zijn. Hij betwijfelde echter of deze lichte strafzaken het soort strafzaken is waarover de sociale beroering ontstaat, zoals bedoeld wanneer men meent dat die sociale beroering de aanleiding zou moeten vormen om over de legitimiteit van de rechterlijke macht na te denken. Het zijn nu juist alleen de zware strafzaken waar het brede publiek een oordeel over vormt.

In zowel de academische als de politieke discussie over mogelijke invoering van lekenrechtspraak in Nederland lijken de afgelopen jaren de tegenstanders van lekenrechtspraak de overhand te hebben. Tegenstanders erkennen misschien nog wel dat leken een deel van de werklast van beroepsrechters verlichten, maar daar tegenover worden andere praktische moeilijkheden bij de invoering van lekenrechtspraak opgevoerd, zoals de extra tijd die voor de zitting nodig zou zijn, of het overwicht dat professionele rechters hebben op lekenrechters. Bovenal lijkt men niet overtuigd dat lekenrechtspraak daadwerkelijk het vertrouwen in de rechtspraak zou opschroeven, dan wel dat participatie van leken in de rechtspraak noodzakelijk is om dit vertrouwen te verstevigen. Andere middelen, zoals betere motivering van vonnissen of eenvoudiger taalgebruik in de rechtszaal, zouden beter of evenzeer bijdragen aan het vertrouwen van de burger in de rechtspraak.

I.2.2 Voorstanders van (experimenten met) lekenrechtspraak

De argumenten voor lekenrechtspraak kunnen worden opgedeeld in drie categorieën, namelijk argumenten die voortkomen uit de veronderstelling dat in een democratische rechtsstaat ook de onafhankelijke rechterlijke macht niet ontkomt aan democratische controle, argumenten die voortkomen uit de visie dat rechtvaardigheid niet alleen betrekking heeft op de uitkomst van een rechtszaak, maar ook op de manier waarop het resultaat tot stand is gekomen en tot slot argumenten die betrekking hebben op de kwaliteit van de rechtspraak.

Democratie in de rechtspraak

Tegenover de praktische bezwaren tegen lekenrechtspraak staat een voornaam argument vóór participatie van gewone burgers bij de rechtspraak: het vergroten van het democratische gehalte in één van de drie staatsmachten van onze democratische rechtsstaat. Een projectgroep van de VVD uit 2004 heeft in het rapport *Effectief en Op Maat* voorgesteld om een vorm van lekenrechtspraak in Nederland zorgvuldig en geleidelijk in te voeren. De projectgroep was enthousiast over het Duitse model van een gemengde raadkamer en het Engelse model van de *Magistrates' Courts* die eenvoudige strafzaken afhandelen.¹⁹

In het Duitse gemengde model werkt lekenrechtspraak democratiserend, omdat beroepsrechters die in de raadkamer met lekenrechters discussiëren beter begrijpen welke elementen van het proces bij de burger vragen oproepen. De

¹⁹ Projectgroep Veiligheid en Criminaliteitsbestrijding, *Effectief en Op Maat. Voorstellen voor een fundamentele hervorming van het strafrechtelijk bestel*, Den Haag/Oegstgeest/Rotterdam, 2004, pp. 25-27.

Motivering van strafvonnissen

In de jaren 2004-2005 is PROMIS I van start gegaan bij het gerechtshof Arnhem en enkele rechtbanken. Doel was te komen tot betere motivering van de bewijs- en strafmaatbeslissing. Procesdeelnemers en burgers moesten beter inzicht krijgen in het denkproces van de rechter. De rechter ging uitgebreider in op de motivering van een vrijspraak, op de motivering van de vaststelling dat verdachte 'het heeft gedaan' en op de vraag waarom hij schuldig werd bevonden. Ook de strafoplegging werd beter gemotiveerd. Voor PROMIS I is een model ontwikkeld waaraan bewijsmotivering en strafmaatmotivering moeten voldoen. Conclusie van het project was dat de kwaliteit van de rechtspleging verhoogd kan worden als men werkt volgens het PROMIS I model, maar dat daarvoor wel extra inzet van personeel en middelen nodig zou zijn.

In 2006 is PROMIS II gestart waarin werd onderzocht hoe groot de werklastverzwaring zou zijn als de gehele rechtspraak volgens het model van betere motivering zou gaan werken. Nog voordat PROMIS II was afgerond en geëvalueerd, had het Landelijk Overleg van de Voorzitters van de Strafssectoren echter al besloten om medio 2008 in alle gerechten de PROMIS-werkwijze te hanteren.

Wouter van den Bergh, vice-president van de strafsector van de rechtbank Amsterdam, wees in 2008 in een opiniestuk overigens op een theoretische misvatting omtrent de verbetering van de motivering van strafvonnissen. Wordt een vonnis gewezen door uitsluitend beroepsrechters, dan dienen hoge eisen te worden gesteld aan de motivering. 'Het vonnis is dan immers een product van rechters zonder enige democratische legitimatie.' Dit verandert als een juryoordeel de basis is voor het strafvonnis. De legitimatie van het vonnis ligt dan in het feit dat de burger bij monde van de jury heeft gesproken. Betere motivering van strafvonnissen en lekenrechtspraak dienen de legitimiteit van de rechterlijke macht dus niet op dezelfde manier.

[http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Kwaliteit-van-de-Rechtspraak/Pages/Project-Motiveringsverbetering-in-Strafvonnissen-\(PROMIS\).asp](http://www.rechtspraak.nl/Organisatie/Raad-Voor-De-Rechtspraak/Kwaliteit-van-de-Rechtspraak/Pages/Project-Motiveringsverbetering-in-Strafvonnissen-(PROMIS).asp).
Laatst geraadpleegd 24 september 2013.

Wouter van den Bergh, 'Het woord aan de burger, ook in de rechtszaal', *Socialisme en Democratie*, nummer 1-2, 2008, pp. 38-45, p. 41.

kwaliteit van vonnissen en procedures is hierbij gebaat. Het proces moet op een voor burgers begrijpelijke manier verlopen en lekenrechters moeten een vonnis kunnen ondertekenen dat voor hen toegankelijk en overtuigend is. De kwaliteit van Duitse vonnissen zou in vergelijking met de Nederlandse vonnissen beter zijn. In Nederland wordt een vonnis geschreven met als belangrijk oogmerk dat het in hoger beroep stand houdt. De toegankelijkheid van het vonnis voor de burger heeft minder prioriteit.²⁰

²⁰ Ibidem en P.J.P. Tak, 'Toezicht op de strafrechter', in: *De rechter bewaakt. Over toezicht en rechters*, Deventer, 2003, p. 174.

Wouter van den Bergh, vice-president van de strafsector van de rechtbank Amsterdam, bekritiseerde in 2008 het gebrek aan debat over burgerparticipatie in de rechtspraak. ‘De invloed van de burger op het wetgevingsproces door middel van het referendum en op het lokale bestuur via het rechtstreeks kiezen van de burgemeester zijn onderwerp geweest van verhitte politieke strijd, maar een volwassen openbaar debat over deelname van de burger aan de rechtspraak, de derde pijler van de trias politica, gaat men angstvallig uit de weg.’²¹ Van den Bergh meende dat er, naast alle voor- en nadelen van lekenrechtspraak, één overstijgend argument vóór juryrechtspraak is: verhoging van het democratisch gehalte van de strafrechtspraak. We zouden het aan onze moderne democratische rechtsstaat verplicht zijn een vorm van burgerparticipatie in te voeren.

Marc Groenhuijsen, hoogleraar straf(proces)recht en victomologie aan Tilburg University, schreef in een bundel van de Raad voor de rechtspraak uit 2007: ‘Ik heb de democratisering van de rechtspraak als doel op zichzelf altijd een beetje merkwaardig gevonden. [noot weggelaten, red.] Dat soort gedachtegang wordt toch ook niet gevolgd bij andere hoogprofessionele activiteiten waarbij algemene belangen op het spel staan, zoals het onderwijs, de medische zorg, of – als men het echt in de overheidstaken in de meest strikte zin wil zoeken – bij de defensie van het land.’²² Deze sectoren zijn echter wel degelijk ingebed in een systeem van democratische controle, bijvoorbeeld in de vorm van ministeriële verantwoordelijkheid ten aanzien van het parlement van de betreffende minister, maar ook bijvoorbeeld in medezeggenschapsraden. De rechterlijke macht is een zelfstandige macht binnen de democratische rechtsstaat; een gezagdrager met bovendien een rechtsvormende functie, voornamelijk in de hoge rechtscolleges. Alle machten staan in een democratische rechtsstaat op de een of andere manier open voor inbreng uit de samenleving. De rechterlijke macht, met name de staande magistratuur, vormt daar een opmerkelijke uitzondering op. Over de vorm van inbreng door burgers valt te twisten, maar wie betwist dat de rechtspraak in zijn geheel niet onder democratische controle zou moeten staan, neemt afstand van het fundament van de liberale rechtsstaat, dat zich verzet tegen concentratie van ongecontroleerde staatsmacht. In geen enkele staatsmacht, ook niet in de rechterlijke macht, is democratisering een doel op zichzelf. Los van de vrees voor onderdrukking door de staat, is de ratio achter democratisering dat de kwaliteit van de staatsmacht beter is op het moment dat de stem van ‘de gewone burger’ bij het openbaar bestuur, het wetgevingsproces of rechtspraak betrokken wordt. Gezag werkt immers niet eenzijdig op burgers in; het bestaan van gezag hangt ook af van de vraag of normen aanvaard worden door deze burgers.

Vanuit principieel oogpunt kan men overigens wel vraagtekens zetten bij de waarde van een burgerplicht die strekt tot versterking van de democratie, zoals de stemplicht, de juryplicht of een benoeming tot lekenrechter. Betoogd kan worden

²¹ Van den Bergh, ‘Het woord aan de burger, ook in de rechtszaal’, p. 38.

²² M. Groenhuijsen, ‘Pleidooi voor professionele strafrechtspraak door beroepsrechters’, *Rechtstreeks*, 2007, nr. 1, p. 21.

dat een stem bij parlementaire verkiezingen meer waard is als deze in vrijheid is uitgebracht, dan wanneer burgers, wellicht zonder bewust over hun stem te hebben nagedacht, de gang naar het stemhokje moeten maken. Bij de plicht tot lekenparticipatie in de rechtspraak kan men een vergelijkbaar bezwaar hebben. Het argument dat lekenparticipatie het democratische gehalte van de rechtspraak opschroeft veronderstelt dat burgers verplicht moeten worden tot het deelnemen aan het proces – los van omstandigheden die een uitzondering kunnen vormen. Zodra leken op vrijwillige basis participeren, vormen zij immers geen vertegenwoordiging meer van ‘de burger’, maar selecteert een specifieke groep geïnteresseerden zichzelf uit. De keerzijde van zo’n plicht is dat van het democratische ‘recht’ om bij de strafrechtspraak betrokken te worden, weinig meer overblijft.

Procedurele rechtvaardigheid

Wetten en bevoegdheden van autoriteiten, waarmee de naleving van wetten kan worden afgedwongen, volstaan niet om te bereiken dat alle burgers zich aan de wet houden. Het eigenbelang van burgers wint het vaak van het tegenstrijdige algemeen belang dat de wet beoogt te behartigen. Een eenvoudig voorbeeld is het door rood licht rijden wanneer iemand haast heeft. Men is in de wetenschap daarom aan de slag gegaan met de vraag hoe burgers kunnen worden gemotiveerd om uit zichzelf rechtsnormen na te leven. Onderzoek naar procedurele rechtvaardigheid (*procedural justice*) heeft opgeleverd dat ‘het antwoord op de vraag waarom mensen autoriteiten gehoorzamen en de wet naleven, veel meer te maken heeft met de *procedures* waarlangs beslissingen totstandkomen dan met de uitkomst van die beslissingen’.²³

Factoren van besluitvorming die van invloed zijn op de vraag of een beslissing rechtvaardig wordt geacht zijn bijvoorbeeld de onpartijdigheid, de zorgvuldigheid waarmee de beslissing is genomen, maar ook factoren als beleefdheid en het respect (bejegening) dat de autoriteit uitdraagt voor de persoon die door haar gezag wordt geraakt. Als het gaat om het gezag van de rechterlijke macht zijn dit factoren die bijdragen aan een ‘eerlijk’ proces en aan de perceptie bij betrokkenen dat de genomen rechterlijke beslissing rechtvaardig is. Onheuse bejegening van slachtoffers kan bijvoorbeeld de verhouding tussen slachtoffers en de rechtspleging in zijn geheel schaden, en daarmee uiteindelijk ook de loyaliteit van het individu aan de samenleving.²⁴

De invloed die betrokkenen hebben op de beslissingsprocedure blijkt ook van invloed op de vraag of een beslissingsprocedure en de uitkomst ervan rechtvaardig wordt bevonden. Controle op het proces vinden partijen daarbij belangrijker dan invloed op de uiteindelijke beslissing. Marijke Malsch, onderzoeker bij het Nederlands Studiecentrum Criminaliteit en Rechtshandhaving, heeft laten zien

²³ M. Malsch, ‘De aanvaarding en naleving van rechtsnormen door burgers: participatie, informatieversteviging en bejegening’, in: P.T. de Beer, C.J.M. Schuyt (red), *Bijdragen aan waarden en normen*, Den Haag, 2004, p. 82.

²⁴ *Ibidem*, p. 83.

dat participatie in een proces een factor is die de ervaren rechtvaardigheid van het strafproces en de uitkomst mede bepaalt. Naast participatie blijkt ook informatieverschaffing een factor van invloed op de mate waarin partijen een proces en de uitkomst ervan als rechtvaardig ervaren. Na onderzoek van de Britse *Home Office* kan worden gesteld dat de attitude van burgers ten opzichte van het strafrechtstelsel en hun vertrouwen daarin positief worden beïnvloed als hen feitelijke en eenvoudig te begrijpen informatie over aantallen misdrijven en de straffen wordt verschaft. Ook stellen slachtoffers in een strafproces het op prijs om op de hoogte te worden gehouden van de voortgang van het proces.²⁵

Participatie van burgers in de strafrechtspraak kan kortom bevorderlijk zijn voor de ervaren rechtvaardigheid van de strafrechtspraak. Naarmate burgers meer betrokken zijn bij het proces en (in mindere mate) bij het nemen van de beslissing, blijkt het resultaat van het proces eerder als rechtvaardig te worden ervaren, hetgeen bijdraagt aan de motivatie van burgers om rechtsregels daadwerkelijk na te leven.

Het Nederlandse strafrechtstelsel laat nauwelijks toe dat leken participeren in het proces. Nederlandse rechters worden voor het leven benoemd, invloed van gewone burgers op de benoeming ontbreekt en rechters zijn op enkele uitzonderingen na allemaal juristen. Voor zover leken betrokken zijn bij de rechtspraak betreft het een bijzondere vorm van rechtspleging, namelijk deskundige leken in de pachtkamers, de militaire strafkamers of de penitentiaire kamer van het hof in Arnhem. Rechters-plaatsvervanger kunnen in gewone rechtszaken rechtspreken, maar zijn ook altijd juristen. Marijke Malsch meent dat de gebrekkige mogelijkheden tot participatie van leken in de rechtspraak de afstand tot de rechterlijke macht kan vergroten en de bereidheid om rechterlijke beslissingen en rechtsnormen na te leven kan verkleinen.

De bevindingen van Malsch ten aanzien van participatiemogelijkheden voor de burger in de strafrechtspraak brengen haar tot enkele aanbevelingen. Zij raadt onder meer aan om voldoende gelegenheid te creëren voor procesdeelnemers om tijdens de opsporingsfase, in de fase van de vervolging en tijdens het onderzoek ter terechtzitting hun argumenten naar voren te brengen, vragen te stellen en wensen te uiten. Zij doet daarnaast de aanbeveling om de toepasbaarheid van lekenrechtpraak in het Nederlandse rechtstelsel te onderzoeken.²⁶

Kwaliteit van de rechtspraak

Marijke Malsch heeft in een onderzoek uit 2009 in een vijftal Europese landen, waarbij zowel beroeps- als lekenrechters werden geïnterviewd, laten zien dat de daadwerkelijke inbreng van leken in de rechtspraak op prijs wordt gesteld. Het gegeven dat leken in de raadkamer een ondergeschikte rol aan de beroepsrechters (zouden) hebben, neemt volgens haar niet weg dat lekenparticipatie een meer-

²⁵ Ibidem, p. 93.

²⁶ Ibidem, pp. 89-98.

waarde heeft voor de rechtspraak en rechters zelf ook overwegend positief over de lekenparticipatie oordelen. Lekenrechtspraak wordt gezien als een principekwestie: in een democratie dienen burgers bij de rechtspraak te worden betrokken. Ook kwamen praktische voordelen van lekenrechtspraak in de interviews met beroeps- en lekenrechters naar voren. De rechter wordt scherp gehouden en beslissingen worden minder snel en minder routineus gemaakt. Hoewel invoering van lekenrechtspraak in Nederland niet waarschijnlijk is, daar het een grondige stelselwijziging zou impliceren, meende Malsch wel dat de ervaringen met lekenrechtspraak in andere Europese landen ons aan het denken moeten zetten. In andere landen lijkt men in de rechtspraak gemakkelijker een brug naar de burger te slaan.²⁷

Peter Tak, emeritus hoogleraar Inleiding in de rechtswetenschappen, heeft erop gewezen dat deelname van leken aan het strafproces leidt tot een transparanter proces. De beroepsrechter wordt gedwongen heldere taal te gebruiken. Bovendien is lekendeelname een instrument voor de plausibiliteitscontrole: Duitse vonnissen bieden meer transparantie omtrent de motivering van het strafvonnis en de verantwoording voor de keuze van bewijsmiddelen. Het blijft daarom een legitieme vraag of lekenrechtspraak ingevoerd moet worden ten behoeve van de versterking van de legitimiteit van de strafrechtspraak. Zonder te ontkennen dat hier allerlei haken en ogen aan zitten, zoals gebrek aan juridische kennis of forensische ervaring onder leken, blijven de redenen om aan te nemen dat lekenrechtspraak het maatschappelijk draagvlak voor de rechtspraak kan vergroten overeind staan. Men kan aan lekenrechtspraak denken als middel om de gewenste transparantie en toegankelijkheid van de rechtspraak te bevorderen.²⁸

Participatie van niet-juristen als waarborg tegen gerechtelijke dwalingen?

Het is niet in harde cijfers aantoonbaar dat gerechtelijke dwalingen minder zouden voorkomen in stelsels waar leken bij de strafrechtspraak worden betrokken dan in stelsels van uitsluitend professionele rechters. Niettemin hebben enkele rechtspsychologen in Nederland uitgebreid beargumenteerd waarom het veroordelen van burgers niet uitsluitend een zaak van rechters zou moeten zijn. In het boek *De slapende rechter*, van wijlen Willem Wagenaar, Han Israëls en Peter van Koppen, worden enkele zaken gepresenteerd die op een veroordeling zijn uitgelopen, maar waarin het bewijs in de ogen van deze auteurs te gebrekkig was.

De auteurs maken een onderscheid tussen twee soorten gerechtelijke dwalingen. De eerste soort betreft de veroordeling van een onschuldig persoon, terwijl

²⁷ <http://www.socialevraagstukken.nl/site/2011/09/13/lekenrechtspraak-iets-voor-nederland/>. Het onderzoeksresultaat in de vijf Europese landen waarbij beroeps- en lekenrechters zijn geïnterviewd staat beschreven in: M. Malsch, *Democracy in the courts. Lay participation in European Criminal Systems*, Farnham, 2009. Het gaat om de landen Engeland/Wales, Denemarken, Duitsland, Nederland en België.

²⁸ <http://staging.njb.nl/website/index.php?Module=document&Actie=Open&DocID=5369&DoctypeID=ARTIKEL>.

de veroordeling tot stand is gekomen na de uiterste inspanning van betrokkenen en er geen verwijtbare fouten zijn gemaakt. Hoe men het ook wendt of keert, rechtspraak is mensenwerk. Mensen kunnen fouten maken. Dit soort dwalingen is volgens de auteurs niet te voorkomen.

Een tweede categorie dwalingen betreft onterechte veroordelingen die wel voorkomen hadden kunnen worden. Ze zijn niet noodzakelijkerwijs het resultaat van verwijtbaar handelen binnen de rechterlijke macht, maar steunen in ieder geval op onvoldoende veilige bewijsmiddelen. Het doet er daarbij vanuit rechtsstatelijk opzicht niet toe of de veroordeelde het strafbare feit heeft gepleegd: de wet verbiedt veroordeling als het bewijs er niet is. Iemand is onschuldig tot het tegendeel is bewezen. Dit is een fundamenteel beginsel ter bescherming van burgers tegen een almachtige overheid.

Het centrale probleem dat de auteurs in hun boek aan de kaak stellen, is dat deze tweede categorie dwalingen vanwege het huidige Nederlandse procesmodel niet aan het licht komt. Voor herziening van een zaak is een novum nodig, een nieuw feit dat de rechter niet kende en niet had kunnen kennen toen hij de zaak behandelde. In deze constructie is het onmogelijk om zaken te heropenen waarin de rechter niet scherp genoeg is geweest bij de waarheidsvinding in het rechterlijk feitenonderzoek.

Juridisch denken is volgens de auteurs niet bijzonder geschikt voor feitenonderzoek in een strafzaak. Dit wordt duidelijk in een beperkte groep complexe zaken. Het juridische redeneren in deze zaken bevordert juist het maken van rechterlijke fouten. Dat dit vermoedelijk slechts om een kleine groep zaken gaat, zou volgens de auteurs geen argument kunnen zijn om de kritiek te negeren. Het gaat immers om een structureel probleem.

Een voorbeeld van een aspect van juridisch redeneren waar het fout gaat, is het zogeheten 'strepfen': het 'wegstrepfen van onderdelen van de tenlastelegging die niet bewezen kunnen worden'.²⁹ Bewijsmiddelen als fysieke sporen, getuigenverklaringen, bekentenissen of oordelen van deskundigen komen te vervallen, zonder dat de rechter wordt gedwongen zich af te vragen wat dit betekent voor de andere bewijsmiddelen in die zaak. Zijn er bijvoorbeeld twee aan elkaar tegenstrijdige deskundigenverklaringen in een zaak, dan kan de ene verklaring worden afgewezen zonder dat wordt beargumenteerd waarom de andere wel als bewijsmiddel wordt aangenomen. Als een bepaald verhaal van het slachtoffer onbetrouwbaar wordt verklaard, dan zou de rechter moeten beargumenteren waarom andere verhalen van dit slachtoffer wel betrouwbaar zijn en als bewijsmiddel kunnen dienen. Het systeem heeft hier echter geen antenne voor, hetgeen kan leiden tot misinterpretatie van de feiten. De auteurs stellen niet dat rechters niet zouden mogen strepen, maar wijzen wel op het probleem dat 'die enkele gevallen waarin strepen leidt tot een vertekening van de feiten, alleen maar worden doorzien door degenen die zo'n

²⁹ W.A. Wagenaar, H.J. Israëls, P.J. van Koppen, *De slapende rechter. Waarom het veroordelen van burgers niet alleen aan de rechter kan worden overgelaten*, Amsterdam, 2009, p. 200.

tactiek niet is aangeleerd'.³⁰

Een tweede aspect in het feitenonderzoek waar het volgens de auteurs mis gaat, is de hypothesetoetsing. Een tenlastelegging is een hypothese die wordt getoetst aan de hand van bewijsmiddelen. Dit kan gebeuren met gegevens die de hypothese bevestigen of met gegevens die de hypothese tegenspreken. De bewijsconstructie zoals door het Openbaar Ministerie aangedragen en door de rechter geaccepteerd gaat volgens de auteurs mank doordat deze uitsluitend bestaat uit verificaties en de mogelijkheden tot falsificatie onbenut blijven. Bij hypothesetoetsing zou het altijd moeten gaan om twee of meer hypothesen die tegen elkaar worden getoetst. De uitkomst van de toetsing is hooguit dat één van de hypothesen waarschijnlijker wordt dan de andere, maar het leidt nooit tot de vaststelling van feiten. 'Wetenschap bestaat alleen maar uit door goede toetsing waarschijnlijker geworden hypothesen, die in de toekomst weer overboord worden gezet, wanneer ze mogelijk worden getoetst tegen nog waarschijnlijker hypothesen.'³¹ Een juridisch feit is kortom iets anders dan een feit in de zin van andere wetenschappen: een vonnis of arrest is gebouwd op door de rechter vastgestelde feiten, terwijl voor een wetenschapper buiten de rechtswetenschap de conclusie van een vonnis of arrest slechts een waarschijnlijk geworden hypothese – en geen feit – is. Dit laat onverlet dat het aanvaarden van een hypothese wel gevolgen, in de vorm van een straf bijvoorbeeld, mag hebben. Het is in maatschappelijk opzicht daarnaast van groot belang dat de uitspraak van de rechter op een zeker moment een definitieve betekenis heeft. Maar vonnissen en arresten blijven hypothesen: het onderzoek zou altijd heropend moeten kunnen worden.

De strafzaak in de rechtszaal gaat over de vraag wat daadwerkelijk is gebeurd. De rechter zou zich daarom niet alleen moeten beperken tot het bewijs dat door het Openbaar Ministerie voor de tenlastelegging wordt aangedragen. Dit bewijs bestaat immers uit verificaties. De rechter moet ook oog hebben voor bewijs dat door de verdediging, ter ondersteuning van een ander scenario, wordt aangedragen. Dit bewijs bevat immers mogelijk een falsificatie van de tenlastelegging. De auteurs merken daarbij op: '[...] dit moet de rechter niet alleen maar doen als de verdediging ermee aan komt dragen: de rechter moet dit *altijd* doen; het moet een fundamentele habitus zijn [...]'.³² In de huidige constructie stelt de rechter zich in wezen op als knecht van het Openbaar Ministerie. Het schort volgens de auteurs aan bewustzijn dat de strafrechter zelf verantwoordelijk is voor het strafrechtelijk onderzoek.

Een derde kritiekpunt van de auteurs is gericht op het gebruik van juridische definities door de rechter die ook buiten het domein van de rechter gebruikt worden. De rechter lijkt soms geen rekening te houden met de betekenis van deze definities buiten de rechterlijke macht. Het voorbeeld dat de auteurs noemen gaat over de definitie van 'uitoefening van ongeoorloofde druk'. Tijdens verhoren mag

³⁰ Ibidem, p. 201.

³¹ Ibidem, p. 206.

³² Ibidem, p. 209.

geen ongeoorloofde druk worden uitgeoefend. Betrouwbare verklaringen zijn alleen in vrijheid te verwachten. Er doen zich echter situaties voor waarin het wenselijk is de rechter duidelijk te maken dat het verhoor weliswaar niet onder ‘ongeorloofde druk’ in juridische zin heeft plaatsgevonden, maar dat de gebruikte methode toch een bekentenis zou kunnen hebben uitgelokt. Daar verhoren in Nederland niet worden geregistreerd, noch op audio, noch op video, zijn dit soort situaties overigens moeilijk te herkennen.³³

De rechtspsychologen Wagenaar, Israëls en Van Koppen pleiten niet voor lekenrechtspraak, maar wel voor het openbreken van wat zij de *closed shop* noemen: de rechtspraak die uitsluitend een zaak is van professionele rechters en juristen. Zelfs de beoordeling van herzieningsverzoeken wordt gedaan door de Hoge Raad, die daarmee in feite zijn eigen mogelijke dwalingen zou moeten beoordelen. De auteurs wijzen erop dat feitenonderzoek helemaal niet noodzakelijkerwijs een zaak voor juristen is. Sterker, zij laten zien dat rechterlijk denken soms juist dwalingen uitlokt. Bovendien: ‘Rechtspraak is er voor de samenleving, en dient publiekelijk in de samenleving te worden uitgeoefend, op een manier die voor iedereen inzichtelijk maakt hoe het gaat en op grond waarvan beslissingen zijn genomen.’³⁴

Het openbreken van de *closed shop* kan volgens de auteurs gebeuren door middel van serieuze eindcontrole op het juridisch proces, niet uitsluitend uitgevoerd door rechters. Ze pleiten voor een Nationale Revisieraad. De leden van de Revisieraad mogen tijdens hun zittingsperiode op geen enkele manier bij de rechtspraak betrokken zijn en de raad zou slechts in minderheid uit juristen mogen bestaan. De auteurs denken dat het staatsrechtelijk model van een zelfstandig bestuursorgaan, waarbij de minister op de inhoud van het werk niet verantwoordelijk is, voor de Nationale Revisieraad kan worden gebruikt. Veroordeelden en hun vertegenwoordigers zouden zaken aan de Revisieraad mogen voorstellen. Adviseert de raad positief, dan zou dit moeten betekenen dat de zaak opnieuw behandeld moet worden door een gerechtshof.

1.3 Conclusie en aanbeveling: lekenrechtspraak en legitimiteit

Legitimiteit heeft de werkgroep gedefinieerd als de bereidheid het gezag van de rechterlijke macht, sprekende via haar beslissingen, te erkennen. In welk opzicht kan lekenrechtspraak bevorderend zijn voor de legitimiteit van de rechterlijke macht?

Het thema ‘lekenrechtspraak’ blijkt zowel in verband te worden gebracht met het vertrouwen van burgers in de rechterlijke macht, als met de legaliteit, het wettelijk kader dat de plaats van de rechterlijke macht binnen de democratische rechtsstaat vastlegt. Het betrekken van leken bij de strafrechtspraak, uitsluitend op grond van het feit dat zij staatsburger zijn, wordt verdedigd met het oog op de verhouding tussen burger en rechterlijke macht: lekenrechtspraak wordt ge-

³³ Ibidem, p. 214.

³⁴ Ibidem, p. 219.

zien als een manier om te voorkomen dat de rechterlijke macht losraakt van de samenleving waarin haar gezag moet worden erkend. De afstand tussen burger en rechterlijke macht blijft beperkt. Daarmee vindt lekenrechtspraak haar grondslag in het beginsel dat de rechterlijke macht uitspraken doet die steun genereren in de samenleving en verankerd is in het culturele realiteitsbeeld. In dit opzicht kan lekenrechtspraak bijdragen aan het vertrouwen van burgers in de rechterlijke macht.

Lekenrechtspraak wordt ook wel gezien als principekwesitie in een democratische rechtsstaat. In dat geval wordt de participatie van burgers bij het strafproces voorgesteld als een gevolg van de plaats die de rechterlijke macht inneemt naast de wetgevende en uitvoerende machten. In dit argument geldt lekenrechtspraak niet zozeer als bevorderend voor het vertrouwen van de burger in de rechterlijke macht, maar eerder als bevorderend voor de andere basisvoorwaarde van legitimiteit: legaliteit. Lekenrechtspraak kan bijdragen aan de perceptie van burgers dat het strafproces op een correcte wijze wordt gevoerd, namelijk volgens de eisen die de democratische rechtsstaat daaraan stelt: de procedurele rechtvaardigheid kan worden versterkt.

Aanbeveling

- **Voer een experiment met lekenrechtspraak in.** In reële zaken in eerste aanleg kan een ‘schaduwraadkamer’ (simulatiespel) worden opgezet waarin naast de rechter(s) ook leken plaatsnemen. De oordelen van deze gemengde raadkamers zijn niet juridisch bindend, maar kunnen worden vergeleken met reële oordelen. Ook kan worden geëvalueerd of, en zo ja hoe, het vertrouwen van lekenbijzitters in de rechterlijke macht beïnvloed wordt, hoe professionele rechters zich verhouden tot lekenrechters en wat lekenparticipatie voor indruk achterlaat op verdachte en slachtoffer.

II. Alternatieve geschillenbeslechting: mediation en herstelrecht

In dit hoofdstuk bestuderen we op welke manier mediation en herstelrecht kunnen bijdragen aan de legitimiteit van de rechterlijke macht. Paragraaf II.1 van dit hoofdstuk bespreekt mediation in het civiel recht en het bestuursrecht. Paragraaf II.2 bespreekt het herstelrecht als alternatief voor het strafrecht.

De begrippen ‘mediation’ en ‘herstelrecht’ zijn beide gebaseerd op een vorm van bemiddeling, maar de werkgroep maakt wel onderscheid in betekenis tussen beide termen. Bij mediation is bemiddeling tussen individuele belangen het belangrijkste doel, waarbij naast immateriële schade ook materiële schade vanzelfsprekend onderwerp is van het bemiddelingsproces. Bij herstelrecht, als afgeleide van het concept van herstelgerechtigheid (zie II.2.1), ligt het accent op het herstel van de sociale verhoudingen met het slachtoffer maar ook met de gemeenschap, bijvoorbeeld in de vorm van excuses van verdachte of het verrichten van gemeenschapswerk in de buurt. Herstel van materiële schade kan hier een afgeleide van zijn, maar behoort volgens de werkgroep niet het primaire doel te zijn van bemiddeling in het strafrecht.

II.1 Mediation in het civiel recht en het bestuursrecht

II.1.1 De opkomst van mediation in het civiel recht en bestuursrecht

In de jaren ‘90 van de vorige eeuw woei uit de Verenigde Staten het concept *Alternative Dispute Resolution* (ADR) over naar Nederland. Mediation, alternatieve geschillenbeslechting door middel van bemiddeling, werd hier in die jaren geïstitutionaliseerd. Met name in civielrechtelijke zaken, zoals echtscheidings- en omgangszaken, vormt mediation een verruiming van het juridische instrumentarium voor geschiloplossing. Tegenwoordig is ook volop aandacht voor de potentie van bemiddeling als (gedeeltelijke) afdoening in bestuursrechtelijke zaken en strafrechtzaken en wordt mediation ook in deze rechtsgebieden in praktijk gebracht.

In civielrechtelijke en bestuursrechtelijke zin is mediation de gangbare term voor bemiddeling als alternatief voor rechterlijke geschiloplossing. Daarom wordt in deze paragraaf van *mediation* in plaats van bemiddeling gesproken. Mediation kan omschreven worden als ‘een procedure waarbij partijen in een conflict er gezamenlijk voor kiezen om middels een professionele niet-beslissingsbevoegde derde trachten te komen tot een oplossing waarmee beiden tevreden zijn.’¹ De derde heeft expertise op het gebied van het voeren en begeleiden van onderhandelingen. Hij of zij wordt verondersteld neutraal te zijn in de zin dat hij geen voorkeur heeft voor een bepaalde inhoud van de uiteindelijke afspraak tussen partijen. Zijn taak

¹ J. Kocken, ‘Is “mediation” een alternatief voor rechtspraak bij het beslechten van conflicten?’, in: M. Hertogh en H. Weyers (red.), *Recht van onderop. Antwoorden uit de rechtssociologie*, Nijmegen, 2011, p. 227.

is dus niet inhoudelijk, maar procedureel van betekenis. In Nederland biedt het Nederlands Mediation Instituut (NMI) erkende opleidingen tot mediator.² Mediation werd vanaf het begin gezien als een wenselijke aanpak voor echtschei-

Mediation-Harvard Style

Grofweg kent de procedure van mediation zoals de NMI deze hanteert vier fasen. In fase 1 keren partijen zich tot de mediator. Dit gebeurt uit eigen beweging van de partijen of op uitnodiging van de rechter. Is men het eens over de te kiezen mediator, dan volgt de eerste bijeenkomst. Hierin licht de mediator zijn eigen rol toe en doet hij enkele voorstellen voor procedureregels, zoals de regel om elkaar uit te laten spreken en zich in de ander te verplaatsen. Fase 1 is bedoeld om het conflict zo compleet mogelijk in beeld te krijgen. In fase 2 vraagt de mediator aan de partijen om hun eigen belangen te formuleren. Hij streeft ernaar dat partijen niet spreken in termen van ‘rechten’ (op bepaalde posities), omdat de gedachte is dat achterliggende belangen fundamenteeler voor het conflict zijn dan rechten en posities. Belangen scheppen ruimte voor onderhandeling. In de derde fase wordt een waaier aan oplossingsmogelijkheden voorgesteld en in de vierde fase vindt de eigenlijke onderhandeling plaats. Hier kan men tot afspraken komen, welke in een overeenkomst kunnen worden vastgelegd.

J. Kocken, ‘Is “mediation” een alternatief voor rechtspraak bij het beslechten van conflicten?’, in: M. Hertogh en H. Weyers (red.), *Recht van onderop. Antwoorden uit de rechtssociologie*, Nijmegen, 2011, p. 228.

dings- en omgangszaken. In dit soort zaken is het vooral van belang om werkbare afspraken te maken en wordt een juridisch juist oordeel van de rechter door partijen vaak van ondergeschikt belang geacht. Vervolgens is ook aandacht ontstaan voor mediation in het arbeidsrecht en het bestuursrecht.³ In gebieden als het arbeidsrecht en het bestuursprocesrecht liep parallel aan de opkomst van mediation ook een zoektocht naar manieren om procedures te deformaliseren. Men ontdekte in deze gebieden de nadelen van gedetailleerde regelgeving, wat betekende dat rechtzoekenden sterk afhankelijk waren geworden van juridische experts. Op het vlak van familierecht of arbeidsrecht ontstond het probleem dat partijen hun eigen conflict niet meer in het rechtsgeding herkenden. Het burgerlijk procesrecht werd informeler. Er kwam bijvoorbeeld meer ruimte voor mondelinge behandeling van de zaak ten overstaan van de rechter.⁴

Hoewel de ontwikkeling van mediation enerzijds grotendeels aan de vrije dienstensector is overgelaten, heeft de overheid anderzijds bepaalde vormen van alternatieve geschillenbeslechting actief gestimuleerd. Dit is met name het geval geweest bij de introductie van mediation binnen de muren van de rechtbank

² Ibidem.

³ Ibidem, p. 227.

⁴ Ibidem, p. 229.

(*court-annexed mediation*) en het aanbieden van bemiddeling als vorm van gesubsidieerde eerstelijns rechtshulp.⁵ De actieve rol van de overheid bestond bijvoorbeeld uit het financieren van experimenten en het subsidiëren van de toegang tot een mediator.⁶

II.1.2 Mediation als gevestigd alternatief in het civiel recht

In echtscheidings- en omgangszaken is mediation inmiddels een gevestigd alternatief voor een rechterlijke uitspraak. De markt van mediation is evenwel beperkt van omvang gebleken. *Court-annexed mediation* heeft een vaste plaats veroverd binnen de rechtspraak. Sinds 2007 hebben alle rechtbanken een mediationprogramma.

Bij *court-annexed mediation* worden de procespartijen door de rechter of door een andere rechtbankfunctionaris naar een mediator verwezen. Zo'n verwijzing heeft geen formeel verplichtend karakter.⁷ De rechtbank verandert als het ware van een plaats waar primair recht wordt gezocht naar een plaats waar een geschikte oplossing voor een conflict wordt gezocht. Evaluatie van de experimenten met *court-annexed mediation* laat zien dat verwijzing naar de mediator in iedere fase van het geschil mogelijk is. Volgens onderzoekers Kocken en Van Manen is mediation vooral zinvol in gevallen waarin het juridische geschil een slechte vertaling is van het sociale geschil.⁸ Er is dan weliswaar een feitelijk conflict, maar bij nader inzien zal blijken dat eigenlijk dieperliggende irritaties of onvrede een oplossing van het conflict in de weg staan.

Naast mediation via de rechtbank kan mediation ook via het Juridisch Loket, waar gesubsidieerde rechtshulp wordt verleend, als optie voor geschilbeslechting worden gekozen. De slagingspercentages voor mediation via het Juridisch Loket liggen hoger dan bij mediation via de rechtbank: ongeveer 70% van de bemiddelingszaken via het Juridisch Loket is succesvol, tegenover 60% via de rechtbank.⁹

Begin 2014 zullen bij twee rechtbanken pilots van start gaan die een experiment omvatten voor een nieuwe aanpak van burenruzies. Burenrechter.nl wordt een website waarop ruziënde burenen hun conflict kunnen voorleggen aan de rechter. Burenrechter.nl zal een experiment met een mengvorm van mediation en rechtspraak zijn. De rechter die traditioneel op afstand van partijen blijft, komt in dit experiment naar partijen toe om het overleg tussen hen te begeleiden. Burgers kunnen via burenenrechter.nl zonder advocaat de hulp van de rechter inschakelen. Als beide partijen het conflict via een vragenlijst op de website hebben beschreven, stimuleert een rechtbankmedewerker beide partijen via de site in gesprek te gaan.

⁵ *Kamerstukken II*, 1999/00, 26 352, nr. 19. (beleidsbrief 'Meer wegen naar het recht').

⁶ Kocken, 'Is "mediation" een alternatief voor rechtspraak bij het beslechten van conflicten?', p. 229.

⁷ Dat zegt niets over de mate waarin de verwijzing als verplichtend kan worden ervaren.

⁸ Kocken, 'Is "mediation" een alternatief voor rechtspraak bij het beslechten van conflicten?', p. 233.

⁹ *Ibidem*, p. 238.

De website zal ook informatie bieden over juridische bepalingen die in dat conflict van toepassing zijn en zal laten zien welke oplossing in vergelijkbare conflicten is gevonden. De rechter zal in overleg met partijen zoeken naar een passende oplossing en uitspraak doen in de kwesties waar zij zelf niet uitkomen. Binnen vier maanden zou een oplossing of uitspraak moeten voorliggen, waarna de rechter op afstand betrokken blijft. Onderzoek heeft uitgewezen dat partijen dan beter hun afspraken nakomen.¹⁰

Tweede Kamerlid Ard van der Steur (VVD) werkt in 2013 aan enkele wetsvoorstellen waarmee mediation een volwaardig alternatief voor de civiele en bestuursrechtelijke rechtspraak moet worden.¹¹ De vaststellingsovereenkomst die het resultaat is van mediation moet, na goedkeuring van de rechter, executoriale kracht krijgen. Van der Steur beoogt met deze initiatiefwet enkele nadelen van mediation op te heffen. Partijen kunnen nu nog onder de afgesproken mediation-overeenkomst uitkomen. Zij kunnen zich zonder consequenties toch niet aan de afspraken houden en alsnog naar de rechter stappen. Het wetsvoorstel bepaalt dat, wanneer in de overeenkomst staat dat partijen geschillen over die mediationuitkomst aan de mediator moeten voorleggen, zij daaraan vastzitten.

Van der Steur brengt een wetsvoorstel in dat ziet op waarborging van de kwaliteit van mediators via een register. Registermediators vallen onder het tuchtrecht en voor hen geldt verschoningsrecht. Van der Steur meent dat het niet noodzakelijkerwijs juristen hoeven te zijn die een zaak behandelen, maar stelt wel als eis dat de mediator juridisch deskundig is op het rechtsgebied waarop hij zich beweegt.

Van der Steur wil mediaton ook in het bestuursrecht een prominentere plaats geven, hoewel op dit terrein nu al veel van mediaton gebruik wordt gemaakt, met name in bezwaarprocedures. Het uitgangspunt moet worden dat de overheid standaard mediation aanbiedt in een geschil met een burger.¹² Maar mediation in het bestuursrecht zou er niet toe mogen leiden dat burgers aan hun burgerplicht ontkomen.

De Europese richtlijn 2008/52/EG draagt de Europese lidstaten op mediation te bevorderen. De Nederlandse wet ter implementatie van deze richtlijn, geldt alleen voor grensoverschrijdende bemiddeling. De VVD wil de bestaande wetgeving met deze initiatiefwet op drie vlakken aanvullen: inpassing van mediation in het burgerlijk recht, een register van kwaliteitseisen, en aanpassing van bestuurs-

¹⁰ 'Burenrechter smooit ruzies in de kiem', *Nederlands Juristenblad*, 21 juni 2013, afl. 25, p. 1534.

¹¹ *Kamerstukken II*, 2011/12, 33 122, nrs. 2 en 3 (Initiatiefnota Mediation), *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 722, nrs. 1, 2 en 3 (Wet registermediator), *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 723, nrs. 1, 2 en 3, (Wet bevordering van mediation in het burgerlijk recht), *Kamerstukken II*, 2012/13, 33 727, nrs. 1, 2 en 3 (Wet bevordering van mediation in het bestuursrecht).

¹² Discretionaire bevoegdheden van het openbaar bestuur bieden naar hun aard ruimte voor mediation tussen bestuur en burger, terwijl de vele publiekrechtelijke bevoegdheden binnen het bestuursrecht deze ruimte juist afbakenen.

rechtelijke wetgeving omtrent mediation.¹³

II.1.3 Mediation in verhouding tot rechtspraak: voor- en nadelen

De opkomst van mediation is mogelijk te verklaren door de ontstane onvrede over de traditionele rechtspraak. Kritiek op de rechtspraak spitste zich toe op de hoge kosten die burgers moeten maken bij een gang naar de rechter en op het voor leken moeilijk toegankelijke juridische jargon. Bovenal wordt als nadeel van de traditionele procedure van rechtspraak, met name in het civiel recht, gezien dat rechtspraak geënt is op tegenspraak. De ene partij stelt een vordering in, waarop de tegenpartij verweer voert en mogelijk met een tegeneis komt. De rechter neemt dan een beslissing, maar dat is iets anders dan een oplossing van het conflict. Partijen worden dus gedwongen zich te richten op tegenstellingen en de rechter wordt gedwongen een juridisch juiste beslissing te nemen die niet zelden ver afstaat van het eigenlijke probleem dat partijen ervaren. Alternatieve geschillenbeslechting probeert aan dit gebrek van de rechtspraak tegemoet te komen. Het past daarnaast goed in een politieke agenda om de rechterlijke macht te ontlasten – het aantal rechtszaken is de afgelopen jaren flink gestegen¹⁴ –, maar ook om de burger meer autonomie te geven en meer overheidstaken aan de markt over te laten. Bemiddeling werd gezien als een geschikte manier voor burgers om tot een oplossing van het conflict te komen zonder tussenkomst van de overheid; de zelfredzaamheid van burgers werd aldus bevorderd.

Kenmerkend voor mediation is dat het conflict in handen van de betrokkenen zelf blijft. Dit houdt in dat de overeenkomst die uit mediation volgt, wordt ondertekend door beide partijen. Het voordeel hiervan is dat beide partijen na afloop tevreden zijn, zo mag men aannemen. Dat is meestal niet het geval bij een uitspraak van de rechter, die een winnaar aanwijst of die beide partijen deels in het ongelijk stelt. Bij mediation kan rekening worden gehouden met een dieper gevoel van onvrede, bijvoorbeeld irritaties over bepaald gedrag. Die onvrede vormt een belangrijke factor in het conflict, waar een rechter, die het conflict op juridische feiten beoordeelt, geen rekening mee kan houden. De mediator kan dat wel. Voor particulieren die na het conflict weer met elkaar verder moeten leven en voor bedrijven die na het conflict weer zaken met elkaar moeten doen, biedt mediation daarom een groot voordeel.

Omdat het conflict niet aan de rechter wordt voorlegd, maar in handen van beide partijen blijft, ervaren de partijen niet het effect van vervreemding van hun eigen conflict dat bij een formeel-juridische procesgang wel wordt ervaren. De vraag of mediation uiteindelijk tot meer tevredenheid over de uitkomst van het conflict leidt, is lastig te beantwoorden. Er bestaat hiervoor geen goed vergelijkend onderzoek. Wel lijken de partijen bij mediation morele binding te voelen met

¹³ ‘Mediation biedt volwaardig alternatief’, *SC Online*, 31 januari 2013.

¹⁴ In 2010 werden er in Nederland rechtspraakbreed bijna 2 miljoen zaken afgehandeld. In 2003 was dat nog iets meer dan 1,5 miljoen. Raad voor de rechtspraak, *Jaarverslagen 2004-2010*, Den Haag, 2005-2011.

de gesloten overeenkomst. Bij rechterlijke uitspraken ligt dit lastiger. Een rechter doet uiteindelijk altijd uitspraak; hij kan een zaak niet laten mislukken, zoals bij mediation wel het geval is. Ook vanwege dit verschil is een vergelijking tussen mediation en rechtspraak lastig te maken.¹⁵

Naast genoemde praktische voordelen van mediation, kan een aantal principiële bezwaren tegen deze vorm van geschilbeslechting worden genoemd. Eén van die bezwaren is dat binnen het recht rekening wordt gehouden met al dan niet terecht veronderstelde machtsverschillen tussen bijvoorbeeld werknemer en werkgever, huurder en verhuurder of andere partijen. Bepaalde rechten beogen de bescherming van de werknemer en de huurder. Kiest men voor een informele procedure van geschilbeslechting, dan gaat men aan deze beschermingsfunctie van het recht voorbij. Machtsverhoudingen zijn overigens tijd- en plaatsgebonden. De vraag of het kiezen voor een informele geschiloplossing buiten de juridische beschermingsfunctie om inderdaad een principieel argument tegen mediation genoemd kan worden, is dan ook afhankelijk van de waarde die men aan deze beschermende rechten toekent, evenals van het belang dat men hecht aan autonome geschiloplossing.

Ook bij de rol van de mediator worden kritische kanttekeningen geplaatst. Hoewel hij of zij wordt verondersteld neutraal te zijn, heeft de mediator toch een onmiskenbaar grote rol in de onderhandelingen. Deze kanttekening kan overigens evengoed bij de rol van de rechter worden geplaatst. De neutraliteit moet uiteindelijk (kunnen) worden verondersteld om het proces doorgang te laten vinden, of dit nu in de rechtszaal of op het kantoor van de mediator gebeurt.

Het begrip ‘rechtvaardigheid’ heeft in relatie tot mediation een andere betekenis dan in de rechtspraak. Rechters zoeken naar rechtvaardige uitkomsten met het wetboek in de hand, waarin de uitkomsten van democratische discussies over de vraag wat rechtvaardigheid is zijn vastgelegd. Rechtvaardigheid is geen onveranderlijk, vaststaand concept, maar wel verankerd, en daarmee gelegitimeerd, in de wet. Mediation is minder dan traditionele rechtspraak gebonden aan dat wettelijk gelegitimeerde concept van rechtvaardigheid, waardoor een begrip als vergelding een grotere rol speelt in de rechtspraak dan in bemiddeling.¹⁶ Niet de ideologische, filosofische of juridische vraag wat een rechtvaardige uitkomst uit het conflict is staat centraal, maar de vraag of partijen tevreden kunnen zijn, ofwel de vraag wat zij als rechtvaardig *ervaren*.

Oorspronkelijk was mediation bedoeld als volwaardig alternatief voor een juridische geschiloplossing. Inmiddels is mediation zelf ook gejuridiseerd: de be-

¹⁵ Kocken, ‘Is “mediation” een alternatief voor rechtspraak bij het beslechten van conflicten?’, pp. 237-244.

¹⁶ Overigens is het recht ook bij mediation altijd op de achtergrond aanwezig. Mediation is een alternatief voor rechtspraak; de meetlat van de vergelding ligt dan ook altijd onder het proces van bemiddeling. Het bemiddelingsproces is ingegeven door een conflictsituatie waarvoor over een oplossing moet worden beslist. Als dat niet lukt door bemiddeling, dan alsnog door de rechter.

roepsgroep van bemiddelaars is gebonden aan regels, en rechters nemen onderhandelings technieken van mediators in de rechtszaal over. Bemiddelaars zijn vaak juristen en kennen het recht daarom zelf ook. Zoals eerder opgemerkt kan mediation falen. In dat geval staat een gang naar de rechter altijd nog open. Mediation staat zo gezien altijd in de schaduw van het recht. In dit licht dient de vraag zich aan of partijen voorafgaand aan de bemiddeling eerst ook een helder beeld van de juridische opties aangereikt moeten krijgen.

Tot slot kan ook een kritische kanttekening worden geplaatst bij de geslotenheid van het proces van mediation, vergeleken met het openbare karakter van een rechtszaak. Het is gangbaar te denken dat vertrouwelijkheid (beslotenheid) bevorderend werkt voor onderhandelingen. Maar de rechtspraak is niet voor niets in beginsel openbaar: het recht geldt voor iedereen en de rechtspraak dient een publiek belang van het scheppen en bewaken van de orde in de samenleving. De openbaarheid van een rechtszaak heeft bovendien als voordeel dat openlijk kritiek mogelijk is op de gang van zaken en het vonnis. Bij mediation is dit niet het geval. Sommige critici pleiten dan ook voor democratisering van de beroepsgroep. Mediators zouden moeten streven naar een evenwicht tussen private belangen en betrokkenheid van de samenleving.¹⁷

II.1.4 Conclusie en aanbeveling: mediation en legitimiteit

Legitimiteit heeft de werkgroep gedefinieerd als de bereidheid om het gezag van de rechterlijke macht, sprekende via haar beslissingen, te erkennen. In welk opzicht kan alternatieve geschillenbeslechting bevorderend zijn voor de legitimiteit van de rechterlijke macht?

Wie mediation ziet als verlengstuk van de rechterlijke macht, kan deze vorm van geschillenbeslechting opvatten als een bijdrage aan het conflictoplossend vermogen van de rechterlijke macht, de legitimatie van overheidsmacht in liberale optiek bij uitstek. Het verder bevorderen van mediation zou daarmee zijn grondslag in een belangrijk beginsel van de rechterlijke macht vinden, ware het niet dat mediation nu juist *geen* rechtspraak is; het is er een alternatief voor. Kan mediation, als dejuridisering van de geschillenbeslechting, ook de legitimiteit van de rechterlijke macht bevorderen?

Mediation als alternatieve geschillenbeslechting houdt in dat de rechter zich niet mengt in een conflict dat beter (want naar meer tevredenheid van beide partijen) buiten de rechter om kan worden beslecht. In die zin betekent mediation dat de rechterlijke macht zich niet op een terrein hoeft te begeven waar andere partijen de rol van geschillenbeslechter beter op zich kunnen nemen. Dit kan op zichzelf een bescherming van het gezag van de rechterlijke macht betekenen, waarmee mediation als alternatieve geschillenbeslechting bijdraagt aan het behoud van de legitimiteit van de rechterlijke macht: de rechter stelt zich terughoudend op en

¹⁷ Kocken, 'Is "mediation" een alternatief voor rechtspraak bij het beslechten van conflicten?', pp. 245-251.

grijpt alleen in waar hij daadwerkelijk toegevoegde waarde heeft. De juridische bril van de rechter vertekent niet onnodig de werkelijke aard van het conflict. Omdat mediation een alternatief is voor rechtspraak, blijkt de kracht van de rechtspraak en het recht op het moment dat mediation niet slaagt (dat wil zeggen niet tot een overeenkomst leidt). Partijen kunnen zich dan altijd nog wenden tot het bindende en dwingende recht. Dankzij mediation kan zo de maatschappelijke functie van de rechterlijke macht als finale geschillenbeslechter beter tot uitdrukking komen, waarmee het een bijdrage kan leveren aan het vertrouwen, en daarmee de legitimiteit van de rechterlijke macht.

Aanbevelingen

- **De meerwaarde van mediation, het terugdringen van onnodige juridisering, dient zoveel als mogelijk te worden benut.** Mediation houdt in dat de rechter zich niet mengt in een conflict dat beter (want naar grotere tevredenheid van beide partijen) buiten de rechter om kan worden beslecht.
- **Blijf mediation wel primair als alternatieve geschillenbeslechting zien.** Burgers hebben in een liberale rechtsstaat het recht op 'recht', dat wil zeggen het recht om ondanks pogingen tot buitengerechtelijke geschillenbeslechting het recht te zoeken, c.q. te halen bij de rechter. Het probleemoplossend vermogen van mediation schuilt ook juist in de alternativiteit. De mogelijkheid voor partijen om altijd nog de bemiddeling te staken en de 'harde' weg van het recht te kiezen, zorgt ervoor dat partijen bereid zijn zich in de belangen van de ander te verdiepen.

II.2 Bemiddeling in het strafrecht: herstelrecht

II.2.1 Herstelgerechtigheid in theorie

Binnen het strafrecht heeft bemiddeling een minder vaste plek gekregen dan in het civiel recht en het bestuursrecht. Toch komt ook in het strafproces tegenwoordig bemiddeling voor. Kerngedachte hierbij is dat de schade die een persoon met zijn misdaad heeft aangericht bij het slachtoffer (deels) hersteld kan worden als dader en slachtoffer met elkaar in gesprek gaan. De sociale omgeving van zowel de dader als het slachtoffer en het Openbaar Ministerie kan bij dit contact worden betrokken. Deze bemiddeling tussen dader en slachtoffer is gebaseerd op het concept 'herstelgerechtigheid'.

Het concept 'herstelgerechtigheid' (*restorative justice*) heeft zich ontwikkeld tegen de achtergrond van kritiek op de manier waarop het strafrecht is gericht op schuld en vergelding. Niet de misdaad *an sich* staat centraal, maar de consequenties van die misdaad. Herstelrecht richt zich niet uitsluitend op de schuldvraag en de dader; het slachtoffer krijgt ook aandacht. Het achterliggende idee is dat de dader de consequenties van zijn misdaad beter inziet in een gesprek met het slachtoffer. Bij herstelrecht binnen het strafproces ligt, in tegenstelling tot het reguliere strafrechtelijk proces, de prioriteit niet bij het straffen van de dader, maar bij het

herstel van de schade en de relatie tussen dader, slachtoffer en de samenleving.¹⁸

De sanctie in het herstelrecht is reparatoir van aard. Het herstel kan in financiële zin worden opgevat, bijvoorbeeld wanneer de dader van een diefstal de geleden schade van een winkelier vergoedt. Materiële schadevergoeding in de vorm van geld kan bij kleine vergrijpen zoals diefstal effectief zijn voor het herstellen van een gevoel van rechtvaardigheid van het slachtoffer. Voor zwaardere vergrijpen is de schade vermoedelijk groter in immaterieel opzicht. Herstelrecht richt zich dan op geleden immateriële schade. Doel van de sanctie is het herstel van de harmonie in de samenleving, bijvoorbeeld door het tonen van berouw door de dader. Moreel herstel werkt twee kanten op. Ten eerste kan de dader zich herstellen door te erkennen dat hij de misdaad heeft gepleegd en daarvoor verantwoordelijkheid draagt. Op basis van deze erkenning kan hij genoegdoening aan het slachtoffer nastreven. Ten tweede vindt mogelijk ook herstel aan de kant van het slachtoffer plaats, wanneer hij ziet dat de dader zijn daad en verantwoordelijkheid erkent, berouw toont en op genoegdoening gerichte activiteiten onderneemt. Oprecht berouw en gemeende excuses van de dader kunnen een helende invloed op het slachtoffer hebben.¹⁹

II.2.2 Visies op herstelrecht

Inmiddels hebben zich twee visies op herstelrecht ontwikkeld: herstelbemiddeling als een private overeenkomst en herstelrecht als publiek model, respectievelijk de minimalistische en de maximalistische variant genoemd. Maximalisten beschouwen herstelrecht als een alternatief voor een strafmodel en het traditionele strafproces. Het herstel staat in deze visie centraal. Vrijwillige deelname van partijen is in de ogen van maximalisten wenselijk, maar niet cruciaal. Voor minimalisten is vrijwillige deelname aan herstelbemiddeling essentieel: het herstelrecht zou geen spanning mogen opleveren met het dwingende karakter van het (straf)recht. Zij stellen het communicatieproces tussen partijen centraal. Herstelbemiddeling zou in de ogen van de minimalisten hooguit een aanvulling op, en geen vervanging van, het traditionele strafproces kunnen zijn.²⁰

Of herstelrecht nu als alternatief voor het strafproces of als aanvulling op het strafproces wordt gezien, in beide varianten kunnen elementen van het herstelrecht in het strafproces worden geïntegreerd. Dat kan voorafgaand aan de zitting, tijdens de zitting en na de veroordeling. Een succesvolle bemiddeling tussen dader en slachtoffer zou bijvoorbeeld kunnen leiden tot een besluit van de officier van justitie om de strafzaak te seponeren, of de rechter zou bij de straftoemeting rekening kunnen houden met de uitkomsten van de bemiddeling. In het Verenigd Koninkrijk, Oostenrijk en in België is herstelrecht wettelijk verankerd en kan het

¹⁸ K. Lünnehan e.a., *Herstelbemiddeling Reclassering Nederland. Evaluatie van drie pilots en toekomstscenario's*, Verwey-Jonker Instituut, 2010, p. 17.

¹⁹ J. Blad, 'Het sanctieconcept van het herstelrecht', in: *Sancties. Tijdschrift over straffen en maatregelen*, 2011, nr. 4, pp. 232-250.

²⁰ Lünnehan e.a., *Herstelbemiddeling Reclassering Nederland*, pp. 17-18.

OM aan de bemiddeling gevolgen verbinden voor de voortzetting van het proces.²¹

Er zijn enkele juridische argumenten te noemen tegen het invoeren van een wettelijke regeling voor slachtoffer-dader bemiddeling in de voorfase van het strafproces. Een eerste tegenargument volgt uit het onschuldprincipe. Het onschuldprincipe betekent dat iemand onschuldig is tot het tegendeel is bewezen op grond van door de rechter vastgestelde feiten. Op dit beginsel wordt inbreuk gemaakt zodra de verdachte enige druk zou voelen om mee te doen aan bemiddeling: iemand is in zo'n slachtoffer-dader gesprek al aangemerkt als dader voordat zijn schuld in juridische zin is vastgesteld. Een tweede argument tegen herstelbemiddeling in de voorfase van een strafproces is dat herstelbemiddeling, waarin vooral de private belangen van dader en slachtoffer worden behartigd, niet zou moeten worden vermengd met het strafproces dat het publieke belang vertegenwoordigt. Emoties zouden via slachtoffer-dadergesprekken een plek krijgen in het strafproces dat geacht wordt juist zo rationeel mogelijk gevoerd te worden. Een derde tegenargument luidt dat, als de uitkomst van slachtoffer-dader gesprekken van invloed is op het strafproces, de verdachte zou kunnen worden verleid uit berekening in te stemmen met een bemiddelingsgesprek. Anderen zien hier overigens geen groot bezwaar in; zowel strafrecht als herstelrecht is per definitie 'mensenwerk'. Iedere betrokkene heeft in elke fase van een strafproces zijn eigen belangen en motieven. Een laatste juridisch argument tegen herstelrecht in de voorfase van het strafproces is de veronderstelling dat het rechtsongelijkheid zou kunnen creëren voor verdachten. Verdachten bij wie het slachtoffer niet mee wilde werken aan bemiddeling zouden in een nadeligere positie kunnen verkeren dan verdachten bij wie het slachtoffer wel het gesprek is aangegaan.²²

Herstelbemiddeling tijdens de strafzitting betekent dat de rechter de strafzaak schorst, waarop een tussenperiode van bemiddeling plaatsvindt. Als de bemiddeling is afgerond kan de rechter het vonnis wijzen terwijl hij rekening houdt met de uitkomst van de bemiddeling. Herstelbemiddeling na de veroordeling kan inhouden dat de veroordeelde, wanneer hij bijvoorbeeld in de gevangenis zit, het gesprek aangaat met het slachtoffer. Hier doorkruisen het publieke en het private belang elkaar dus niet. De bemiddeling is immers niet van invloed meer op de voortzetting van het proces of op de strafmaat. Deelname van de dader vindt op geheel vrijwillige basis plaats.²³

Net als bij de opkomst van bemiddeling in de sfeer van het civiel recht en het bestuursrecht, speelt ook bij het strafrecht de overweging een rol dat partijen zich niet goed in de geformaliseerde rechtsgang herkennen. Het geformaliseerde karakter van het strafproces biedt, in de ogen van degenen die het concept van herstelgerechtigheid theoretisch ontwikkelen, met name het slachtoffer onvoldoende ruimte tot herstel van het geschonden zelfrespect. Dit betekent een afzwakking

²¹ Ibidem, p. 19.

²² Ibidem.

²³ Ibidem, p. 20.

van de legitimiteit van het strafproces, waar die tot doel heeft een situatie van rechtvaardigheid te herstellen.²⁴

Tegen het bezwaar dat het geformaliseerde strafproces met name het slachtoffer geen ruimte biedt om zijn ervaring van de geleden schade te delen, kan worden ingebracht dat deze formalisering juist beoogt om het strafproces zo objectief mogelijk te laten verlopen. Bovendien wordt ook wel gesteld dat de behartiging van het algemeen belang, welke rol in het strafproces het Openbaar Ministerie op zich neemt, het particuliere belang van het slachtoffer omvat. Het algemeen belang is het resultaat van een afweging van particuliere belangen, waarvan het belang van het slachtoffer er één is, naast het belang van de (orde in de) samenleving en het belang van de verdachte. Het OM bepaalt welk van deze belangen het meeste gewicht in de schaal legt.

Enkele kernwaarden van de rechterlijke macht, zoals onafhankelijkheid, autonomie, onpartijdigheid en integriteit, vereisen dat het strafproces geformaliseerd is. De inzet van het strafproces is het verkrijgen van toestemming om de dader een straf op te leggen, waarbij het strafrecht objectief toegepast dient te worden. Enerzijds kan men hierbij de positie innemen dat voor subjectieve gevoelens van slachtoffers daarom geen plaats kan zijn in het proces. Er zou een rechtsstatelijke noodzaak tot formalisering van het strafproces zijn.²⁵ Anderzijds zou de vormgeving van het proces, en dus ook de formalisering daarvan, veranderlijk kunnen zijn, zonder dat de rechtsstatelijkheid ervan verdwijnt. De manier waarop het strafproces is ingericht, is een historische constructie die kan veranderen al naar gelang maatschappelijke opvattingen en behoeften met betrekking tot straf en rechtsbescherming veranderen.²⁶ Dit zet de deur open naar de mogelijkheid om te experimenteren met herstelbemiddeling, zoals we in de volgende paragraaf gaan zien.

II.2.3 Herstelrecht in de praktijk: experimenten en wetswijziging

In de praktijk kan herstelgerechtigheid verschillende vormen aannemen. Het kan een financiële compensatie voor de geleden schade inhouden, maar ook een gesprek tussen dader en slachtoffer, of een *conference*: een slachtoffer-dader gesprek met derden erbij. Bemiddeling kan naast de traditionele strafgerichte rechtshandhaving bestaan, maar in de literatuur wordt ook gewezen op de mogelijkheid van 'herstelgerichte handhaving', of herstelgerichte politiezorg, waarin herstelrecht een zelfstandige plek binnen het straf(proces)recht heeft.²⁷

Sinds eind jaren '90 van de vorige eeuw vinden in Nederland experimentele

²⁴ R.S. Kool, 'Herstel: een communicatieve vorm van wraak?', in: *Tijdschrift voor Herstelrecht*, 2005, nr. 3, pp. 24-34.

²⁵ Bijvoorbeeld: C.P.M. Cleiren, 'Genoegdoening aan slachtoffers in het strafrecht', in: *Het opstandige slachtoffer. Genoegdoening in strafrecht en burgerlijk recht*, Deventer, 2003.

²⁶ R.S. Kool, 'Herstel: een communicatieve vorm van wraak?'.

²⁷ J. Blad, 'Enkele kenmerken van en condities voor herstelgerichte politiezorg', in: T. Spapens, M. Groenhuijsen en T. Kooijmans (eds.), *Universalis Liber Americum Cyrille Fynaut*, Antwerpen/Cambridge, 2011, pp. 403-416.

projecten plaats met slachtoffer-daderbemiddeling. In 2004 vond een project van dader-slachtoffer gesprekken plaats voor jeugdige daders. Bij deze gesprekken waren ook anderen uit de omgeving van de dader en het slachtoffer aanwezig. Meestal betrof het de ouders. Het ging in meerderheid om *first offenders*, maar deze gesprekken werden ook gehouden met daders die een eerder eenmalig incident op hun naam hadden staan. In een onderzoek uit 2004 werd geconstateerd dat de daders in deze gesprekken vooral jongens tussen 13 en 18 jaar oud waren, die zich schuldig hadden gemaakt aan lichamelijke mishandeling, diefstal, bedreiging of vernieling. Ongeveer de helft van deze misdrijven werd door meer dan één dader gepleegd. Slachtoffers hadden een leeftijd tussen de 10 en 87 jaar en waren meestal de enige slachtoffers van het misdrijf. Vaak kenden dader en slachtoffer elkaar al voordat het misdrijf had plaatsgevonden.²⁸

Voor de experimentele slachtoffer-dader gesprekken vond een voorselectie van geschikte zaken plaats. Na deze voorselectie moesten slachtoffer, dader en de sociale omgeving nog uitdrukkelijk instemmen met het herstelgesprek. Bij het onderzoek uit 2004 bleek de helft van de daders niet bereid te zijn met het slachtoffer in gesprek te gaan. Zij die dat wel wilden, hadden de behoefte in het gesprek spijt te betuigen en uitleg te geven over de reden dat zij de misdaad hadden gepleegd. Een kwart van de slachtoffers in de geselecteerde zaken gaf aan niet in gesprek met de dader te willen treden. Wie daartoe wel bereid was, wilde voorkomen dat een soortgelijk voorval hen nog eens zou overkomen. Slachtoffers wilden ook de relatie met de dader normaliseren. In een klein aantal gevallen blokkeerde de sociale omgeving het gesprek tussen dader en slachtoffer. Het gebeurde ook dat de herstelbemiddelaar het gesprek tegenhield, met name als het naar zijn mening bij de dader ontbrak aan bereidheid om verantwoordelijkheid voor zijn daden op zich te nemen.²⁹

Betrokkenen ervoeren de mogelijkheid tot herstelbemiddeling als zinvol. In de experimentele gesprekken vond doorgaans een oprechte dialoog plaats, terwijl het dossier over het algemeen nog bij de politie of het OM lag. Het verslag van het gesprek werd vervolgens bij het strafdossier gevoegd. Een gemiddeld dader-slachtoffer gesprek duurde twee uur. Of herstelbemiddeling ook tot lagere recidive leidt, kon bij het onderzoek uit 2004 niet worden vastgesteld.³⁰ Toch schetst empirisch onderzoek in het Verenigd Koninkrijk het beeld dat recidive langer uitblijft na op herstel gerichte praktijken. De effecten van herstelrecht zouden in relatie staan tot het soort misdrijf: minder recidive bij misdrijven tegen personen.³¹ Als recidive toch voorkomt, dan zou het van geringere aard zijn dan wanneer daders

²⁸ Kocken, 'Is "mediation" een alternatief voor rechtspraak bij het beslechten van conflicten?', p. 242.

²⁹ Ibidem.

³⁰ Ibidem, p. 243.

³¹ Lünemann e.a., *Herstelbemiddeling Reclassering Nederland*, Utrecht, 2010, p. 13.

uitsluitend op de traditionele strafrechtelijke manier zijn bestraft.³² John Blad, hoofddocent Strafrechtswetenschappen aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, werpt de suggestie op dat een verband bestaat tussen enerzijds de hoge mate van naleving van overeenkomsten die uit herstelbemiddeling voortkomen en anderzijds de mate waarin men de procedure van herstelrecht als rechtvaardig ervaart.³³

Het onderzoek uit 2004 naar de dader-slachtoffer gesprekken in Nederland legde geen heldere relatie bloot tussen de herstelbemiddeling en de straftoemeting. De vraag of herstelbemiddeling een alternatief of een aanvulling voor de rechtszaak moest zijn bleef onbeantwoord.³⁴

In een onderzoeksrapport uit 2010 zijn drie *pilots* met herstelbemiddeling door Reclassering Nederland geëvalueerd. Het ging hier om experimenten met meerderjarige daders, die zichzelf aan konden melden voor herstelbemiddeling. Centraal in deze *pilots* stond de vraag of herstelbemiddeling bij reclassering past. Reclassering Nederland stelt diagnoses en adviseert rechters, het Openbaar Ministerie en de Dienst Justitiële Inrichtingen. Zij regelt 'vroeghulpbezoek' als de verdachte nog vastzit in een politiecel. Ook begeleiden reclasseringswerkers verdachten en daders en houden zij toezicht op de uitvoering van taakstraffen. Reclassering Nederland beoogt tevens een rol te spelen bij de terugkeer in de samenleving.

De slachtoffer-dadergesprekken in deze *pilots* van Reclassering Nederland stonden los van het strafrecht. Ze werden dus niet meegerekend in de strafmaat. De *pilots* hadden als doel de recidive te verminderen. De dader zou verantwoording moeten afleggen voor zijn daden en het aangerichte leed moeten erkennen. Zijn zelfrespect zou moeten toenemen als gevolg van de herstelbemiddeling. Bij het slachtoffer zou angst weggenomen moeten worden. Waar mogelijk zou ook het contact tussen dader en slachtoffer moeten verbeteren en afspraken voor de toekomst moeten worden gemaakt.³⁵

Als de motivatie bij (één van) de partijen ontbrak, werd afgezien van bemiddeling. Ook wanneer duidelijk was dat de dader op strafvermindering hoopte, werd dat als gebrek aan motivatie voor een bemiddelend gesprek met het slachtoffer gezien. Verder konden taalproblemen en middelengebruik een reden zijn om af te zien van een bemiddelingsaanbod, wanneer hierdoor communicatie niet mogelijk zou zijn. Zaken van huiselijk geweld waren in sommige regio's een reden om herstelbemiddeling uit te sluiten, maar in Amsterdam was de *pilot* juist specifiek gericht op deze categorie zaken. Andere zaken waarin werd bemiddeld, waren geweldsdelicten in het (semi)publieke domein, zoals geweld tegen medewerkers

³² J. Blad, 'Herstelrecht en civilisering van de strafrechtspleging', in: M.-C. Foblets, M. Hildebrandt en J. Steenbergen (eds.), *Liber Amoricum René Foqué*, Gent/Den Haag, 2011, p. 188.

³³ Ibidem.

³⁴ Kocken, 'Is "mediation" een alternatief voor rechtspraak bij het beslechten van conflicten?', p. 243.

³⁵ Lünemann e.a., *Herstelbemiddeling Reclassering Nederland*, p. 29.

van de sociale dienst of een maatschappelijk werker, burenruzies, ontucht en overvallen.³⁶

Slachtoffers bleken vaker een aanbod tot herstellbemiddeling te weigeren dan daders. Bemiddelaars zagen dat de dader spijtbesef ontwikkelde. Als dader en slachtoffer elkaar voor het delict al kenden, leek de verhouding tussen beiden te verbeteren als gevolg van de bemiddeling. Bemiddelaars dachten dat de herstellbemiddeling bijdroeg aan de vermindering van de angst bij het slachtoffer. Knelpunten in de *pilots* bleken te bestaan op het vlak van vertrouwelijke informatie. Informatie-uitwisseling tussen reclasseringswerkers en bemiddelaars vond plaats zonder dat de grenzen hieraan waren vastgesteld. Een ander knelpunt was de beeldvorming over neutraliteit van de reclasseringsmedewerker. Slachtoffers konden het idee hebben dat reclasseringsmedewerkers er alleen voor de dader of verdachte was. Over het algemeen waren bemiddelaars en andere betrokkenen positief over deze experimenten met herstellbemiddeling door Reclassering Nederland.³⁷

Bij de rechtbank Amsterdam werden tussen oktober 2010 en mei 2011 61 zaken door het OM voorgedragen voor bemiddeling binnen het *pilot* project 'Mediation naast strafrecht'. In 26 zaken bleken zowel slachtoffer als dader bereid om aan bemiddeling deel te nemen. In 17 van deze bemiddelingszaken werd een gezamenlijke vaststellingsovereenkomst bereikt. Vrijwel alle deelnemers, zowel daders als slachtoffers, waren positief over hun ervaring met de bemiddeling. Een deel van deze zaken is niet meer op zitting gekomen of werd afgedaan met een schuldigverklaring zonder strafoplegging.

Bij het parket in Maastricht is in de periode 2000-2010 in ruim 1500 zaken gebruik gemaakt van bemiddeling. Van de 1500 zaken heeft 70% geresulteerd in een overeenkomst. In 2012 is men weer begonnen met bemiddeling. Het gaat om bemiddeling in een zo vroeg mogelijk stadium van de strafprocedure. De parketsecretaris beoordeelt welke zaken geschikt lijken voor bemiddeling. De bemiddelaar inventariseert de bereidheid voor bemiddeling bij slachtoffer en verdachte. De bemiddeling omvat meestal een gesprek van een paar uur. Advocaten en familieleden nemen niet deel aan het gesprek. Voorwaarde voor deelname van de verdachte is dat hij bekent en bereid is de door hem toegebrachte schade te herstellen. Voorwaarde voor deelname van het slachtoffer is dat hij geen irreële of disproportionele wensen heeft. Het komt in Maastricht ook voor dat de zittingsrechter naar een bemiddelaar verwijst. De fase van de politie is dan al gepasseerd, maar voor bemiddeling blijkt het soms toch nog niet te laat te zijn. De zittingsrechter schorst het onderzoek ter terechtzitting ex artikel 282 Wetboek van Strafvordering. De bemiddelaar neemt het dan voorlopig over.³⁸

Inmiddels is de Wet van 6 juni 2011 tot aanpassing van de Wet schadefonds geweldsmisdrijven in werking getreden. Artikel 51h Wetboek van Strafvordering

³⁶ Ibidem, pp. 31-32.

³⁷ Ibidem, pp. 33-38.

³⁸ 'Redactioneel', *Nieuwsbrief Strafrecht*, 5 december 2012, afl. 13, pp. 1258-1262.

bepaalt nu dat het Openbaar Ministerie bevordert dat de politie in een zo vroeg mogelijk stadium het slachtoffer en de verdachte op de hoogte stelt van de mogelijkheden tot bemiddeling. Indien een bemiddeling tot een overeenkomst tussen dader en slachtoffer heeft geleid, houdt de rechter daar ex artikel 51h, 2^e lid Wetboek van Strafvordering rekening mee bij het opleggen van een straf of maatregel. Het OM bevordert ook bemiddeling tussen slachtoffer en veroordeelde nadat het slachtoffer daarmee heeft ingestemd. Bovendien kunnen bij Algemene Maatregel van Bestuur nadere regels worden gesteld betreffende bemiddeling.

Bemiddeling speelt ontegenzeggelijk al een rol in het strafproces. Er is sprake van een soort mengvorm: bemiddeling kan in de plaats komen van verdere traditionele strafvervolgning (voorwaardelijk sepot), maar de resultaten van de bemiddeling kunnen ook worden meegewogen in de strafmaat. Meestal verwijst de politie naar bemiddeling, maar ook de rechter kan bemiddeling bevorderen.

Daarnaast zou een schuldigverklaring zonder strafoplegging, ex artikel 9a Wetboek van Strafrecht, gebruikt kunnen worden om de bemiddeling in het strafproces een plaats te geven. Bij de experimenten met bemiddeling in het strafrecht in Amsterdam en Maastricht wordt gesproken over ‘mediation’ en niet over ‘herstelrecht’. Een voorwaarde voor deelname van de verdachte aan de bemiddeling in Maastricht is dat hij bekent en bereid is de door hem toegebrachte schade te herstellen. Dit duidt erop dat gekozen wordt om herstel van materiële schade een belangrijk doel te doen zijn van de bemiddeling in het strafrecht.

II.2.4 Conclusie en aanbeveling: herstelrecht en legitimiteit

In welk opzicht kan herstelrecht bevorderend zijn voor de legitimiteit van de rechterlijke macht? Wie herstelrecht ziet als verlengstuk van de strafrechtprocedure, kan deze vorm van strafrechtspraak opvatten als een bijdrage aan het conflictoplossend vermogen van de rechterlijke macht, de legitimatie van overheidsmacht in liberale optiek bij uitstek. Een herstelgesprek tussen verdachte en slachtoffer kan bijdragen aan enkele belangrijke doelen van het strafrecht: preventie en herstel van de geschonden rechtsorde. Het verder bevorderen van herstelrecht zou daarmee zijn grondslag vinden in een belangrijke kernwaarde van de rechterlijke macht, namelijk dat deze via haar uitspraken ook steun genereert in de samenleving.

Echter, herstelrecht is *geen* rechtspraak; het is er een alternatief voor of een aanvulling op. Kan een herstelprocedure, als dejuridisering van het straf(proces) recht, ook de legitimiteit van de rechterlijke macht bevorderen?

Herstelrecht als alternatief voor een strafprocedure houdt in dat de rechter niet optreedt waar hij dat beter niet kan doen, omdat gebleken is dat een gesprek tussen verdachte en slachtoffer beter bijdraagt aan de doelen van het strafrecht: preventie en herstel van de rechtsorde. Het herstelrecht biedt de rechter de mogelijkheid terughoudend te zijn wanneer de doelen van het strafrecht beter op een andere manier worden bereikt. Dit kan op zichzelf een bescherming van het gezag van de rechterlijke macht betekenen, waarmee herstelrecht als alternatief voor het strafrecht bijdraagt aan het behoud van de legitimiteit van de rechterlijke macht: de rechter

Plea Bargaining: bemiddeling in het strafrecht

In onder meer Engeland en de Verenigde Staten wordt volop gebruik gemaakt van *plea bargains* in een strafzaak: een overeenkomst tussen verdachte en de openbaar aanklager. Er zijn verschillende typen *plea bargains*. *Charge bargaining* komt in de VS het meest voor. De verdachte gaat er mee akkoord om zich schuldig te verklaren aan een minder zwaar delict op voorwaarde dat hij vrij wordt gesteld van vervolging van zwaardere delicten. De verdachte pleit bijvoorbeeld schuldig aan doodslag, zodat hij niet meer vervolgd wordt voor moord. *Sentence bargaining* komt een stuk minder vaak voor. De verdachte verklaart zichzelf schuldig aan het delict dat hem tenlaste is gelegd, op voorwaarde dat hij een lichtere straf krijgt. In lang niet iedere staat van de Verenigde Staten is deze vorm van *plea bargaining* toegestaan. Het is immers de rechter die een straf oplegt, niet de aanklager. Tot slot is *fact bargaining* de minst voorkomende vorm van *plea bargaining*. De verdachte gaat er mee akkoord dat hij bepaalde feiten niet zal bestrijden op voorwaarde dat andere feiten door de aanklager niet zullen worden ingebracht als bewijsmateriaal. In veel gerechten is deze vorm van *plea bargaining* niet toegestaan.

Het voordeel van *plea bargaining* is dat gerechten minder werk aan een strafzaak hebben, het strafdossier ook voor de aanklager versimpeld wordt en de verdachte zichzelf tijd en geld bespaart met een korter durend strafproces waarin hij zichzelf niet meer hoeft te verdedigen. Het nadeel van *plea bargains* is dat het belang van de samenleving in het geheel en het slachtoffer in het bijzonder bij een *rechtvaardige* uitkomst van een strafzaak in feite geen rol speelt. In die zin vormt *plea bargaining*, als vorm van *mediation* in het strafrecht waarbij de belangen van de aanklager en de verdachte op elkaar worden afgestemd, geen bijdrage aan het herstel van de geschonden rechtsorde. Bovendien kan bij de verdachte een druk ontstaan om met *plea bargaining* mee te gaan om verdere (reputatie)schade door een langlopend proces te voorkomen. Ook voor verdachte kan de rechtvaardigheid in individuele gevallen dus uit zicht raken bij deze vorm van bemiddeling in het strafrecht.

Voor de vraag of *plea bargaining* een versterking kan betekenen voor de legitimiteit van de rechterlijke macht dient een onderscheid te worden gemaakt tussen legitimiteit op microniveau (legitimiteit per zaak) en macroniveau (legitimiteit van het rechtsbestel). Zowel op micro- als macroniveau zijn bezwaren te benoemen in het licht van de legitimiteit. Overigens moet een *plea bargain* nog wel worden goedgekeurd door een rechter, hetgeen betekent dat verdachte nog eens welbewust wordt gevraagd of hij zich in de overeenkomst kan vinden. De mogelijkheid voor de burger om een zaak buitenrechtelijk af te doen kan in sommige gevallen een welkome aanvulling van het strafstelsel betekenen (microniveau). Vanuit macroniveau bekeken kan *plea bargaining* een versterking van de rechterlijke macht betekenen als dankzij *plea bargaining* meer zaken worden afgedaan die anders wegens capaciteitsgebrek geen vervolging zouden krijgen.

grijpt alleen in waar hij met zijn bindende en dwingende uitspraken werkelijk toegevoegde waarde heeft, namelijk als vanwege de ernst of de aard van het delict een herstelgesprek niet volstaat om de doelen van het strafrecht te bereiken.

Het recht dat de overheid mediation bevordert is door het WODC in 2010 aangemerkt als één van de rechten die voor het slachtoffer in het leven zijn geroepen. Bemiddeling in het strafrecht wordt dan ook gerechtvaardigd door de toegevoegde waarde ten opzichte van een strafprocedure: de potentie om sociale verhoudingen en het aangetaste rechtsgevoel van het slachtoffer te herstellen.³⁹

Aanbeveling

· **Het Openbaar Ministerie dient de discretionaire bevoegdheid te krijgen om een herstelgerichte procedure aan te bieden aan slachtoffer en verdachte, die in de plaats komt van een traditionele strafgerichte procedure bij 'lichte' misdrijven, jeugdige daders en *first time offenders*.** Wanneer het slachtoffer primair excuses van de verdachte wenst en de verdachte akkoord is met een herstelprocedure in plaats van een traditionele strafrechtelijke procedure, dan is de herstelgerichte procedure in bepaalde gevallen een geschiktere manier om de geschokte rechtsorde te herstellen dan de strafrechtelijke procedure. Het gaat om strafbare feiten waarvoor een transactie of strafbeschikking mogelijk is en zaken die (als er geen herstelbemiddeling zal plaatsvinden) worden afgedaan bij de politierechter. Te denken valt aan eenvoudige zaken van mishandeling, diefstal, zaaksbeschadiging, bedreiging en openlijke geweldpleging. Geschikte zaken voor herstelrecht kunnen zaken van *first offenders* en jeugdige daders zijn en zaken waarin slachtoffer en dader elkaar kennen. Biedt het OM geen herstelprocedure aan of weigert verdachte of slachtoffer akkoord te gaan met een herstelprocedure, dan wordt een strafprocedure in gang gezet die leidt tot een transactie, een strafbeschikking of de politierechter. De beslissing van het OM om de zaak aan herstelgerechtigheid te onderwerpen krijgt het karakter van een opschorting van de vervolging of een voorwaardelijk sepot. De bemiddelaar maakt een verslag op en op basis daarvan bekijkt het OM of de vervolging definitief wordt gestaakt.

³⁹ K. Lens, A. Pemberton, M. Groenhuijsen, *Het spreekrecht in Nederland: een bijdrage aan het emotioneel herstel van slachtoffers?*, WODC, 2010, p. 7.

III. Participatie van het slachtoffer in het strafproces

III.1 Veranderende opvattingen over het slachtoffer in het strafproces

In dit hoofdstuk bestuderen we op welke manier participatie van het slachtoffer in het strafproces kan bijdragen aan de legitimiteit van de rechterlijke macht: aan de verwezenlijking van de besproken kernwaarden van de rechterlijke macht, aan de legaliteit van het rechterlijk handelen en aan het vertrouwen van burgers in de rechterlijke macht.

De positie van het slachtoffer binnen de strafrechtspleging staat volop in de belangstelling. Op 10 juli 2012 heeft de Eerste Kamer een wetsvoorstel aangenomen waarmee het spreekrecht voor slachtoffers en nabestaanden tijdens de zitting is uitgebreid. Per 1 september 2012, de dag dat de wet in werking trad, mogen meer nabestaanden spreken en mogen ouders ook voor hun minderjarige kind spreken. Ook kan een gemachtigde het woord nemen voor een slachtoffer, als hij of zij fysiek of geestelijk niet in staat is zelf van het spreekrecht gebruik te maken. De gemachtigde is iemand uit familiekring, een advocaat, of een medewerker van Slachtofferhulp Nederland.

Er heeft zich vergeleken met 100 jaar geleden een omslag in het denken over het slachtoffer in het strafproces voorgedaan. Aan het eind van de 19^e eeuw hield de maatschappelijke opvatting over de functie van strafrechtspleging in dat het publieke belang ermee gediend moest worden. Tegenwoordig wordt meer dan toen erkend dat het strafrechtelijk ingrijpen ook het particuliere belang van het slachtoffer moet dienen. In de komende paragraaf wordt een kort overzicht gegeven van de ontwikkeling van de positie van het slachtoffer in de strafrechtspleging. Daarna volgt een uiteenzetting van de belangrijkste hedendaagse discussiepunten ten aanzien van het slachtoffer in het strafproces.

Aan het begin van de 19^e eeuw was in Nederland de *Code d'Instruction Criminelle* van kracht, als gevolg van de inlijving bij het keizerrijk van Napeleon. De Franse wetgeving bleef ook na het herstel van de nationale soevereiniteit nog een tijd gelden. Het ontwerp-Wetboek van Strafvordering van 1828 werd in 1830 aangenomen en vanwege de Belgische Opstand pas in 1838 ingevoerd. Dit eerste nationale Wetboek van Strafvordering bouwde voort op de *Code d'Instruction Criminelle*. Binnen de rechtsopvattingen van die tijd werd een strikt onderscheid gemaakt tussen het strafbare feit als onderwerp binnen een strafrechtelijke procedure en de onrechtmatige daad als onderwerp binnen een civielrechtelijke procedure. 'De idee dat in één procedure zou worden geoordeeld over de strafrechtelijke aspecten én de civielrechtelijke kwestie inzake schadevergoeding is niet in overeen-

stemming te brengen met de nationale rechtsopvattingen [...]'.¹ Slachtoffers van delicten dienden uit het strafproces te worden geweerd; verondersteld werd dat zij erop uit zouden zijn wraakgevoelens en ongepaste emoties in het rationele strafproces in te brengen. Wel werd aan de benadeelde partij de mogelijkheid geboden om zich met een civielrechtelijke schadevergoeding te voegen in het strafproces en kreeg de benadeelde de mogelijkheid tot beklag tegen een beslissing van het Openbaar Ministerie om niet te vervolgen.²

Geleidelijk aan nam het wantrouwen tegen inbreng van het slachtoffer in het strafproces af en werd het beeld van het slachtoffer, dat enkel op wraak en vergelding belust zou zijn wanneer hij zich in het proces zou voegen, minder gemeengoed. De opkomst van de zogenaamde Moderne Richting, tweede helft 19^e en eerste helft 20^e eeuw, bracht verzet mee tegen de ondergeschikte positie van het slachtoffer.³ De strafrechttheoretici van de Moderne Richting stelden niet alleen vergelding als doel van het strafrecht centraal, maar hadden ook oog voor andere strafdoelen, zoals preventie, conflictoplossing en herstel van het rechtvaardigheidsgevoel. De aandacht voor het slachtoffer bleef nog wel beperkt tot de kwestie van de schadevergoeding. De schadevergoeding werd niet alleen gezien als middel tot herstel en genoegdoening, maar ook als instrument waar een preventieve werking van uitgaat. De schadevergoeding vormt een belemmering voor de dader om zijn misdaad te herhalen en waarschuwt anderen dat op die misdaad (letterlijk) een prijs staat. Een vordering tot schadevergoeding zou daarom prima passen binnen een strafzaak. Er ontstond daarmee kritiek op het strikte onderscheid tussen de onrechtmatige daad als onderwerp van een civiele rechtszaak en het strafbaar feit als onderwerp van een strafzaak.

Toch bleef gedurende de 20^e eeuw de opvatting overheersen dat het de effectiviteit van de strafrechtspleging niet ten goede zou komen als de rechten van het slachtoffer in het strafproces zouden worden uitgebreid. De strafrechtspleging werd primair gezien in het licht van het algemeen belang, ten behoeve waarvan het Openbaar Ministerie een belangenafweging maakt of tot vervolging moet worden overgegaan en welke straf het OM zou moeten eisen. Bij die afweging worden de belangen van het slachtoffer meegenomen, naast de belangen van de verdachte en de geschonden publieke rechtsorde waarvoor zorg gedragen dient te worden. Het idee heerste dat het publieke belang daarmee het particuliere belang van het

¹ R.S.B. Kool, 'Uit de schaduw: de emancipatie van het slachtoffer binnen de strafrechtspleging', in: WODC, *Honderd jaar wetboek van Strafrecht, Justitiele Verkenningen*, 's-Gravenhage, 1999, nr. 9, pp. 60-61.

² De mogelijkheid tot beklag tegen niet-vervolgving betrof artikel 3 Wetboek van Strafvordering 1830.

³ In de tweede helft van de 19^e eeuw ontstond kritiek op de Klassieke Richting als strafrechtsopvatting, gericht op verantwoordelijkheid en schuld. Vergelding werd als belangrijkste strafdoel gezien. Er werd niet naar de dader, maar naar de daad gekeken. De Moderne Richting legde meer nadruk op de pleger van het delict. De dader moet weer terug kunnen keren in de samenleving, en speciale preventie werd als belangrijk strafdoel gezien.

slachtoffer omvat.

In de naoorlogse jaren kwam de schadekwesitie weer op de politieke agenda te staan. In die jaren nam het aantal verkeersslachtoffers toe. In 1965 werd het Waarborgfonds Motorverkeer ingesteld. Daarnaast werden vanuit de wetenschap geluiden hoorbaar die pleitten voor een bredere kijk op het slachtofferschap dan alleen het financiële aspect ervan. In de jaren '60 en '70 nam de mondigheid van de burger toe en steeg de criminaliteit. Een ontwikkeling tekende zich af waarin burgers zich organiseerden rondom het thema van slachtofferschap. De vrouwenbeweging, strijdende tegen relationeel en seksueel geweld, nam hierbij een bijzondere plaats in. De opvatting dat de wettelijke mogelijkheden tot schadevergoeding onvoldoende waren, werd gemeengoed. In 1985 resulteerde dat in de instelling van de Commissie Wettelijke voorzieningen slachtoffers in het strafproces (de Commissie-Terwee). Ook volgden aanbevelingen aan Nederland vanuit de Raad van Europa en de Verenigde Naties om maatregelen te treffen die strekten tot de versterking van de positie van het slachtoffer in het strafproces.⁴

De werkgroep Justitieel Beleid en Slachtoffer⁵ uit 1984 deed enkele voorstellen die de basis vormden voor de slachtofferrichtlijnen van 1986 en 1987. Uitgangspunt hierbij was dat de strafrechtelijke afdoening van een misdrijf mede als doel heeft om het slachtoffer morele genoegdoening te verschaffen. De weg naar een op 'dienstverlening gericht justitieel slachtofferbeleid' werd hiermee ingeslagen. Een cliëntgerichte houding, zo werd verondersteld, zou de onvrede van slachtoffers het hoofd kunnen bieden. In de wet-Terwee (Wet Slachtofferhulp, 1995) was nadrukkelijk aandacht voor de financiële aspecten van het slachtofferschap. Deze wet verruimde de regeling waarmee het slachtoffer zich kon voegen in de strafzaak en waarmee een schadevergoedingsmaatregel in strafrechtelijke zin werd ingevoerd. Een spreekrecht werd nog niet overwogen. Deze wet stuitte op problemen in de uitvoering. De discussie over de positie van het slachtoffer in het strafproces bleek nog niet ten einde. Critici onderstreepten met name het belang van de informatieplicht ten behoeve van het slachtoffer omtrent de gang van zaken rond de vervolgingsbeslissing en -procedure.

In de jaren '90, onder de groeiende aandacht voor grondrechten, werd het slachtofferschap ook gethematiseerd binnen de mensenrechten. Delicten werden niet langer alleen gezien als schending van de publieke rechtsorde, maar ook als schending van particuliere rechten. Hieruit volgde dat ook actieve bescherming door de overheid van het slachtoffer werd gevraagd. Zo werd bijvoorbeeld een richtlijn betreffende de afhandeling van seksueel misbruik ingediend. In de jurisprudentie werd meer gewicht gegeven aan de eerbiediging van de persoonlijke

⁴ Zoals de *Declaration of Basic Principles of Justice for Victims of Crime and Abuse of Power* van de Verenigde Naties (1985) en de *Aanbeveling inzake de positie van het slachtoffer in het kader van het strafrecht en het strafproces* van de Raad van Europa (1985).

⁵ Ook wel bekend als werkgroep Vaillant I.

levenssfeer en de onaantastbaarheid van het menselijk lichaam.⁶ Kortom, de verschuivende opvattingen over de positie van het slachtoffer hadden ook in materieelrechtelijk opzicht effect.

Eind jaren '90 hield het Openbaar Ministerie als uitgangspunt aan dat het slachtoffer rechtssubject is en als zodanig op kwalitatief hoogwaardige rechtspleging aanspraak maakt. Het idee dat het publieke belang automatisch het particuliere belang van het slachtoffer omvat, werd minder vanzelfsprekend. Men begon na te denken over rechten voor het slachtoffer binnen het strafproces, in de vorm van wettelijk spreekrecht tijdens de zitting, een wettelijk recht op informatie omtrent de vervolgingsbeslissing en het strafproces en een ruimere toepassing van de regelgeving omtrent de schadevergoeding. Een wettelijk recht op inspraak over de strafmaat bleef buiten beschouwing.

III.2 Het wettelijk spreekrecht en de schriftelijke slachtofferverklaring

Na de hiervoor beschreven ontwikkelingen in Nederland is inmiddels een aantal rechten voor het slachtoffer wettelijke norm geworden. In het onderzoeksverslag *Het spreekrecht in Nederland: een bijdrage aan het emotioneel herstel van slachtoffers?*, uitgevoerd in opdracht van het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatie Centrum (WODC) uit 2010, worden deze rechten opgesomd:

- 'Het recht op respect en erkenning gedurende de strafrechtelijke procedure;
- Het recht om informatie te krijgen;
- Het recht om informatie te verstrekken aan de *officials* van het strafrechtelijk systeem;
- Het recht op rechtsbijstand; inzet van een tolk/vertaler en op tegemoetkoming in onkosten als gevolg van het strafproces;
- Het recht op bescherming van privacy en van fysieke veiligheid;
- Het recht op schadevergoeding, van de dader en/of van de overheid;
- Het recht op slachtofferhulp;
- Het recht dat de overheid *mediation* zal bevorderen;
- Het recht dat de lidstaat samenwerking met andere overheden zal stimuleren in gevallen van grensoverschrijdende criminaliteit.⁷

Sinds 1 januari 2005 bestaat het wettelijk spreekrecht voor slachtoffers en nabestaanden, voor een gelimiteerd aantal delicten dat is opgesomd in artikel 302 Wetboek van Strafvordering. Slachtoffers hebben het recht op de openbare zitting te spreken over de gevolgen van het delict zoals zij die ervaren. Sinds 2004 bestaat ook de schriftelijke slachtofferverklaring, die slachtoffers de mogelijkheid biedt om in een schriftelijke verklaring de ervaren gevolgen uiteen te zetten. Deze verklaring kan aan het strafdossier worden toegevoegd indien het slachtoffer dat wenst. Het gebruik van het ene recht (op een schriftelijke verklaring) sluit het andere recht (op spreektijd tijdens de zitting) niet uit. Doelen van het spreekrecht

⁶ Artikel 10 en 11 Grondwet en 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens.

⁷ K. Lens, A. Pemberton, M. Groenhuijsen, *Het spreekrecht in Nederland: een bijdrage aan het emotioneel herstel van slachtoffers?*, WODC, 's-Gravenhage, 2010, p. 7.

zoals geregeld in deze wet zijn informatievoorziening aan de rechter, speciale preventie gericht op het verkleinen van de kans op recidive door de dader, algemene preventie gericht op het herbevestigen van de wettelijke norm die voor iedere burger geldt en het (begin van) herstel van emotionele schade bij het slachtoffer.

Alleen slachtoffers en nabestaanden van zware delicten (waarop minimaal acht jaar gevangenisstraf staat) hebben het spreekrecht of het recht op het inbrengen van een schriftelijke verklaring. Slachtoffers of nabestaanden van twaalf jaar en ouder kunnen van het spreekrecht gebruik maken.⁸ Ook minderjarige slachtoffers jonger dan twaalf jaar hebben spreekrecht, indien de rechter hen in staat acht hun belangen in redelijkheid te waarderen. Tot de nabestaanden worden de echtgenoot of geregistreerd partner gerekend. Zijn zij afwezig of niet in staat om van het spreekrecht gebruik te maken, dan worden de ouders als nabestaanden gezien die van het spreekrecht gebruik kunnen maken. Zijn ook zij afwezig of niet in staat van het spreekrecht gebruik te maken, dan hebben ook broers of zussen het spreekrecht.

De Wet Versterking positie slachtoffers, die op 1 januari 2011 in werking is getreden, en de gewijzigde Wet Schadefonds geweldsmisdrijven, van kracht sinds 1 januari 2012, hebben de positie van het slachtoffer in het strafproces verder versterkt. Slachtoffers van gewelds- en zedendelicten mogen nu een verklaring afleggen over lichamelijke, emotionele of economische gevolgen van het delict. Als een schadevergoedingsmaatregel is toegewezen, wordt het gehele schadebedrag aan het slachtoffer voorgesloten als de dader niet direct betaalt. Ook nabestaanden kunnen in aanmerking komen voor schadevergoeding, zowel van materiële als van immateriële schade.⁹

Op 10 juli 2012 is door de Eerste Kamer een wetsvoorstel aangenomen dat het bestaande spreekrecht voor slachtoffers en nabestaanden verder uitbreidt. Deze wet is per 1 september 2012 in werking getreden. Er mag per die datum meer dan één nabestaande in dezelfde strafzaak spreken. Dat was al het geval voor slachtoffers. Ook wettelijke vertegenwoordigers (ouders) van minderjarige kinderen mogen spreken ter zitting, mits dat niet in strijd is met het belang van het kind. Daarnaast mag een gemachtigde in de plaats van het slachtoffer spreken, als deze zelf fysiek of geestelijk niet in staat is het spreekrecht uit te oefenen. Dat kan behalve iemand uit familiekring ook een advocaat of medewerker van Slachtofferhulp Nederland zijn.

III.3 Discussie over de positie van het slachtoffer in het strafproces

Verscheidene van de eerder opgesomde rechten van het slachtoffer zijn onomstreden, zoals het recht op slachtofferhulp, het recht op informatie omtrent de vervolging en het recht op schadevergoeding. Veel minder onomstreden zijn de rechten waar het de participatie in het strafproces betreft. Critici brengen hierbij

⁸ Artikel 336 Wetboek van Strafvordering.

⁹ <http://www.rijksoverheid.nl/onderwerpen/slachtofferbeleid/betere-positie-slachtoffers>.

een drietal bezwaren naar voren. Zij waarschuwen voor het gevaar dat een sterkere positie voor het slachtoffer binnen het strafproces ten koste gaat van de rechtsbescherming van de verdachte, die recht heeft op een eerlijk proces. Zijn onschuld dient te worden verondersteld tot de rechter na feitenonderzoek het tegenovergestelde concludeert. Daarbij worden emoties, door het slachtoffer in het proces ingebracht, als onwenselijk gezien. Naast dit bezwaar tegen een participatieve rol van het slachtoffer in het strafproces, trekken critici ook in twijfel of het bevorderen van het welzijn van het slachtoffer wel een functie van het strafrecht hoort te zijn. Zij vragen zich bovendien af of de instrumenten binnen het strafrecht daadwerkelijk in het belang van slachtoffers zijn.

Met de laatste twee genoemde bezwaren is bij het instellen van het spreekrecht en de schriftelijke slachtofferverklaring rekening gehouden. Het risico op 'secundaire victimisatie' is erkend. Hiermee wordt bedoeld dat het slachtoffer vanwege zijn of haar participatie in het strafproces opnieuw beschadigd kan raken als gevolg van bijvoorbeeld emoties en angsten die nog niet zijn verwerkt en die tijdens de zitting worden opgehaald. Ook persaandacht voor het strafproces kan secundaire victimisatie teweegbrengen, evenals teleurstelling doordat het strafproces niet oplevert wat het slachtoffer ervan had verwacht. Het risico op secundaire victimisatie kan worden verkleind door slachtoffers vooraf uitvoerig te informeren over het strafproces, waardoor zij een realistisch beeld krijgen van het verloop ervan. Slachtoffers zijn daarnaast niet gerechtigd om over de toedracht van de feiten te spreken; dit behoedt hen ervoor dat zij op basis van hun schriftelijke of mondelinge inbreng zouden moeten worden gehoord als getuige. Zouden zij wel spreken over de toedracht van de feiten, dan zou dit neerkomen op een getuigenverklaring, waarvoor het slachtoffer onder ede moet worden gehoord. Dat zou te ingrijpend voor het slachtoffer kunnen zijn.

Participatie van het slachtoffer in het strafproces wordt in de internationale literatuur verdedigd door critici die in slachtofferparticipatie een waarde op zichzelf zien.¹⁰ Verschillende onderzoeken hebben aangetoond dat niet alleen de uitkomst, maar zeker ook de procesmatige aspecten van een beslissingsprocedure van invloed zijn op het rechtvaardigheidsoordeel dat mensen hebben ten aanzien van een beslissing.¹¹ De mogelijkheid om eigen argumenten en standpunten uit te drukken, los van de uitkomst van de procedure, blijkt een zelfstandige waarde te hebben. In divers Amerikaans onderzoek zijn de *Victim Impact Statements* (VIS) besproken, de Amerikaanse variant van de schriftelijke slachtofferverklaring waarin in tegenstelling tot de Nederlandse pendant het slachtoffer zich ook mag uitlaten over de gewenste strafmaat. Slachtoffers maken gebruik van dit middel opdat zij via een schriftelijke verklaring gehoord en erkend worden. Dit draagt volgens deze onderzoeken bij aan het idee dat het strafproces rechtvaardig verloopt.

Men kan zich afvragen of het wel een doel van het strafrecht moet zijn om

¹⁰ Dit zelfstandige belang van het participeren is eerder ter sprake gekomen in relatie tot lekenparticipatie in het strafproces en het concept van 'procedurele rechtvaardigheid'.

¹¹ Lens, Pemberton en Groenhuijsen, *Het spreekrecht in Nederland*, p. 13.

herstel van emotionele schade te bevorderen en of de rechtszaal de geschikte plaats is voor emotioneel herstel. Allereerst moet worden erkend dat ‘het slachtoffer’ per situatie zeer verschilt: niet alleen maakt iedere persoon een uniek proces van verwerking of herstel door, ook de omstandigheden en de delicten verschillen van zaak tot zaak. Het ene slachtoffer zal meer baat hebben bij het spreekrecht of een schriftelijke verklaring dan het andere slachtoffer.

In *Het spreekrecht in Nederland: een bijdrage aan het emotioneel herstel van slachtoffers?* zijn de resultaten beschreven van een onderzoek naar de vraag in hoeverre ‘de wet invoering spreekrecht voor slachtoffers en nabestaanden [uitpakt] als bijdrage aan het (begin van) herstel van emotionele schade door middel van erkenning’.¹² De eerste resultaten gaven aan dat de emotionele schade bij slachtoffers die gebruik hadden gemaakt van hun spreekrecht en/of het recht een schriftelijke verklaring af te leggen niet afweek van de slachtoffers die geen gebruik hadden gemaakt van hun participatieve rechten. Indicatoren voor emotionele schade waren posttraumatische stress, angst- en woede-klachten. Zo bezien zouden het spreekrecht en de schriftelijke slachtofferverklaring weinig effect sorteren op het herstel van de emotionele schade bij het slachtoffer. Toch kan dat zeker niet met stelligheid worden geconcludeerd. Het slachtofferschap bij de groep die geen gebruik had gemaakt van zijn participatieve rechten had gemiddeld zes maanden geleden plaatsgevonden en deze slachtoffers waren bij de voormeting al overwegend klachtenvrij. Een normaal verwerkingsproces zou zo verlopen dat slachtoffers direct na een zwaar delict symptomen van posttraumatische stress vertonen die binnen een aantal maanden sterk afnemen. De groep die gebruik had gemaakt van het spreekrecht en de schriftelijke verklaring vertoonde echter symptomen van chronische posttraumatische stress. Het delict had langer geleden plaatsgevonden en de slachtoffers hadden ook al bij de voormeting flinke klachten. ‘De verdere afname van de klachten van de niet-deelnemers was aldus te verwachten, terwijl de afname van de klachten van de sprekers en de SSV-ers [zij die een schriftelijke slachtofferverklaring hadden laten opstellen, red.] *mogelijk* toch toe te schrijven is aan de deelname aan het spreken dan wel schriftelijk verklaren.’¹³ Hier zou nader onderzoek meer duidelijkheid over moeten verschaffen, aldus de opstellers van het rapport.

III.4 De fasering van het spreekrecht voor slachtoffers binnen het strafproces

We hebben in het voorgaande laten zien dat de positie van het slachtoffer in het strafproces de afgelopen decennia is gegroeid vanuit de gedachte dat deelname van slachtoffers kan bijdragen aan de procedurele rechtvaardigheid van het strafproces. Dit wil niet zeggen dat de legitimiteit van het strafproces per definitie groter is naarmate het slachtoffer een uitgebreidere positie in het strafproces heeft. Participatie van het slachtoffer in het strafproces dient in de democratische rechtsstaat

¹² Lens, Pemberton en Groenhuijsen, *Het spreekrecht in Nederland*, p. 10.

¹³ *Ibidem*, p. 100.

nooit zo ver te reiken dat fundamentele rechten van de verdachte geschonden worden of dat de kans op een gerechtelijke dwaling onnodig groter wordt. Het moment waarop het slachtoffer participeert binnen het strafproces is van cruciaal belang voor de legitimiteit van het strafproces.

Geert-Jan Knoops heeft in een artikel in *De Groene Amsterdammer* van april 2013 twee modellen in het rechtsdenken over het strafrecht binnen de democratische rechtsstaat gepresenteerd: het beperkingsmodel en het beschermingsmodel. Het beperkingsmodel gaat ervan uit dat de macht van de overheid jegens de burger moet worden ingeperkt omwille van de bescherming van fundamentele (pre-politieke) natuurrechten, zoals het recht op vrijheid en het nastreven van geluk. Dit model ligt aan de basis van het Amerikaanse rechtsdenken. Hier vormt de overheid geen aparte rechtsfilosofische entiteit; zij bestaat alleen maar dankzij de burgers waarover zij regeert.

Naast het beperkingsmodel, waarin de bescherming van de burger tegen te veel overheidsmacht centraal staat, beschrijft Knoops het beschermingsmodel, waarin de bescherming van de samenleving (van de burger) tegen de crimineel centraal staat. Dit model heeft op het continentaal-Europese rechtsdenken, waaronder het Nederlandse, vat gekregen. De overheid is hier in tegenstelling tot binnen het beperkingsmodel wel een eigenstandige entiteit, daar zij het monopolie heeft op waarheidsvinding. De Wet Herziening ten Nadele, aangenomen door de Eerste Kamer op 9 april 2013, illustreert dit rechtsdenken van de bescherming van de samenleving tegen de crimineel. In bepaalde gevallen kan justitie met deze wet een burger die eerder is vrijgesproken voor een levensdelict opnieuw vervolgen. Dit is een afzwakking van het *Non bis in idem* beginsel, krachtens hetwelk niemand voor een tweede keer mag worden vervolgd voor een strafbaar feit waarvoor hij in een eindspraak eerder al is berecht of vrijgesproken.¹⁴ Ook het idee dat Fred Teeven in 2010, toen nog als Tweede Kamerlid voor de VVD, opwierp om de verdachte te veroordelen in de proceskosten en direct na arrestatie beslag te leggen op geld en goederen van de verdachte, is een voorbeeld van een idee dat voorkomt uit het beschermingsmodel, waarin het meer draait om de bescherming van de samenleving tegen de crimineel dan de beperking van de macht van de overheid ter bescherming van fundamentele rechten en vrijheden van burgers. Het fundamentele beginsel dat iemand onschuldig is tot het tegendeel door de rechter bewezen wordt geacht staat hiermee op gespannen voet.¹⁵

Knoops betoogt dat het beperkingsmodel te prevaleren is boven het beschermingsmodel. 'Het beperkingsmodel heeft de potentie om het risico op gerechte-

¹⁴ In de Verenigde Staten verbiedt het beginsel van *double jeopardy*, de Amerikaanse uitdrukking voor *Non bis in idem*, vervolging van hetzelfde feit voor de tweede keer. Het beginsel is vastgelegd in het vijfde amendement van de Amerikaanse Constitutie.

¹⁵ De strafprocedure wordt bovendien niet geïnitieerd door de burger (verdachte), maar door de overheid. Ook vanuit dit gegeven is het idee om de verdachte in proceskosten te veroordelen juridisch bekritiseerbaar.

lijke dwalingen te verkleinen.¹⁶ Binnen de principieel andere rechtsmentaliteit draait het bij het beperkingsmodel niet om het zoeken naar bewijs om de verdachte te veroordelen voor het hem ten laste gelegde feit, maar komt prominenter tot uitdrukking dat bepaalde natuurrechten van de verdachte dienen te worden beschermd en dat de verdachte ook onschuldig kan zijn. Dit betekent overigens niet dat binnen het beperkingsmodel gerechtelijke dwalingen als gevolg van valse bekentenissen, wankel ooggetuigenverklaringen of fouten in het forensisch onderzoek zijn uitgesloten; die komen ook in het Amerikaanse systeem voor. Dat betreft echter slechts een half tot één procent van het totale aantal strafzaken in de VS. Onderzoek heeft bovendien uitgewezen dat het in die gevallen juist misgging doordat van het beperkingsmodel werd afgeweken en rechercheurs door een tunnelvisie bevangen waren, gericht op het werven van zoveel mogelijk belastend bewijs in plaats van bewijs dat niet alleen belastend, maar juist ook ontlastend is. Knoops wijst erop dat in de vijf strafzaken die de Hoge Raad tussen 2001 en 2012 heeft heropend en gerechtelijke dwalingen zijn gebleken, de dwaling steeds tot stand is gekomen door een tunnelvisie.

In het beperkingsmodel is pas plaats voor inbreng van het slachtoffer nadat de verdachte schuldig is bevonden. Het spreekrecht voor slachtoffers of de schriftelijke slachtofferverklaring kan op die manier geen obstructie vormen voor de zuivere waarheidsvinding. De timing van het spreekrecht voor slachtoffers is kortom van cruciaal belang voor de legitimiteit (en integriteit) van het strafproces. Verkeerde timing, dat wil zeggen wanneer het slachtoffer voorafgaand aan beantwoording van de schuldvraag door de rechter de impact van een delict bespreekt, betekent dat op de troepen vooruit wordt gelopen en de zuivere waarheidsvinding onnodig wordt vertroebeld.

III.5 Conclusie en aanbeveling: het slachtoffer in het strafproces en legitimiteit

In welk opzicht kan participatie van het slachtoffer bevorderend zijn voor de legitimiteit van de rechterlijke macht? Het Openbaar Ministerie treedt in het strafproces namens de geschokte samenleving op. Het slachtoffer is van deze geschokte samenleving onderdeel, maar wel een bijzonder onderdeel omdat hij in tegenstelling tot de medeburger direct betrokken is. Zijn directe betrokkenheid rechtvaardigt een plaats in het strafproces. De mogelijkheid voor het slachtoffer om een verklaring te kunnen afleggen binnen het strafproces houdt in dat ten eerste zijn betrokkenheid bij de zaak wordt erkend en ten tweede dat hij kans heeft om zijn grieven te uiten. Participatie van het slachtoffer in het strafproces kan daarmee bijdragen aan één van de doelen van het (straf)recht, namelijk genoegdoening aan de benadeelde partij c.q. het slachtoffer. Het is aannemelijk dat dit ook het vertrouwen van het slachtoffer in de rechtsgang bevordert.

¹⁶ Geert-Jan Knoops, 'De rechtsstaat in het geding', *De Groene Amsterdammer*, 25 april 2013, p. 33.

Aanbeveling

- **Stel een experiment met een twee-trapsgewijs spreekrecht voor slachtoffer of nabestaanden in bij reële (dus niet-fictieve), ‘zware’ strafzaken.** Dit idee houdt in dat een extra zitting in het strafproces wordt ingebouwd waarin plaats is voor het volledige spreekrecht voor het slachtoffer of de nabestaande. Deze extra fase vindt plaats na beantwoording van de schuldvraag en voorafgaand aan de strafoplegging. In deze fase krijgt ook de verdachte extra spreekrecht, als antwoord op de verklaring van het slachtoffer. In deze extra fase van de zitting mag het slachtoffer of de nabestaande zich dus uitspreken over zowel de strafvraag als de schuldvraag en is hij volledig vrij ook over zijn beleving van de toedracht van de feiten te praten. Het WODC doet op initiatief van staatssecretaris Teeven in 2013 onderzoek naar de voor- en nadelen van een tweefasenproces. De werkgroep kijkt uit naar de uitkomst van dit onderzoek en meent dat een praktisch experiment een dergelijk onderzoek completeert.

IV. Het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie

IV.1 Het vervolgingsbeleid in Nederland

In dit hoofdstuk bestuderen we op welke manier het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie kan bijdragen aan de legitimiteit van de rechterlijke macht. In Nederland is uitsluitend het Openbaar Ministerie bevoegd strafzaken bij de strafrechter aan te brengen. Het vervolgingsmonopolie van het OM stamt nog uit de tijd dat Nederland bij het Napoleontische keizerrijk hoorde. De *Code d'Instruction Criminelle* (1808) legde het recht op strafvordering bij het OM neer. Dit recht werd niet afhankelijk van de toestemming van de rechter. Het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie werd aldus in het leven geroepen.¹

Het vervolgingsmonopolie stoelt op het opportuniteitsbeginsel. Verondersteld wordt dat het Openbaar Ministerie de meest geschikte instantie is die een afwijking kan maken over de wenselijkheid van strafvervolgning. Het Openbaar Ministerie heeft de vrijheid om uit het aanbod van strafzaken een selectie te maken van zaken waarin vervolging opportuun wordt geacht. Naast het aanbrenge van een strafzaak bij de rechter en de beslissing om niet (verder) te vervolgen (seponeren), kan het OM een transactieaanbod doen en de zaak afdoen met een strafbeschikking (OM-afdoening).²

Indien de officier van justitie besluit tot niet-vervolgen, terwijl de zaak wel 'haalbaar' lijkt, kan hij (voorwaardelijk) seponeren of een transactieaanbod doen. Seponeren zonder voorwaarden komt neer op een beslissing tot niet-vervolgen zonder enige juridische consequenties voor de verdachte. Bij een transactieaanbod of een voorwaardelijk sepot worden voorwaarden gesteld aan de beslissing om niet verder te vervolgen, zoals de betaling van een geldsom, een schadevergoeding of het ontnemen van het wederrechtelijk verkregen voordeel. Het OM kan ook een waarschuwing geven.³ Voordat de definitieve beslissing tot wel of niet (verder) vervolgen wordt genomen, kan de officier van justitie een aantal 'vervolgingshandelingen' verrichten. Hij kan bijvoorbeeld een vordering tot bewaring of gevangenhouding doen. Ook kan hij een vordering doen tot het instellen van een gerechtelijk vooronderzoek, waarover de rechter-commissaris de leiding heeft.⁴

Doorslaggevend bij de vraag of het OM tot vervolging over gaat zijn de inschatting van de haalbaarheid van de veroordeling en het beleid van het OM

¹ R.S.B. Kool, 'Uit de schaduw: de emancipatie van het slachtoffer binnen de strafrechtspleging.', in: WODC, *Honderd jaar wetboek van Strafrecht, Justitiele Verkenningen*, 's-Gravenhage, 1999, nr. 9, p. 60.

² G.J.M. Corstens, bewerkt door M.J. Borgers, *Het Nederlands strafprocesrecht*, Deventer, 2011, pp. 34-35.

³ P.P. van der Lee, *Legitimiteit en onpartijdigheid bij vervolging*, Den Haag, 2003, p. 19.

⁴ *Ibidem*, p. 20.

omtrent het dienen van het algemeen belang. Het OM heeft dan ook betrekkelijk veel macht rondom de vervolgingsbeslissing. Aan deze machtsconcentratie wordt in het strafprocesrecht tegenwicht geboden door diverse correctiemechanismen.

Eén zo'n correctiemechanisme op het machtsmonopolie bij de vervolgingsbeslissing van het OM is het middel van artikel 12 van het Wetboek van Strafvordering (Wet Sv): de mogelijkheid voor een belanghebbende om bij het gerechtshof beklag te doen over de beslissing van het OM om niet (verder) te vervolgen. Deze belanghebbende moet krachtens zijn doelstelling en blijkens zijn feitelijke werkzaamheden wel een belang behartigen dat rechtstreeks getroffen wordt door de beslissing van het OM. Hij moet kortom direct belanghebbende zijn.

Naast de Artikel 12 Sv-procedure vormt ook de ministeriële verantwoordelijkheid van de minister van Veiligheid en Justitie een correctiemechanisme op de machtspositie van het Openbaar Ministerie. Het OM staat immers onder ambtelijk toezicht van de minister. Particulieren kunnen zich bij beklag over de beleidskeuzes van het OM wenden tot de minister of een beroep doen op politieke partijen in het parlement die de minister controleren. Een regelmatig debat over het algemene vervolgingsbeleid vindt evenwel niet plaats.⁵

Een ander correctiemechanisme op de beslissingsmacht van het Openbaar Ministerie vormen de bezwaarschriftprocedures en beklagprocedures waaraan de beslissingen van het OM kunnen worden onderworpen en waarvan personen tegen wie vervolging is ingesteld gebruik kunnen maken. Zowel slachtoffers, via een Artikel 12 Sv-procedure, als verdachten kunnen dus een rechterlijke controle op de vervolgingsbeslissing van het OM initiëren.

Artikel 127 Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO) regelt dat de minister van Veiligheid en Justitie algemene en bijzondere aanwijzingen kan geven aangaande de uitoefening van de taken en bevoegdheden van het Openbaar Ministerie. Hierin ligt potentieel veel invloed voor de minister op het vervolgingsbeleid van het OM besloten. Gezien de positie van het OM, dat onder ministeriële verantwoordelijkheid valt, maar tegelijkertijd deel uitmaakt van de onafhankelijke rechterlijke macht, heerst de consensus dat de minister terughoudend dient te zijn met het uitoefenen van zijn aanwijzingsbevoegdheden. Deze aanwijzingsbevoegdheden hebben overigens betrekking op alle vormen van handelen van het OM. De minister kan een bijzondere aanwijzing om niet te vervolgen geven. Deze aanwijzing kent wel uitgebreidere procedure-voorschriften dan algemene aanwijzingen. In de praktijk geeft de minister nauwelijks bijzondere aanwijzingen.⁶ Hij bevindt zich ten opzichte van het OM in een paradoxale positie, waarin hij de onpartijdigheid van het OM in individuele zaken moet respecteren, maar ook democratische verantwoording moet afleggen over het vervolgingsbeleid in het algemeen van het Openbaar Ministerie.⁷

Het Nederlandse vervolgingsbeleid wordt als een publieke zaak gezien. Deze

⁵ Ibidem, p. 36.

⁶ Ibidem, p. 56.

⁷ Ibidem, p. 243.

visie komt tot uitdrukking in het feit dat de beslissing om al dan niet te vervolgen uitsluitend een zaak is voor het OM, waarbij overwegingen van algemeen belang meewegen in de vervolgingsbeslissing. Het publieke karakter van strafvervolging komt ook tot uitdrukking in het feit dat het OM formeel onder het gezag van de minister valt, die op zijn beurt weer verantwoording aan het parlement moet afleggen. Hoewel het OM, onderdeel uitmakend van de rechterlijke macht, meer autonomie heeft dan andere organen van het openbaar bestuur, is het vervolgingsbeleid zonder twijfel een aangelegenheid voor nationale politiek. Bij de beslissing omtrent vervolging kunnen belangrijke politieke momenten meespelen en de beslissing kan verregaande politieke gevolgen hebben.⁸

IV.2 Het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie

IV.2.1 Het opportuniteitsbeginsel en het algemeen belang

Het opportuniteitsbeginsel, het leidende beginsel bij de vervolgingsbeslissing, biedt het OM de beleidsvrijheid om van strafvervolging bij de strafrechter af te zien. Dit beginsel wordt verdedigd met het argument dat strafvervolging niet in alle gevallen zinvol is. Niet iedere inbreuk op de rechtsorde, zelfs als het een strafbaar feit betreft, zou strafrechtelijk ingrijpen vereisen. In sommige gevallen zouden bijvoorbeeld betere resultaten kunnen worden bereikt door onderlinge oplossing van een conflict of door privaatrechtelijk of bestuursrechtelijk optreden. Strafrecht is het meest ingrijpende middel dat de overheid kan inzetten. Het wordt daarom gezien als *ultimum remedium*: alleen als andere manieren van handhaving ontoereikend zijn, worden strafrechtsmiddelen ingezet. Het opportuniteitsbeginsel is dan ook een uitdrukking van dit adagium.

De belangrijkste argumenten voor het opportuniteitsbeginsel zijn uitgewerkt in een proefschrift dat is geschreven door Willem Boot in 1885. In de eerste plaats kan strafvervolging het algemeen belang meer schaden dan baten. Er zijn situaties denkbaar waarin het beter lijkt omwille van het algemeen belang van vervolging af te zien. Te denken valt aan sepot op grond van de staatsveiligheid (het voorkomen van maatschappelijke onrust) of een op handen zijnde wetswijziging die betrekking heeft op de strafbaarheid van het feit waarvoor verdachte in beeld kwam. Daarnaast zij opgemerkt dat alle vervolgingsbeslissingen worden gemaakt binnen een afgebakend kader van beschikbare middelen en capaciteiten bij opsporing en vervolging, een inherente factor van betekenis wanneer een afweging van algemeen belang wordt gemaakt. Met name bij 'lichte' strafbare feiten wordt wel het zogenaamd beleidssepot gebruikt. Bij de beslissing tot beleidssepot spelen ook andere omstandigheden een rol: de verdachte is bijvoorbeeld al genoeg geschrokken van zijn ervaringen met justitie, of de verdachte is al op een andere manier gestraft (bijvoorbeeld in de vorm van negatieve media-aandacht of ontslag).

Een tweede argument voor het opportuniteitsbeginsel is de gedachte dat het algemeen belang een belangrijke factor in de vervolgingsbeslissing moet zijn en

⁸ Ibidem, p. 205.

Het Openbaar Ministerie

Het Openbaar Ministerie kan gezien worden als een dubbelzinnige instelling. Het heeft enerzijds autonomie nodig om zich onpartijdig op te stellen en fungeert als poortwachter naar de strafrechter. Anderzijds eist de politiek gezag op over de vervolging en kan het niet ontsnappen aan democratische legitimatie. Het OM maakt deel uit van de rechterlijke macht, maar is ook een bestuursorgaan en als zodanig een tak van de uitvoerende macht in de democratische rechtsstaat. Tot het OM behoren krachtens artikel 125 Wet op de rechterlijke organisatie een aantal ambten: het college van procureurs-generaal, (plaatsvervanger) officieren van justitie en (plaatsvervanger) advocaten-generaal.

De bevoegdheden van het OM zijn geregeld in artikel 124 Wet op de rechterlijke organisatie. Daaronder valt ten eerste de opsporing en het toezicht hierop. De politie staat onder het gezag van het OM. De officier van justitie kan dwangmiddelen (laten) toepassen, zoals het aanhouden van een persoon, een woning binnentreden, lichamelijk onderzoek verrichten en een persoon in verzekering stellen. Ten tweede maakt het OM de beslissing rondom de vervolging. Ten derde heeft het OM een functie ter zitting. De officier van justitie draagt de zaak voor aan de strafrechter. Hij stelt de tenlastelegging op en legt het dossier voor aan de rechter. De officier van justitie kan tijdens de zitting een wijziging of aanvulling van de tenlastelegging vorderen. Ten vierde kan de officier van justitie in beroep gaan na behandeling van de zaak in eerste aanleg. Na het hoger beroep heeft het OM ook de bevoegdheid cassatie in te stellen tegen het vonnis van het gerechtshof.

Als het gaat om de taken en bevoegdheden van het OM wordt ook wel gesproken over drie 'sporen': naast de vervolgingsbeslissing (spoor 1) en het bepalen van de strafeis (spoor 2) kan het OM ook zelf zaken afdoen (spoor 3): de zelfstandige sanctiebevoegdheid of buitengerechtelijke afdoening in de vorm van een transactie of voorwaardelijke sepot.

P.P. van der Lee, *Legitimiteit en onpartijdigheid bij vervolging*, 2003, pp. 1-15. En: J.B.H.M. Simmelink, *Rondom de vervolgingsbeslissing*, Deventer, 2004.

dat het onwenselijk is dat andere overwegingen, bijvoorbeeld van wraakzuchtige personen, leidend zijn bij het initiëren van een strafproces. In deze denklijn wordt het strafproces als primair van algemeen belang gezien en worden particuliere wraakgevoelens gezien als een zaak die (zoveel mogelijk) van het strafproces uitgesloten zouden moeten zijn. Het opportunititeitsbeginsel, waarbij het OM de vrijheid heeft al dan niet vervolging in te stellen, wordt wel begrepen als een logische invulling van het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie. Zou het vervolgingsmonopolie van het Openbaar Ministerie worden opgeheven, dan ontstaat bijvoorbeeld het risico op chantage door benadeelden, die personen onder

druk zouden kunnen zetten met dreiging tot strafvervolging.⁹

Een ander argument ter verdediging van het opportunititeitsbeginsel, is dat dankzij het opportunititeitsbeginsel kan worden voorkomen dat vervolging wordt ingesteld als dit niet in het belang is van de benadeelde (het slachtoffer). Het opportunititeitsbeginsel heeft daarnaast een functie bij delicten die in de wet niet zijn voorzien van een klachtvereiste, maar waarbij dat wel wenselijk zou zijn. Het klachtvereiste werkt als een soort zeef waarmee strafbare feiten pas onderwerp worden van een strafrechtelijk onderzoek als benadeelde een klacht indient. Het klachtvereiste is bijvoorbeeld van toepassing op seksuele handelingen met minderjarigen tussen 12 en 16 jaar. Het biedt hen de mogelijkheid zich enerzijds seksueel te ontplooiën, maar houdt ook de mogelijkheid open een strafrechtelijk onderzoek in te stellen als bijvoorbeeld de minderjarige, de ouders of de Raad voor de Kinderbescherming een klacht indient. Het is denkbaar dat er strafbare feiten zijn waarbij zo'n klachtvereiste ontbreekt, terwijl dat, gezien bijvoorbeeld veranderende opvattingen in de samenleving, wel wenselijk zou zijn. Het opportunititeitsbeginsel kan deze leemte in de wetgeving dan opvullen. Een ander argument vóór het opportunititeitsbeginsel, is dat dit beginsel het probleem opvangt dat de wet doorgaans zo algemeen is geformuleerd dat ook weinig strafwaardige gedragingen hier ten onrechte onder kunnen worden begrepen. Het OM moet in deze gevallen van vervolging kunnen afzien. Tot slot formuleerde Boot het argument dat een jury vaak een te strenge straf weet te voorkomen in zaken waarin het algemeen belang weinig geschaad is. Nu Nederland geen jurystelsel kent, moet het OM er voor kunnen zorgen dat de rechter niet buitenproportioneel zware straffen oplegt, bijvoorbeeld met behulp van de mogelijkheid om van vervolging af te zien.¹⁰

Kortom, het opportunititeitsbeginsel en het vervolgingsmonopolie maken het mogelijk dat het strafrecht selectief wordt toegepast. Het laat ruimte voor het OM een uitgebreide afweging te maken of vervolging van geval tot geval in het algemeen belang zou zijn.

IV.2.2 Het opportunititeitsbeginsel versus het legaliteitsbeginsel in praktijk

In andere Europese landen is het legaliteitsbeginsel, en niet het opportunititeitsbeginsel, leidend voor de vervolgingsbeslissing. Het opportunititeitsbeginsel geeft het OM het *recht* op vervolging. Uit het legaliteitsbeginsel vloeit daarentegen een *plicht* voort om te vervolgen indien zich een strafbaar feit heeft voorgedaan. Dit levert een fundamenteel ander model voor de vervolgingsbeslissing op: er is geen

⁹ Het loslaten van het opportunititeitsbeginsel impliceert dat het stelsel rondom de vervolgingsbeslissing gestoeld zou zijn op het legaliteitsbeginsel. Hiermee heeft het OM niet de vrijheid om te beslissen over al dan niet (verder) vervolgen, maar is het in beginsel zijn plicht vervolging in te stellen. Zie hiervoor verderop de discussie over het vervolgingsmonopolie.

¹⁰ J.B.H.M. Simmelink, 'Rondom de vervolgingsbeslissing', in: M.S. Groenhuijsen en G. Knigge (red.), *Afronding en Verantwoording. Eindrapport onderzoeksproject Strafvordering 2001*, Deventer, 2004, p. 193.

sprake van een discretionaire bevoegdheid voor het OM, maar van een plicht. De andere situatie in landen om ons heen nodigt uit tot het kritisch doordenken van het opportunitiebeginsel voor strafvervolgning in ons land.

De plicht om bij voldoende verdenking vervolgning in te stellen, houdt in dat het OM, wanneer het vervolgning instelt, moet kunnen uitleggen waarom het meent dat er voldoende reden tot verdenking is. Er bestaat hiermee een rechterlijke controle op de vervolgingsbeslissing. Daarbij wordt verondersteld dat de plicht tot vervolgning een waarborg is tegen willekeurig optreden van het OM en dat deze plicht de rechtseenheid bevordert. Een vervolgingsplicht sluit de mogelijkheid uit dat na politieke inmenging alsnog vervolgning wordt ingesteld.¹¹

Hoewel uit het legaliteitsbeginsel een fundamenteel andere benadering van de vervolgingsbeslissing volgt dan uit het opportunitiebeginsel, spelen ook bij het legaliteitsbeginsel afwegingen met betrekking tot de wenselijkheid en opportuiniteit van vervolgning een rol. Dat is bijvoorbeeld te zien in de manier waarop in Duitsland aan het legaliteitsbeginsel invulling wordt gegeven. Duitsland kent enkele relativeringen van de vervolgingsplicht als gevolg waarvan we moeten stellen dat ondanks het leidende legaliteitsbeginsel ook hier overwegingen van opportuiniteit worden meegenomen in de beslissing tot vervolgning. Zo biedt het Duitse strafprocesrecht een uitweg aan de vervolgingsplicht als deze plicht leidt tot te grote druk op de opsporings- en vervolgingscapaciteiten, als sprake lijkt te zijn van geringe schuld bij de dader, of als het algemeen belang lijkt te ontbreken bij vervolgning. Een andere mogelijkheid om van vervolgning af te zien volgt uit het geval dat de te verwachten straf niet in verhouding staat tot nog andere te verwachten straffen in verband met andere delicten.¹² Al met al komt het er in de praktijk op neer dat opportuiniteitsoverwegingen bij kleine en middelgrote criminaliteit in belangrijke mate mede bepalend zijn voor de wijze van afdoening. Bij delicten van de zwaardere categorie legt het legaliteitsbeginsel en de daaruit voortvloeiende plicht tot vervolgning meer gewicht in de schaal.¹³

Ook in Nederland liggen de plicht tot vervolgen enerzijds en de discretionaire bevoegdheid om vervolgning in te stellen anderzijds niet zo ver uit elkaar als op het eerste gezicht misschien lijkt. Het opportuiniteitsbeginsel is door de wetgever oorspronkelijk negatief geformuleerd: als mogelijkheid om uitzonderingen te maken op de plicht tot vervolgning. Sinds 1970 is de toepassing van het opportuiniteitsbeginsel echter verruimd, onder meer als gevolg van capaciteitsproblemen binnen de strafrechtspleging. Zo is het opportuiniteitsbeginsel van uitzonderingsgrond verworden tot een handvat waarmee een selectie van zaken wordt gemaakt waarin strafrechtelijke afdoening wenselijk en mogelijk werd geacht.¹⁴

Er bestaat een beperkt aantal gevallen waarin het OM in Nederland verplicht is vervolgning in te stellen. Deze vloeien voort uit Europese en internationale ver-

¹¹ Ibidem, p. 205.

¹² Ibidem, pp. 207-208.

¹³ Ibidem, p. 213.

¹⁴ Ibidem, p. 195.

dragen, met uitzondering van de bijzondere voorziening in artikel 483, derde lid Wetboek van Strafvordering. In dit artikel is geregeld dat de procureur-generaal bij de Hoge Raad verplicht is ‘aan den ontvangen last tot vervolging’ gevolg te geven, betreffende zaken van door ministers gepleegde ambtsmisdrijven en -overtredingen. De Europese en internationaalrechtelijke verplichtingen tot vervolging betreffen bijvoorbeeld schendingen van een geheimhoudingsplicht in het kader van het Euratom verdrag of gevallen van meened bij het Europees Hof van Justitie. Het toekomstige Europees Openbaar Ministerie zal ook gestoeld zijn op het legaliteitsbeginsel.¹⁵

IV.2.3 Het algemeen belang en het individuele belang

Het opportuniteitsbeginsel biedt bij de vervolgingsbeslissing ruimte voor afwegingen van het algemeen belang. Het OM, als publieke organisatie, wordt geacht de geschikte instantie te zijn die een afweging in het kader van het algemeen belang kan maken.

Het opportuniteitsbeginsel biedt tegelijkertijd ruimte voor het individuele belang van slachtoffer of dader bij de vervolgingsbeslissing. Om persoonlijke omstandigheden van het slachtoffer of omdat het strafbare feit niet ernstig genoeg is om ingrijpen te rechtvaardigen kan vervolging bijvoorbeeld achterwege gelaten worden.

Pim Geelhoed, promovendus Strafprocesrecht aan de Universiteit Leiden, onderscheidt twee dimensies binnen het algemeen belang: afbakening en normativiteit. Functionarissen bij politie en de zittende en staande magistratuur, belast met strafvorderlijke beslissingen en beleidsvoering, moeten verschillende gezichtspunten en belangen identificeren die relevant zijn voor het maken van een beslissing ‘in het algemeen belang’. Dit is de dimensie van afbakening. In het kader van het algemeen belang kunnen strikt individuele omstandigheden leiden tot het afzien van vervolging. Bij de afweging die dan wordt gemaakt legt het strikt individuele belang het meeste gewicht in de schaal. Dit blijft echter ook een beslissing ‘in het kader van het algemeen belang’, want ook het gevolg van het afzien van vervolging voor een groter deel van de samenleving is bij de beslissing meegewogen. ‘De term *algemeen belang* suggereert dat belangen van een groter deel van de maatschappij per definitie meer gewicht in de schaal leggen dan individuele belangen’, maar het ligt dus genuanceerder dan dat.¹⁶

De dimensie van normativiteit bij het algemeen belang verwijst volgens Geelhoed naar het feit dat de keuze voor een bepaalde strafrechtelijke reactie of het achterwege blijven daarvan wordt geleid door opvattingen over de rechtvaardiging en het doel van de strafrechtelijke reactie. Die rechtvaardiging wordt meestal gezocht in de schending van de rechtsorde of in het doel dat met de straf (of het bewust uitblijven daarvan) bereikt kan worden. Strafdooelen zijn bijvoorbeeld

¹⁵ Ibidem, p. 201.

¹⁶ Pim Geelhoed, ‘Europeanisering van het algemeen belang in de strafrechtelijke handhaving’, *Nederlands Juristenblad*, afl. 43, 7 december 2012, p. 3016.

verging of preventie, andere doelen die kunnen meewegen zijn herstel van de materiële of immateriële schade, of juist het sparen van schaarse middelen, in het geval van afzien van vervolging bijvoorbeeld. Uiteindelijk is het een juridische beslissing welke van de belangen als doorslaggevend worden aangemerkt, oftewel: welke belangen het meeste gewicht in de schaal leggen.

Pim Geelhoed heeft laten zien dat de toepassing van het opportuniteitsbeginsel wordt beïnvloed door het Europees recht. Het Europees recht bepaalt dat straffen op overtredingen van Europeesrechtelijke bepalingen doeltreffend, evenredig en afschrikwekkend moeten zijn. Wanneer het OM invulling geeft aan het algemeen belang mag niet worden voorbijgegaan aan de belangen van de EU. Met andere woorden: de doelmatigheid van het Uniebeleid stelt minimumeisen aan de normatieve, juridische beslissing omtrent het algemeen belang. Het OM moet dus, wanneer een afweging wordt gemaakt tussen verschillende belangen en gezichtspunten om daaruit een 'algemeen belang' vast te stellen, ook rekening houden met de belangen van de EU en kan niet bij de landsgrenzen stoppen.

Geelhoed meent dat een gecentraliseerd en geautomatiseerd vervolgingsbeleid van het OM vooral nationale belangen zou nastreven en dus het rekening houden met Europese belangen bemoeilijkt. Hij schrijft dat de vervolgingsbeslissing, een beslissing 'in het algemeen belang', in grotere mate in handen zou moeten liggen van individuele beslissers, in plaats van vooraf te zijn vastgelegd in nationaal beleid. Opvallender is misschien wel zijn bevinding dat, wanneer in een strafzaak de effectiviteit van het Europees recht aan de orde is, dit Europese belang een zodanig gewicht in de schaal legt, dat voor een terughoudend strafrechtelijk optreden nog maar weinig mogelijkheden bestaan. Onder invloed van het Europees recht en jurisprudentie kan een lidstaat verplicht worden sancties op te leggen aan personen die een inbreuk op het Europees recht plegen. Te denken valt aan zaken rond illegaliteit van personen (mensensmokkel). Vervolging kan onder invloed van het Europees recht aldus een plicht in plaats van een discretionaire bevoegdheid worden.¹⁷

IV.3 Prestaties in de strafrechtketen

IV.3.1 Opsporing en vervolging van gewelds- en vermogensmisdrijven

In het in 2012 gepresenteerde onderzoeksrapport *Prestaties in de strafrechtketen* van de Algemene Rekenkamer is de verhouding tussen de instroom en de uitstroom van zaken in de strafrechtketen onder de loep genomen. De strafrechtketen wordt gevormd door de organisaties die de rechtshandhaving verzorgen: opsporing, vervolging, berechting en de tenuitvoerlegging van straffen en maatregelen. Het onderzoek richtte zich op de opsporing en vervolging van gewelds- en vermogensmisdrijven, dus alle andere categorieën delicten zijn in dit onderzoek niet meegenomen. In die zin geeft het onderzoek maar een beperkt beeld van de prestaties in de strafrechtketen. De Algemene Rekenkamer heeft hierbij de vraag trachten

¹⁷ Ibidem, pp. 3015-3019.

te beantwoorden of en in welke mate sprake was van ongewenste uitstroom. Met ongewenste uitstroom werd bijvoorbeeld bedoeld: een kansrijke zaak die door capaciteitsgebrek toch niet wordt afgerond, een zaak die eindigt door verjaring of die te laat uitstroomt van bijvoorbeeld de opsporingsfase naar de vervolgingsfase, waardoor wettelijk geen verdere stappen in de strafrechtketen kunnen worden ondernomen. Ook zaken die uitstromen als gevolg van individuele beleidskeuzes die per regio verschillen, en die in een andere regio wel vervolgd zouden krijgen in de strafrechtketen, werden als ongewenste uitstroom aangemerkt. In een andere regio zou deze zaak niet zijn uitgestroomd.¹⁸

Het College van procureurs-generaal van het Openbaar Ministerie heeft in 2003 de *Aanwijzing voor de opsporing* vastgesteld, waarmee werd beoogd helderheid te verschaffen over dat wat van de politie mag worden gevraagd in de fase van de opsporing. Er werden in deze *Aanwijzing* twee criteria genoemd voor verdere vervolgingsbeslissingen die de politie in de praktijk, onder gezag van de officier van justitie, maakt. Deze criteria waren de ernst van het strafbare feit en de aanwezigheid van indicaties voor opsporing die kunnen leiden tot opheldering van de zaak.

Het rapport van de Algemene Rekenkamer is gebaseerd op cijfers over in- en uitstroom van zaken rond geweld- en vermogensdelicten. Tevens is gebruik gemaakt van interviews in de diverse organisaties van de strafrechtketen. In alle fasen van de strafrechtketen werd geconstateerd dat een onbekend deel van de uitstroom ongewenst was. Zaken die volgens de regels opgevolgd hadden moeten worden, kregen niet altijd opvolging. Het ging met name om veelvoorkomende criminaliteit. Ook bleek dat er verschillen waren tussen de beleidskeuzes van politieregio's en districten voor zaken waarbij opsporing wordt ingesteld en de mate van betrokkenheid van het OM hierbij. Geconcludeerd werd dat de rechtsgelijkheid niet was gegarandeerd. Daarnaast werd geconcludeerd dat er nauwelijks sturing was op het voorkomen van ongewenste uitstroom. Verantwoordelijke functionarissen bleken geen verantwoording te hoeven afleggen over ongewenste uitstroom. Kwantitatieve informatie over de uitstroom van zaken bleek gering en de verschillende organisaties binnen de strafrechtketen bleken verschillende cijfers over in- en uitstroom te hebben.¹⁹

Bij veelvoorkomende criminaliteit bleek dat zaken, die op grond van de *Aanwijzing voor de opsporing* van het OM eigenlijk opvolging zouden moeten krijgen, vaak uitgescreend werden. Het OM is daar dan volgens de geïnterviewden niet bij betrokken. Ook bij politiesepots werd ongewenste uitstroom opgemerkt. Formeel kan de politie zonder mandaat van het OM geen zaken seponeren,²⁰ maar de geïnterviewden gaven aan dat dit niettemin voorkomt. Een andere vorm van ongewenste uitstroom bleek een deel van zaken zonder verdachte te zijn. In deze zaken werd soms te lang gewacht met de afronding, waardoor de daarin gestoken

¹⁸ Algemene Rekenkamer, *Prestaties in de strafrechtketen*, Den Haag, 2012, p. 7.

¹⁹ Ibidem, p. 9.

²⁰ Op grond van artikel 152 Wetboek van Strafvordering.

capaciteit verspild werd. Ook werden zaken ‘zonder verdachte’ afgerond, terwijl bij beter opsporingswerk of meer capaciteit kon worden aangenomen dat die zaken verdere vervolging hadden kunnen krijgen.

Opvallend was dat 79% van het totale aantal transactieberichten dat het Centraal Justitieel Incasso Bureau (CJIB) ontving, werd teruggestuurd naar de politie vanwege overschrijding van de aanlevertermijn van 60 dagen. Het gaat hier om overeengekomen transacties tussen de persoon die ervan wordt verdacht een strafbaar feit te hebben gepleegd en de politie. Er wordt een som afgesproken die door het CJIB bij verdachte wordt geïncasseerd. Verdere vervolging blijft dan achterwege. De politie dient de overeengekomen transactie te melden bij het CJIB. Te laat melden van de transactie levert bij de rechter vrijspraak op. Teruggestuurde berichten worden daarom niet nogmaals door de politie bij het CJIB aangeboden. Bijna 80% van de transactieberichten eindigt daarmee als ongewenste uitstroom.²¹

Naar schatting was tussen 18% en 50% van de opgestuurde dossiers door het OM teruggestuurd naar de politie. Veel zaken worden niet in behandeling genomen omdat het proces-verbaal moet worden aangevuld of omdat zaken geseponeerd moeten worden. De mate waarin deze zaken ongewenst uitstromen vanwege administratieve fouten is onduidelijk. Dat gegeven op zich achtte de Algemene Rekenkamer wel onwenselijk.

Bij de instroom werd 23% van het totaal direct terzijde geschoven, omdat geen aangifte was binnengekomen of niet van een strafbaar feit kon worden gesproken. Deze in totaal 234.377 meldingen tellen dus niet mee in de rest van het onderzoek. Bijna 65% van de totale instroom van geweld- en vermogensmisdrijven werd direct uitgescreend op grond van de ernst van het delict (te weinig ernstig geacht) en de opsporingskans (te kleine opsporingskans). Ruim 15% van de totale instroom bij deze misdrijven werd afgerond zonder verdachte.

De cijfers over het aantal ingestuurde zaken van de politie verschillen aanzienlijk met die van het OM. De oorzaak hiervan kan liggen in het feit dat de politie met zaaksdossiers werkt, terwijl het OM met persoonsdossiers werkt. Iedere aangifte is een zaak, maar een zaak kan rond meer dan één verdachte lopen en een persoon kan verdacht zijn in meer dan één zaak. Een aangifte leidt gemiddeld tot 1,2 verdachten. Een andere verklaring is de doorlooptijd bij veelvoorkomende criminaliteit. Tussen het versturen van dossiers door de politie en de inschrijving bij het OM zit veel tijd. Voor de verschillen tussen de cijfers over transacties en Haltmaatregelen kon geen verklaring worden gevonden.

Na de fase van opsporing volgen de fasen van vervolging, berechting en tenuitvoerlegging in de strafrechtketen. In al deze fasen kwam volgens de Algemene Rekenkamer ongewenste uitstroom voor. In de fase van de vervolging ging het met name om onvoorwaardelijke beleidssepots. Dit zijn sepots waarbij wel voldoende bewijs is, maar het OM bewust besluit om iemand niet te vervolgen. In 9% van de

²¹ Algemene Rekenkamer, *Prestaties in de strafrechtketen*, p. 14.

onvoorwaardelijke beleidssepots bij geweld- en vermogensdelicten bleek de reden voor sepot te zijn dat sprake was van een ‘oud feit’. Het belang van strafrechtelijk ingrijpen werd te gering geacht, maar van verjaring was nog geen sprake. De Algemene Rekenkamer achtte deze sepots ongewenst.

In de berechtingsfase stelde het onderzoek vast dat 0,3% (164 zaken) van de geweld- en vermogenszaken in eerste aanleg tot niet-ontvankelijkheid van het OM leidde. Deze uitstroom werd ongewenst bevonden, omdat de niet-ontvankelijkheid het gevolg was van niet tijdig of incorrect handelen van het OM. Ook de tijdigheid bij de aanlevering van een rechtbankdossier bij een gerechtshof voor hoger beroep bleek een probleem. Het percentage te laat aangeleverde rechtbankdossiers door vier rechtbanken bij een gerechtshof varieerde tussen de 24% en 68%. Deze zaken leveren weliswaar geen uitstroom op – ze worden gewoon in hoger beroep behandeld – maar vertraging kan wel worden meegewogen in de uiteindelijke strafmaat. Tot slot bleken in de fase van de tenuitvoerlegging nog relatief veel zaken door executieverjaring de strafketen uit te stromen. Met andere woorden, door verjaring wordt een straf niet tenuitvoer gelegd. Dit kan het gevolg zijn van het feit dat een veroordeelde onvindbaar is, of dat de communicatie tussen de organisaties (politie, OM en CJIB) niet goed verloopt, waardoor een boete te laat wordt opgelegd.

Van de ruim 1 miljoen meldingen van gewelds- en vermogensdelicten in het onderzochte jaar (1 oktober 2009 – 30 september 2010) werd circa 9% doorgeleid aan het OM. Ongeveer tweederde van deze dossiers werd aan de rechter voorgelegd. Daarvan leidde circa 83% tot een veroordeling in eerste aanleg. Uiteindelijk was dat ongeveer 5% van de aanvankelijke meldingen. Daarnaast werd in circa 3% van de gevallen door politie of OM een transactie of andere afdoening opgelegd. De Algemene Rekenkamer achtte het onvermijdelijk dat de politie en het OM, gelet op de beschikbare tijd en middelen, een selectie voor opsporing en vervolging maken. De Rekenkamer meende wel dat het wenselijk zou zijn meer aandacht te geven aan de ongewenste uitstroom bij politie en OM en de onbekende retourstromen tussen deze organisaties.

IV.3.2 Versterking van prestaties in de strafrechtketen

Minister van Veiligheid en Justitie Ivo Opstelten neemt naar aanleiding van het rapport *Prestaties in de Strafrechtketen* maatregelen die deze prestaties op het vlak van de opsporing en vervolging moeten versterken. De minister wil onder meer bereiken dat in 2015 tweederde van de standaardzaken in vier weken wordt afgedaan met een strafbeschikking of een vonnis in eerste aanleg. Daarnaast moet de ongewenste uitstroom van zaken in de strafrechtketen in 2016 tot ‘aanvaardbare proporties’ zijn teruggebracht. De maatregelen in dit kader betreffen onder meer het terugdringen van het aantal regels en de beperking van administratieve lasten voor de strafrechtketen. Ook de digitalisering van de werkprocessen (intern, maar ook met de advocatuur en de burger) is een belangrijk speerpunt van de maatregelen die de minister treft in het kader van de versterking van de prestaties

in de strafrechtketen. Op termijn moet het procesdossier volledig gedigitaliseerd zijn. Een uitgebreide toelichting op de plannen en concretisering van de ambities van de minister is te lezen in zijn brief aan de Tweede Kamer 'Voortgang versterking prestaties strafrechtketen'. Hieronder volgt een beknopte bespreking van zijn plannen.²²

De minister wil onder meer, in lijn met de aanbeveling van de Algemene Rekenkamer, beter inzicht krijgen in de ongewenste uitstroom van strafzaken en voert in 2014 de strafrechtketenmonitor in. Het Wetenschappelijk Onderzoek en Documentatiecentrum (WODC) van het ministerie van Veiligheid en Justitie voert in 2013 daarom een uitgebreid kwantitatief onderzoek uit naar ongewenste uitstroom. Op basis van dit onderzoek zal ook duidelijk worden hoe de meeste ongewenste uitstroom ontstaat, waar deze plaatsvindt. Overigens zal de minister ook nader bepalen welke uitstroom van zaken in zijn ogen precies ongewenst moet worden geacht. Immers, pas dan kan worden vastgesteld wat eigenlijk 'aanvaardbare proporties' ongewenste uitstroom zouden zijn.

Binnen de strafrechtketen wordt in 2013 de zogenaamde ZSM-werkwijze geïmplementeerd. ZSM staat voor 'zo snel, simpel, slim, samen, selectief en samenlevingsgericht mogelijk'. Deze ZSM-werkwijze omvat maatregelen die moeten bijdragen aan de ongewenste uitstroom van zaken, met name op het gebied van veelvoorkomende criminaliteit en die beogen de doorlooptijden van strafzaken aanzienlijk te verkorten. Verdachten worden sneller en directer benaderd, de 'heterdaadkracht' wordt versterkt en de verschillende professies binnen de strafrechtketen werken effectiever samen. Politie, OM, reclassering en slachtofferhulp zitten zeven dagen per week met elkaar om tafel. Na een pilotfase is de ZSM-werkwijze nu de standaard geworden voor veelvoorkomende zaken. Overigens meent de Nederlandse Orde van Advocaten dat de rechtsbijstand in deze werkwijze nog niet overal voldoende is geregeld. Een speciale werkgroep ZSM&Rechtsbijstand heeft een advies opgesteld om die positie te versterken.²³

Minister Opstelten is tot slot ook bezig om het aangifteproces naar zijn inzicht te verbeteren. Dit gebeurt met het oog op de terugdringing van de ongewenste uitstroom van strafzaken als gevolg van bijvoorbeeld administratieve slordigheden en in reactie op een rapport van de Inspectie Veiligheid en Justitie: *Aangifte doen: de burger centraal?*²⁴ De Inspectie Veiligheid en Justitie heeft in 2012 onderzoek gedaan naar het aangifteproces. De komst van de nationale politie zou een eind moeten maken aan de verschillen in de aangifteprocessen bij de regionale korpsen.

²² *Kamerstukken II*, 2012/13, 29 279, nr. 165 (Brief van de minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer, voortgang versterking prestaties strafrechtketen, 5 juli 2013).

²³ *Kamerstukken II*, 2012/13, 29 279, nr. 156 (Brief van de minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer, voortgang versterking prestaties strafrechtketen, 23 november 2012) en *Kamerstukken II*, 2012/13, 29 279, nr. 165 ; 'OM tevreden over ZSM, advocatuur niet', *Nederlands Juristenblad*, 16 augustus 2013, afl. 29, p. 1853.

²⁴ Inspectie Veiligheid en Justitie, *Aangifte doen: de burger centraal?*, Den Haag, 2012.

De Nationale Politie richt zich op eenduidige dienstverlening aan de burger en een eenduidige afhandeling en opvolging van aangiften, aldus de minister.²⁵

De werkgroep is ervan overtuigd dat de minister met bovengenoemde maatregelen goede stappen heeft ondernomen in de richting van de versterking van de opsporing en vervolging en formuleert ter aanvulling daarvan enkele aanbevelingen, die worden toegelicht in deel I, hoofdstuk 6 van dit geschrift.

IV.4 Conclusie en aanbeveling: het vervolgingsbeleid en legitimiteit

In welk opzicht kan het vervolgingsbeleid van het Openbaar Ministerie bevorderend zijn voor de legitimiteit van de rechterlijke macht? Wil het vervolgingsbeleid van het OM geen afbreuk doen aan de legitimiteit van de rechterlijke macht, dan dient het in ieder geval ook geen afbreuk te doen aan het vertrouwen van de burger in de rechterlijke macht en zal het geheel van vervolgingsbeslissingen te verklaren moeten zijn uit het wettelijk kader van strafbaarstellingen dat daarvoor in onze democratische rechtsstaat geldt. Een vervolgingsbeleid dat de legitimiteit van de rechterlijke macht behoudt en versterkt is erop gericht het vervolgingsmonopolie van het OM te beschermen. Het formele strafproces dient eigenrichting onder burgers uit te sluiten. Het vervolgingsmonopolie van het OM en het vervolgingsbeleid als geheel kunnen bijdragen aan de legitimiteit van de rechterlijke macht als het erin slaagt deze maatschappelijke functie, het voorkomen van eigenrichting, te vervullen.

²⁵ *Kamerstukken II*, 2013/13, 29 628, nr. 340, p. 2. (Brief van de minister van Veiligheid en Justitie van 20 november 2012, Beleidsreactie bij Rapport 'Aangifte doen: de burger centraal' van de Inspectie Veiligheid en Justitie)

Aanbevelingen

- **Het Openbaar Ministerie dient bij de toelichting op de vervolgingsbeslissing niet alleen uit te leggen waarom het wel tot vervolging over gaat, maar juist ook waarom het er voor kiest geen verdere vervolging in te stellen.** Uiteindelijk is de vervolgingsbeslissing het resultaat van een exercitie van prioritering van verschillende (en mogelijk tegenstrijdige) belangen, binnen het kader van beschikbare capaciteit en middelen. De burger mag transparantie van die belangenafweging verlangen.
- **Het verdient aanbeveling de mogelijkheden te verkennen om het bereik van het bestuurssanctierecht uit te breiden met als doel verlichting van het werkaanbod binnen de strafsector.**
- **De huidige Artikel 12-Sv procedure voor beklagzaken kan worden versterkt** als het Hof, eenmaal beslist hebbende dat vervolging alsnog moet worden doorgezet, hoewel het OM eerder tot niet-vervolging had beslist, die bewuste zaak naar een ander parket doorverwijst dan het parket dat aanvankelijk beslist had geen vervolging in te stellen. Hiermee wordt de schijn van herhaling van zetten vermeden. Het aantal en de capaciteit van aparte Artikel 12-Kamers, waar uitsluitend Artikel 12-Sv procedures worden behandeld, kan bovendien worden uitgebreid.
- **Stel voor delicten waarop minimaal 12 jaar gevangenisstraf staat en zware zedendelicten een vervolgingsplicht in.** De praktijk dat het OM doorgaans vervolging instelt bij 12-jaars delicten, zelfs al lijkt de zaak niet haalbaar, ziet de werkgroep graag geformaliseerd in de vorm van een wettelijke vervolgingsplicht; tenzij het op voorhand evident is dat geen vervolging mogelijk is.

V. Hervormingen bij de Hoge Raad

V.1 De toegang tot cassatierechtspraak

V.1.1 Commissie-Hammerstein

Als hoogste rechtscollege met niet alleen een rechtsprekende, maar – meer dan de lagere instanties zoals de rechtbank en de gerechtshoven – ook een rechtsvormende functie, verdient de Hoge Raad speciale aandacht in deze studie. In dit hoofdstuk worden twee elementen uit de discussie over de herijking van de functie van de Hoge Raad in het Nederlandse systeem van strafrechtspleging belicht: in de eerste plaats de selectie van zaaksbehandeling in cassatie en ten tweede het onderwerp van de *dissenting opinions*. Beide onderwerpen worden besproken in het licht van de vraag in hoeverre zij de legitimiteit van de rechterlijke macht kunnen versterken.

In 2008 presenteerde de commissie Normstellende rol van de Hoge Raad (Commissie-Hammerstein) het rapport *Versterking van de cassatierechtspraak*. Een centrale bevinding van deze commissie was dat de Hoge Raad ‘zowel op het gebied van de rechtsvorming als op het gebied van de rechtsbescherming een belangrijke taak [heeft]. Deze taken kunnen niet los van elkaar worden gezien. De invulling van deze taken verdient aanpassing.’¹ Volgens de commissie vormt een substantieel deel van de zaken die worden voorgelegd aan de Hoge Raad eigenlijk geen zaak voor cassatie, met name omdat er geen vragen spelen ‘waarvan de beantwoording in het belang is van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, terwijl evenmin een belangrijk aspect van rechtsbescherming aan de orde is’.² De zaken die eigenlijk niet geschikt zijn voor cassatie leggen wel een druk op de beperkte capaciteit van de Hoge Raad, waardoor de tijdige zaaksbehandeling in het geding komt.

De Commissie-Hammerstein deed in het rapport de aanbeveling om een vorm van selectie voor de cassatierechtspraak in te stellen. Zaken die de aandacht niet verdienen, zouden in een zo vroeg mogelijk stadium moeten worden afgedaan. Deze selectiemogelijkheid zou als voordeel meebrengen dat de Hoge Raad zich vervolgens beter kan concentreren op de zaken die er wel toe doen en die betrekking hebben op de rechtsvormende en rechtsbeschermende taak van de Hoge Raad. Ongeschikte zaken moeten niet-ontvankelijk kunnen worden verklaard. Een selectiekamer zou de schifting moeten maken. Deze vorm van selectie kan ‘een positieve weerslag hebben op het gezag (en de bruikbaarheid) van de uitspraken van de Hoge Raad. In ieder geval zou de invoering van een selectiemechanisme ruimte doen ontstaan voor een ontwikkeling naar een meer op rechtsvorming en noodzakelijke rechtsbescherming geconcentreerde rechtspraak, ook omdat daarmee de voor die ontwikkeling vereiste wettelijke legitimatie zou worden geboden.’³

¹ *Versterking van de cassatierechtspraak*. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag, 2008, p. 3

² Ibidem.

³ Ibidem, p. 45.

Het rapport *Versterking van de cassatierechtspraak* bevatte ook een pleidooi voor een ruimere toepassing van ‘cassatie in het belang der wet’, artikel 78 Wet op de rechterlijke organisatie. De werkgroep stelde daarnaast dat het aanbeveling verdient om voor de civiele kamer van de Hoge Raad de mogelijkheid te onderzoeken voor het stellen van prejudiciële vragen door de feitenrechter, waarmee de belangwekkende vragen in het kader van de rechtsontwikkeling en -bescherming bij de Hoge Raad tijdig aan de orde worden gesteld.

Al met al deed de Commissie voorstellen in de overtuiging dat een goed werkende selectie bij de Hoge Raad ‘het gezag van de Hoge Raad [kan] versterken, doordat hij zijn aandacht – evenals het parket – kan concentreren op voor de kwaliteit van de rechtspraak belangrijke onderwerpen’.⁴

Op de bevindingen van de Commissie-Hammerstein is inmiddels door de wetgever gereageerd. Op 7 februari 2012 zijn het wetsvoorstel *Versterking cassatierechtspraak* en het wetsvoorstel *Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad* door de Eerste Kamer aanvaard. Op 1 juli 2012 zijn beide wetten in werking getreden. De Wet versterking van de cassatierechtspraak (15 maart 2012) ziet op de introductie van een vorm van ‘selectie aan de poort’. Daartoe wordt een nieuw artikel toegevoegd aan de Wet op de rechterlijke organisatie, artikel 80a. Als gevolg hiervan kan de Hoge Raad tegenwoordig een ingesteld cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaren indien de partij die cassatie heeft ingesteld klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep, of indien de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden.⁵ Het tweede wetsvoorstel biedt de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen door lagere rechters aan de civiele kamer van de Hoge Raad.

V.1.2 Prejudiciële vragen aan de civiele kamer van de Hoge Raad

Op 1 juli 2012 is de *Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad* in werking getreden. De mogelijkheid tot het instellen van een prejudiciële procedure is in het leven geroepen zodat belangrijke rechtsvragen die niet of niet tijdig bij de civiele kamer van de Hoge Raad aan bod komen, snel aan de Hoge Raad kunnen worden voorgelegd. Het gaat om rechtsvragen waarvoor een maatschappelijke behoefte aan een richtinggevende uitspraak van de rechter bestaat. De wet is dus opgesteld met het oog op beslissingen over maatschappelijk relevante en veelvoorkomende juridische problemen. Dit zou de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid bevorderen. Prejudiciële vragen zouden daarmee passen binnen de rechtsvormende taak van de Hoge Raad.

Prejudiciële vragen kunnen op initiatief van de feitenrechter (ambtshalve) of op verzoek van partijen worden gesteld. Alleen de rechter kan de vraag indienen, zowel in eerste aanleg als in hoger beroep en zowel een enkelvoudige als meer-

⁴ Ibidem, p. 3.

⁵ M. Adams en D. Broeren, ‘Rechterlijke argumentatie en transparantie: een rechtsvergelijkende exercitie’, in: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Speelruimte voor transparantere rechtspraak*, Den Haag, 2013, p. 192.

voudige kamer. Partijen kunnen dus zelf geen prejudiciële vragen stellen.⁶ Het antwoord op de vraag moet rechtstreeks van belang zijn voor massavorderingen of voor de beslechting van ‘talrijke andere feitelijk vergelijkbare zaken waarin dezelfde rechtsvraag zich voordoet’.⁷ Prejudiciële vragen kunnen dus in twee categorieën zaken worden gesteld. Het mag geen hypothetische vraag zijn; het antwoord moet nodig zijn om op de eis of het verzoek te beslissen en het moet gaan om een actueel geschil.

Bij de eerste categorie zaken waarin een prejudiciële vraag kan worden gesteld, massavorderingen, kan men denken aan rampen en gebeurtenissen waardoor grote aantallen mensen zijn getroffen. Een snel antwoord van de Hoge Raad kan dan bijdragen aan de bereidheid van de schadeveroorzaker om een schikking aan te gaan en het kan bijdragen aan de bereidheid van benadeelden om een schikking te accepteren. Er ligt dan immers een richtinggevend antwoord van de hoogste rechterlijke instantie voor. Een antwoord van de Hoge Raad in een prejudiciële procedure kan ook een groot aantal individuele procedures overbodig maken en het kan het gevaar van tegenstrijdige uitspraken onder feitenrechters verminderen.⁸

Bij de tweede categorie zaken waarin een prejudiciële vraag kan worden gesteld gaat het in ieder geval niet alleen om vorderingsrechten of geschillen die uit dezelfde oorzaak (een ramp bijvoorbeeld) voorkomen, maar wel om een rechtsvraag die zich in talrijke feitelijk vergelijkbare zaken voordoet. Men kan hier denken aan een rechtsvraag over de uitleg van nieuwe wetgeving. De voordelen van een prejudiciële vraag in deze categorie zijn vergelijkbaar met de voordelen bij massavorderingen: voorkoming van tegenstrijdigheden onder lagere rechters en voorkoming van het instellen van verdere rechtsmiddelen of individuele procedures.

De feitenrechter heeft een discretionaire bevoegdheid om een prejudiciële vraag te stellen. Deze mogelijkheid van de rechter is vergelijkbaar met het ambts-halve gelasten van een deskundigenonderzoek in een feitelijke procedure. De rechter is niet verplicht om te motiveren waarom hij beslist geen prejudiciële vraag te stellen als een partij daar wel om vraagt.

In een prejudiciële vraag aan de Hoge Raad is, net als in cassatie, geen plaats voor een feitelijke vraag. Het moet gaan om rechtsvragen, maar het hoeft geen ‘zuivere rechtsvraag’ te zijn. Het mogen vragen zijn die tot een beslissing leiden welke (sterk) is toegesneden op de concrete feiten of omstandigheden. Het gaat bijvoorbeeld om de invulling van open normen en rechtsbegrippen, zoals: wat moet worden begrepen onder de ‘maatstaven van redelijkheid en billijkheid’ of ‘de in het maatschappelijk verkeer betamende zorgvuldigheid’? De beantwoording

⁶ Artikel 392 lid 1 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

⁷ M.M. Stolp en J.F. de Groot, ‘Een nieuwe procesvorm: het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad (art. 392-394 nieuw Rv)’, *Maandblad voor Vermogensrecht*, 2012, nr. 6, p. 166.

⁸ Ibidem.

van de prejudiciële vraag zal kunnen bestaan uit meer algemeen richtinggevend uitgangspunten; het antwoord is geen uitspraak over het concrete individuele geschil.

Het antwoord van de Hoge Raad is in beginsel bindend en heeft precedentwerking voor vergelijkbare zaken. Het kan zijn dat een prejudiciële vraag gesteld wordt door een rechter bij de rechtbank, terwijl later in hoger beroep die feiten op basis waarvan een vraag aan de Hoge Raad was gesteld anders worden vastgesteld. Als dat gebeurt vervalt de relevantie van de beslissing van de Hoge Raad.⁹

De Hoge Raad kan zonder nadere motivatie direct afzien van beantwoording van de prejudiciële vraag als hij meent dat de vraag zich niet leent voor beantwoording in een prejudiciële procedure of als de vraag te weinig belang heeft.¹⁰ Als de Hoge Raad de vraag wel in behandeling neemt, dan stelt hij de partijen in de gelegenheid om binnen een bepaalde termijn schriftelijke opmerkingen te maken en om op elkaars opmerkingen te reageren. Ook anderen dan de partijen in de rechtszaak kunnen door de Hoge Raad in de gelegenheid worden gesteld om schriftelijke opmerkingen te maken.¹¹ Juist in dit soort zaken is sprake van een maatschappelijk en zaakoverstijgend belang. De Hoge Raad kan dus gebaat zijn bij een zo compleet mogelijk beeld van de juridische en maatschappelijke overwegingen die bij het concrete geschil aan de orde zijn.

De procureur-generaal (advocaat-generaal) zal een conclusie formuleren op basis van de schriftelijke opmerkingen.¹² Deze conclusie zal een analyse bevatten van de rechtsvraag met een bespreking van de relevante jurisprudentie en literatuur.¹³ Anders dan in cassatie bevat de conclusie geen advies over de gegrondheid van het cassatiemiddel, maar over de beantwoording van de gestelde vraag.

Het is nog te vroeg om te kunnen bepalen hoe de mogelijkheid tot het stellen van een prejudiciële vraag in de praktijk zal uitpakken. De feitenrechter zal de relevante rechtsvraag die voor een prejudiciële procedure in aanmerking komt tijdig moeten herkennen en bereid moeten zijn om de rechtsvraag te laten beoordelen door de hoogste rechter. Juist in de gevallen die het meest interessant zijn in juridisch opzicht moet de rechter plaats maken voor de Hoge Raad. Het is de vraag of dit zal gebeuren.

Op 8 februari 2013 heeft de Hoge Raad zijn eerste prejudiciële beslissing genomen.¹⁴ Het ging om de vraag of de grosse van een hypotheekakte¹⁵ ook een executoriale titel oplevert voor de inning van restantvorderingen, nadat het onder-

⁹ Ibidem, p. 167.

¹⁰ Artikel 393 lid 1 jo. lid 8 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

¹¹ Artikel 393 lid 2 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

¹² Artikel 393 lid 6 Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering.

¹³ M.M. Stolp en J.F. de Groot, 'Een nieuwe procesvorm', p. 168.

¹⁴ *Hoge Raad*, LJN BY4889.

¹⁵ De grosse is een afschrift van de hypotheekakte. Deze blijft bij de notaris liggen totdat een geldnemer in de problemen komt. De hypotheekhouder kan dan met de grosse beslag leggen op het goed waarop een hypotheek rust en op andere goederen van de geldnemer.

pand (huis) executoriaal is verkocht en te weinig heeft opgeleverd voor de aflossing van alle door de hypotheekverlener verstrekte leningen. Dit is in de huidige maatschappelijke omstandigheid van economische crisis kennelijk een veelvoorkomende vraag voor banken die tot de executoriale verkoop over moeten gaan. De Hoge Raad antwoordde dat executeren zonder rechterlijke tussenkomst op basis van een hypotheekakte alleen juridisch mogelijk is als vorderingen van de bank voldoende duidelijk in de akte zijn omschreven.¹⁶

Experts discussiëren over de rol van de partijautonomie bij de prejudiciële procedure in de civiele sector. Deze discussie spitst zich toe op de vraag of de Hoge Raad een prejudiciële vraag nog moet beantwoorden als ondertussen al een schikking tussen procespartijen tot stand is gekomen. Op het eerste gezicht zou men denken dat het conflict is opgelost en de zaak is gesloten, zodat ook de prejudiciële procedure zonder uiteindelijk antwoord van de Hoge Raad eindigt. Echter, het betreft dan wel een vraag die gesteld is aan de Hoge Raad omdat deze vraag in breder verband van belang is en dus het individuele belang van partijen overstijgt. Tegelijkertijd moet rekening gehouden worden met de schikking tussen partijen die mogelijk weer onder druk komt te staan als gevolg van het antwoord van de Hoge Raad. Kortom, welk belang moet bij de prejudiciële procedure het meeste gewicht krijgen? Het micro-belang van de procespartijen of het macro-belang van de maatschappij?¹⁷

De Commissie-Hammerstein heeft niet aanbevolen om de prejudiciële vraag in strafzaken bij de Hoge Raad in te voeren. De aanbeveling blijft beperkt tot de civiele kamer. In *De Hoge Raad in 2025: hoe ver zijn we onderweg?* is een weerslag opgenomen van de discussie over de vraag of ook het strafrecht zich zou lenen voor de prejudiciële procedure. Hoewel niet iedereen denkt dat de prejudiciële procedure tot meer rechtsbescherming zou leiden, is François Kirsten, hoogleraar straf(proces)recht aan de Universiteit Utrecht, van mening dat deze procedure ook in het strafrecht toegevoegde waarde zou hebben.¹⁸ Professor Taru Spronken, Universiteit van Maastricht, gaf in een column in 2013 aan dat wat haar betreft de mogelijkheid tot het stellen van prejudiciële vragen ook voor strafzaken wordt opengesteld. Dit zou een welkome toevoeging zijn, vooral waar het gaat om interpretatie van uitspraken van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, die de Nederlandse strafpraktijk voor interpretatieproblemen stelt. Een prejudiciële vraag kan sneller en beter voor richtsnoeren zorgen en de implementatie van de Straatsburgse rechtspraak in de Nederlandse strafpraktijk bevorderen.¹⁹ Proble-

¹⁶ <http://njblog.nl/2013/02/12/prejudiciële-vragen-bij-de-hoge-raad-ook-iets-voor-strafzaken/>. Laatst geraadpleegd 24 september 2013.

¹⁷ I. Giesen, A.M. Hol en G.F.H. Kristen, 'De Hoge Raad in 2025: hoe ver zijn we onderweg?', in: A.M. Hol, I. Giesen en F.G.M. Kristen (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag, 2011, pp. 291-304.

¹⁸ Ibidem.

¹⁹ <http://njblog.nl/2013/02/12/prejudiciële-vragen-bij-de-hoge-raad-ook-iets-voor-strafzaken/>. Laatst geraadpleegd 24 september 2013.

men met de prejudiciële procedure die binnen het strafrecht zouden optreden houden verband met het belang van zowel OM als de verdachte bij een spoedige afdoening van de rechtszaak – met name als de verdachte in voorarrest zit, terwijl de prejudiciële vraag de strafzaak vertraagt.

De commissie-Hammerstein meende dat in de strafsector, anders dan in de civiele sector, het zaakaanbod in cassatie een evenwichtige afspiegeling vormt van de zaken die bij de lagere rechter voorkomen. Signalen dat belangrijke rechtsvragen buiten bereik van de Hoge Raad zouden blijven, waren de commissie niet bekend. Daarom beveelt de commissie de prejudiciële procedure alleen aan voor civiele zaken. De commissie noemde verschillende factoren die zouden kunnen verklaren dat de strafsector wel op een evenwichtige manier in cassatie is vertegenwoordigd. Een verklaring werd gezocht in de aard van een strafrechtelijke procedure, die in wezen gaat om de beoordeling van de beschuldiging van het OM en minder ruimte laat, zoals in de civiele sector, om overeenstemming tussen partijen te zoeken binnen de grenzen van het wettelijk toelaatbare. Ook het feit dat het aanwenden van het cassatiemiddel inhoudt dat de strafexecutie wordt geschorst, kan verklaren waarom men eerder cassatie zal instellen. Daarnaast heeft het OM de mogelijkheid cassatie in te stellen, wanneer het er belang bij heeft om relevante rechtsvragen met het oog op de rechtsontwikkeling en de rechtseenheid beantwoord te krijgen.²⁰

V.1.3 Positief of negatief verlofstelsel voor de civiele kamer van de Hoge Raad

Met het vernieuwde artikel 80a Wet op de rechterlijke organisatie is een ontwikkeling in gang gezet naar selectie aan de poort van zaken bij de Hoge Raad. ‘De Hoge Raad kan, gehoord de procureur-generaal, het beroep in cassatie niet-ontvankelijk verklaren wanneer de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen, omdat de partij die het cassatieberoep instelt klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft bij het cassatieberoep of omdat de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden’, aldus lid 1 van artikel 80a Wet op de rechterlijke organisatie. Dit artikel betreft alle soorten zaken van de Hoge Raad en is dus niet beperkt tot de civiele kamer. In deze paragraaf verkent de werkgroep de overige mogelijkheden van selectie aan de poort.

De Commissie-Hammerstein gaf in haar rapport aan dat het systeem van selectie dat zij voorstelt er niet één is van *pick and choose*, zoals in de Verenigde Staten wel het geval is. Toegang tot de inhoudelijke beoordeling in cassatie blijft openstaan. De hoogste constitutionele rechter in de VS, het *Supreme Court*, heeft een grote discretionaire bevoegdheid als het gaat om de keuze voor de zaken die het in behandeling neemt. Bij die keuze is de rechtsvormende taak van de rechter leidend. Tegelijkertijd blijkt in de praktijk dat de rechter terughoudendheid betracht in zaken met een duidelijke politieke gevoeligheid. Hierover meer in de

²⁰ *Versterking van de cassatierechtspraak*, Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad, Den Haag, 2008, p. 47.

volgende paragraaf. In een ‘verkapt verlostelsel’, zoals in Finland, Duitsland of Frankrijk is te vinden, beoordeelt de rechter in beginsel elke zaak inhoudelijk. Het is hem wel toegestaan om onder omstandigheden slechts verkort te motiveren.

Marc Loth, tot september 2013 raadsheer in de Hoge Raad, onderscheidt een positief en een negatief verlostelsel.²¹ Het negatief verlostelsel is er alleen op gericht kansloze zaken in een vroeg stadium weg te selecteren.²² Een speciaal ingestelde selectiekamer zou hier het selectiewerk ter hand moeten nemen. Hierin hoeven volgens Loth niet alle raadsheren zitting te hebben, omdat er een vrij brede consensus bestaat over welke zaken in dit stadium weggeselecteerd zouden worden. Het positief verlostelsel is erop gericht uit het ruime aanbod de zaken te selecteren die men wil afdoen, zoals binnen het *Supreme Court* het geval is. In een onderzoek uit 1991 bleek het hoogste Amerikaanse rechtscollege zo’n 5% van de 5000 ingediende verzoeken toe te laten. Meer recente cijfers wijzen op 1% van de 7000 jaarlijkse verzoeken.²³ De procedure voor selectie moet in een positief verlostelsel anders zijn dan in het minder vergaande negatief verlostelsel. Om principiële redenen zullen alle raadsheren bij de selectie betrokken moeten zijn. De beslissing om een zaak al dan niet te selecteren berust immers mede op overwegingen omtrent de vraag hoe de zaak zal (of zou) worden beslist (indien toegelaten).²⁴

Marc Loth geeft aan dat hij het een wenselijke ontwikkeling zou vinden als een negatief verlostelsel bij de Hoge Raad zich zou ontwikkelen tot een positief verlostelsel. De mogelijkheid tot het niet-ontvankelijk verklaren van zaken, zoals inmiddels met het vernieuwde artikel 80a Wet op de rechterlijke organisatie mogelijk is, levert een winst op in de zin dat meer tijd en aandacht overblijft voor de zaken die er met het oog op de normstellende rol (de rechtsvormende taak) toe doen. Loth erkent dat een positief stelsel op principiële gronden verworpen kan worden, maar hij neemt zelf een pragmatischer positie in. ‘Rechtsbescherming wordt nogal eens met hoofdletters geschreven, maar ik roep in herinnering dat niet ieder cassatieberoep op respectabele gronden wordt ingesteld. De Hoge Raad is oorspronkelijk niet bedoeld als derde instantie, maar als instantie om de kwaliteit van het recht te borgen.’²⁵

De vraag bij selectie aan de poort is natuurlijk: waar selecteer je op? Marc Loth

²¹ M. Loth, ‘Beslissen te beslissen. Hoe de Hoge Raad zijn agenda bepaalt’, in: A.G. Castermans e.a. (red), *Ex libris Hans Nieuwenhuis: opstellen aangeboden aan prof. mr. J.H. Nieuwenhuis, hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden, bij zijn emeritaat*, Deventer, 2009, pp. 216-219.

²² Als een dergelijk verlostelsel in Nederland zou worden ingevoerd, zou naar schatting ongeveer een derde van de civiele zaken, de helft van de strafzaken en driekwart van de belastingzaken worden weggeselecteerd. *Kamerstukken II*, 2007/08, 29279, nr 78, p.12.

²³ M. Loth, ‘Beslissen te beslissen’, p. 218. En: *Versterking van de cassatierechtspraak*, p. 46.

²⁴ M. Loth, ‘Beslissen te beslissen’, p. 218.

²⁵ *Ibidem*, p. 219.

schreef dat er vrij brede consensus bestaat over welke zaken al in een vroeg stadium kansloos lijken voor cassatie en dus in een negatief verlofstelsel weggeselecteerd kunnen worden. Selectie geschiedt in het negatief verlofstelsel op grond van de verwachte uitkomst; de slaagkans dus. Het positief verlofstelsel is van een andere orde. Dit stelsel heeft nog meer dan het negatief stelsel tot doel dat de hoogste rechter zich ‘kan beperken tot de zaken die er toe doen, en dat zijn niet noodzakelijk de zaken die kansrijk zijn’.²⁶ Het gaat uiteindelijk om de vraag: waartoe is de Hoge Raad op aarde?²⁷

Het voorstel zoals de Commissie-Hammerstein heeft gedaan kan, naar eigen zeggen, gezien worden als een ‘beweging in de richting van een verlofstelsel, zij het in een voorzichtige en vooralsnog in de richting van een verlofstelsel in de “mildste” vorm’.²⁸ Het voorstel laat dus twijfel over de vraag in hoeverre de selectie ook de inhoudelijke beoordeling van zaken betreft, maar de Commissie was er in ieder geval erg voorzichtig mee.

V.1.4 *Political question doctrine*

In het voorgaande is al vermeld dat het *Supreme Court* in de Verenigde Staten een grote discretionaire bevoegdheid heeft bij de keuze welke zaak het zal behandelen. De *political question doctrine* vormt een houvast bij de beoordeling of een vraag die daar voorligt ook inderdaad door het *Supreme Court* moet worden beantwoord. Deze doctrine houdt kortweg in dat de (hoogste) rechter in staat wordt gesteld in politiek gevoelige zaken geen uitspraken te doen, omdat een gekozen staatsmacht in een betere positie verkeert om die zaak te beoordelen. Over deze doctrine is veel wetenschappelijke literatuur geschreven; de opvattingen over de reikwijdte en de toepasbaarheid ervan lopen dan ook uiteen. Het arrest *Baker v. Carr* uit 1962 legde de basis voor de verschillende definities van een *political question* die wetenschappers hebben ontwikkeld.

Jesse Choper, hoogleraar Publiek Recht aan de Universiteit van California, Berkeley, schreef in 2005 een artikel over de *political question doctrine*. Een *political question* definieerde hij als een ‘*substantive ruling by the Justices that a constitutional issue regarding the scope of a particular provision (or some aspects of it) should be authoritatively resolved not by the Supreme Court but rather by one (or both) of the national political branches*’.²⁹

Choper formuleerde vier criteria om vast te stellen of er sprake is van een *political question* die niet in het hoogste rechtscollege thuishoort. In de eerste plaats is sprake van een *political question* als de tekst van de Grondwet er geen

²⁶ Ibidem, p. 219.

²⁷ In het *Supreme Court* wordt een zaak uitsluitend toegelaten als hiervoor *compelling reasons* zijn. Daaronder wordt bijvoorbeeld verdeeldheid onder appelrechters en lagere rechters verstaan.

²⁸ *Versterking van de cassatierechtspraak*, p. 47.

²⁹ J.H. Choper, ‘The Political Question Doctrine: Suggested Criteria’, *Duke Law Journal*, 2005, vol. 54, p. 1461.

twijfel over laat dat een bepaalde kwestie thuishoort in een gekozen orgaan van de democratische rechtsstaat. Over het algemeen is men het er over eens dat in zo'n geval het *Supreme Court* de zaak niet inhoudelijk moet behandelen. Dit criterium wordt *textual commitment* genoemd. De overige criteria die Choper noemt zijn controversiëler.

Het tweede criterium wordt aangeduid als *Federalism/Separation of Powers vs. Individual Rights*. Net als het eerste criterium betreft het hier de scheiding van taken en verdeling van autoriteit tussen het Congres, de president en het Hoogge-rechtshof. Het verschil is dat de grondwettelijke tekst hier niet de basis is om een kwestie als een politieke kwestie aan te merken, maar de functionele rol van het rechterlijk oordeel (*judicial review*). Choper beargumenteert dat de *judicial review* beter uit de verf komt als het Hooggerechtshof gepaste afstand houdt tot bepaalde zaken die kennelijk nog niet in de politiek zijn uitonderhandeld. *'By abstaining when the political branches may be trusted to produce a sound constitutional decision, the Justices [...] enhance their ability to render enforceable decisions when their participation is vitally needed.'*³⁰

Het derde criterium omschrijft Jesse Choper als *Judicially Manageable Standards*. Een rechtsvraag is volgens dit criterium een politieke kwestie als *judicially discoverable and manageable standards* om die vraag op te lossen ontbreken. Dit hoeft niet alleen constitutionele vragen te betreffen, maar kunnen net zo goed kwesties zijn waar individuele rechten centraal staan. Het gaat er Choper om dat een bepaalde standaard om een rechtsvraag te beoordelen *constitutionally warrented* moet zijn. Dit is in feite een theoretische grens aan de interpretatievrijheid van de rechter.³¹

Het vierde criterium voor *nonjusticiability*, waarover Choper zelf zegt dat hij nog de meeste vragen heeft, is *Generalized Grievance*. Het betreft hier zaken waarin individuele constitutionele rechten ter discussie staan en waarbij een rechterlijke uitspraak kan leiden tot inperking van die persoonlijke vrijheden. Een beslissing van een regering die verantwoording moet afleggen aan alle burgers (en afgerekend kan worden op zijn beslissingen) kan een dergelijke beslissing beter toevertrouwd worden.

Zoals gezegd wordt door wetenschappers verschillend aangekeken tegen de *political question doctrine*. Deze doctrine staat op gespannen voet met de notie van *judicial supremacy*, een begrip waarmee juist het idee tot uitdrukking komt dat de hoge rechter, met een rechtsvormende taak, in staat moet zijn om actief aan de betekenis van wetten bij te dragen. Hoe de *political question doctrine* zich zou moeten verhouden tot de rechtsvormende taak van het hoogste rechtscollege is kortom nog een open discussie. Er bestaat echter geen twijfel over dat het *Supreme Court* daadwerkelijk gebruik maakt van de *political question doctrine*.

In het arrest *McLoughlin v. O'Brian* (1983) uit het Verenigd Koninkrijk en

³⁰ Ibidem, p. 1466.

³¹ Ibidem, p. 1470.

in het Kindertaxi-arrest van de Hoge Raad op 22 februari 2002 vinden we twee illustraties van zaken waarin de grens tussen een politieke vraag en een juridische vraag besproken wordt. *McLoughlin v. O'Brian* draaide om een vrouw die thuis was op het moment dat haar man en kinderen niet ver van hun huis betrokken waren bij een ernstig auto-ongeluk. Deze vrouw had een rechtszaak aangespannen tegen de motorrijder, die de veroorzaker was van het ongeluk, voor de schade (zenuwschok) die zij had opgelopen toen haar werd verteld over het ongeluk en zij haar man dood en haar kinderen ernstig gewond in het ziekenhuis aantrof. Het *Court of Appeal* oordeelde dat de motorrijder die het ongeluk had veroorzaakt met zijn roekeloos rijgedrag, geen plicht had om de schade voor de moeder te herstellen. Het gerechtshof limiteerde dit plichtsbegrip expliciet op grond van publiek beleid, namelijk dat het aansprakelijkheidsbegrip van de roekeloos rijdende motorchauffeur te ver zou worden opgerekt en dit een te grote belasting zou zijn voor de motorrijder.³² Bij het *House of Lords* waren de raadsheren verdeeld over de vraag in hoeverre publiek beleid (*public policy*) hun beslissingen zou moeten beïnvloeden en of dus een 'duty of care' zou kunnen worden opgelegd aan de motorrijder. Lord Scarman zei hierover: *'Policy considerations will have to be weighed; but the objective of the judges is the formulation of principle. And, if principle inexorably requires a decision which entails a degree of policy risk, the courts function is to adjudicate according to principle, leaving policy curtailment to the judgment of Parliament.'* [...] *Here lies the true role of the two law-making institutions in our constitution. By concentrating on the principle the judges can keep the common law alive, flexible and consistent, and can keep the legal system clear of policy problems which neither they, nor the forensic process which it is their duty to operate, are equipped to resolve.*³³

Een vergelijkbare zaak in Nederland is het Kindertaxi-arrest. Hier ging het om de vraag of de moeder van een kind, dat overleden was nadat het was aangereden door een taxibusje en de moeder haar kind met ernstig letsel op straat aantrof, recht had op een vergoeding voor de geleden schade als gevolg van het verdriet. De moeder leed aan een posttraumatische stress-stoornis. De Hoge Raad refereerde in deze zaak aan mogelijk veranderende opvattingen in de maatschappij over de vraag of dergelijk verdriet om het verlies van een dierbare vergoed zou moeten worden en stelde dat het 'de rechtsvormende taak van de rechter te buiten [gaat] te dezer zake in afwijking van het wettelijk stelsel zonder meer een vergoeding toe te kennen'.³⁴ Het Kindertaxi-arrest is een voorbeeld van een zaak waarin de Hoge Raad terughoudend bleek om zich in een kwestie te mengen die op dat moment duidelijk al de aandacht van de politiek had.

³² *The Court of Appeal*, 1981, QB 599.

³³ *House of Lords*, 1983, AC 410, 430.

³⁴ *Hoge Raad*, 22 februari 2002, NJ, 2002, 240. Overigens kreeg deze moeder wel een vergoeding toegekend wegens 'shockschade'. De Hoge Raad bepaalde dat voor toekenning van shockschade vereist is, dat er een rechtstreeks verband bestaat tussen het gevaarzettend handelen en het geestelijk letsel waaraan een derde als gevolg van een directe confrontatie met het ongeval of gevolgen van het ongeval oploopt.

De vraag is in hoeverre de *political question doctrine* ook toepasbaar is voor de Hoge Raad. De doctrine vormt een uitzondering op het beginsel van respect voor de wet, omdat de hoogste rechter geen wettelijke mogelijkheid heeft om te weigeren een rechtsvraag die hem wordt voorgelegd te beantwoorden, met uitzondering van de onlangs ingestelde mogelijkheid tot de niet-ontvankelijkheidsverklaring. Een dergelijke doctrine kan een extra bescherming voor het gezag van de Hoge Raad betekenen; hij begeeft zich immers op gevoelig politiek terrein als hij zich wel uitlaat in zaken waarin een ‘politieke kwestie’ aan de orde is. Bovendien heeft hij als rechter beperkte mogelijkheden – in ieder geval veel minder dan de politicus – om zich in het debat dat mogelijk na zijn uitspraak volgt te mengen. Hij is in dat opzicht kwestbaar.

Maurice Adams en Dick Broeren, beiden verbonden aan de *Tilburg Law School*, brengen in de bundel *Speelruimte voor transparantere rechtspraak* van de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid het idee van Ivo Giesen en Harriët Schelhaas (Universiteit Utrecht) in herinnering. Zij pleiten voor een Periodiek Overleg van Rechtsvormers (POR), een idee dat het hoofd moet bieden aan coördinatieproblemen in de rechtsvormende taak van wetgever en rechter, in samenspraak met mensen uit de praktijk en wetenschappers. Adams en Broeren wijzen erop dat dit idee aanleiding kan geven tot afstemming ‘*met behoud van eigenheid en eigen verantwoordelijkheid* tussen de verschillende rechtscheppende actoren’.³⁵ Het zal veelal gaan om aangelegenheden die zich voor de alerte rechtsvormer al op voorhand aankondigen en die vragen doen rijzen. Het POR kan dan een extrajudiciële of buitenparlementaire motivering *in abstracto* en *ex ante* geven. Het overlegorgaan spreekt zich voor de daadwerkelijke uitspraak of wetgevende akte over de kwestie uit. Deze uitspraak zou in combinatie met de uiteindelijke uitspraak of wet verhelderend kunnen werken, aldus Adams en Broeren.

³⁵ M. Adams en D. Broeren, ‘Rechterlijke argumentatie en transparantie: een rechtsvergelijkende exercitie’, p. 193.

Selectie bij het OM: de Landelijke Reflectiekamer

Het Openbaar Ministerie kent een bijzondere afdeling die een adviesrol kan spelen bij de vervolgingsbeslissing: de zogenaamde Landelijke Reflectiekamer. De Landelijke Reflectiekamer is, aldus het OM: ‘bedoeld voor reflectie, evaluatie en visitatie van [zeer] complexe juridisch-inhoudelijke zaken, voor de [zeer] gevoelige en betekenisvolle zaken alsmede zaken met een hoog afbreukrisico. Dit soort zaken verdient de aandacht van een landelijke voorziening met de vereiste senioriteit, deskundigheid en kwaliteit.’

De reflectiekamer fungeert kortom als een bijzonder selectiemechanisme bij de vervolgingsbeslissing. Deze instantie is omhuld door geheimzinnigheid: het is niet duidelijk wie zitting hebben in deze kamer, noch wanneer zij bijeenkomen. Wel is bekend dat zij in ieder geval een advies heeft uitgebracht rondom de vervolgingsbeslissing van Thom Karremans, voormalig Dutchbat-commandant in Srebrenica, en twee collegamilitairen voor de gebeurtenissen die in Srebrenica in 1995 hebben plaatsgevonden. Ook bij de beslissing om de heer Heringa te vervolgen is de landelijke reflectiekamer betrokken geweest. Hij wordt verdacht van hulp bij zelfdoding van zijn moeder, terwijl hij geen beroep kan doen op de strafuitsluitingsgrond van de euthanasiewet, aangezien hij geen arts is.

Een *political question doctrine* overwegend, vraagt de werkgroep zich af of een soortgelijke reflectiekamer, waarin personen met een zekere expertise zitten die rondom zeer (politiek) gevoelige zaken een advies uitbrengen, ook zou kunnen worden ingevoerd voor de zittende magistratuur, in het bijzonder voor de Hoge Raad.

http://www.om.nl/organisatie/item_144364/arnhem/nieuwsberichten/@158171/reactie/. Laatst geraadpleegd 24 september 2013.

V.1.5 De toegang van strafzaken tot de Hoge Raad: rechtsbescherming als kerntaak

In het *Nederlands Juristenblad* en het *NRC Handelsblad* verschenen in mei 2013 twee artikelen van Willem Jebbink, advocaat, die zijn zorgen uitten over een procedureel obstakel voor de toegang tot de Hoge Raad: het achterwege laten van de ambtshalve cassatie. Jebbink schreef over een strafzaak met een jeugdige verdachte die door de lagere rechter ten onrechte was veroordeeld voor het niet-opvolgen van een politiebevel. De advocaat-generaal bij de Hoge Raad en de Hoge Raad zelf zagen in dat de politie niet bevoegd was geweest om het bevel te geven. Er kon daarom geen sprake zijn van een door verdachte gepleegd misdrijf. Toch hield de Hoge Raad de veroordeling in stand, omdat de advocaat van de verdachte verzuimd had bij de Hoge Raad expliciet te klagen over de juridisch onjuiste veroordeling.

Op grond van het vernieuwde artikel 80a Wet op de rechterlijke organisatie kan de Hoge Raad tegenwoordig een cassatieberoep niet-ontvankelijk verklaren als de aangevoerde klachten geen behandeling in cassatie rechtvaardigen wegens klaarblijkelijk onvoldoende belang van de verdachte of omdat de klachten klaar-

blijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden. Volgens Jebbink heeft de Hoge Raad met de hiervoor genoemde uitspraak eigenstandig en dus buiten de democratische wetgever om een extra beperking voor de toegang tot de Hoge Raad toegevoegd, namelijk dat evident onjuiste veroordelingen niet meer ambtshalve, dus ondanks het feit dat daarover door de advocaat van verdachte geen klacht is ingediend, worden gecasseerd. Deze extra beperking van de toegang tot de Hoge Raad is niet te rijmen met één van zijn kerntaken, namelijk de rechtsbescherming aan individuele rechtszoekenden. Dit is een kerntaak van de Hoge Raad naast de in dit hoofdstuk genoemde andere kerntaken: het bewaken van de rechtseenheid en het bevorderen van de rechtsontwikkeling.³⁶

De beperking die met het vernieuwde artikel 80a Wet op de rechterlijke organisatie aan de toegang tot de Hoge Raad is gesteld heeft betrekking op de klachten die in het cassatieberoep worden aangedragen. Met artikel 80a Wet op de rechterlijke organisatie heeft de Hoge Raad de bevoegdheid een afweging van opportuniteit te maken omtrent het al dan niet ontvankelijk verklaren van cassatieberoepen in zowel civiele zaken als strafzaken. Dit artikel heeft echter geen betrekking op zaken die zonder dat er specifieke klachten worden aangedragen, evident toch voor cassatie in aanmerking moeten komen: de ambtshalve cassatie. Als ook met betrekking hierop de toegang tot de Hoge Raad wordt beperkt, dan kan de fundamentele rechtsbescherming in het geding komen.

Het hier geschetste probleem laat zien dat de toegang tot de Hoge Raad voor de civiele kamer anders moet worden gewaardeerd dan de toegang van strafzaken. Artikel 80a Wet op de rechterlijke organisatie moet geplaatst worden in de trend om de Hoge Raad zich meer te laten richten op zijn taak als bewaker van de rechtseenheid en bevorderaar van de rechtsontwikkeling. Met name in de civiele sector, waar de rechter lijdelijk is en procespartijen gelijkwaardig zijn, kan beperking van de toegang tot de Hoge Raad goed worden verdedigd. Echter, beperkte toegang tot de Hoge Raad is bezwaarlijk zodra een burger vervolgd wordt door de overheid en de Hoge Raad zijn rol als rechtsbeschermer niet meer uitvoert.

V.2 *Dissenting opinions*

Naast het onderwerp van de selectie van zaken, wordt ook de zogenaamde *dissenting opinion* veel besproken binnen het kader van de herijking van de rol van de Hoge Raad. Een *dissenting opinion* is een geschreven verslag van een (of meer) rechters dat naar buiten wordt gebracht na de rechterlijke uitspraak en waarin de auteur er blijk van geeft dat hij het niet eens is met de beantwoording van de rechtsvraag zoals in de rechterlijke uitspraak is gebeurd. Die rechter is het kortom niet eens met de meerderheid van de rechters en legt uit waarom dat het geval is. Een *concurring opinion* is een soortgelijk verslag, waarin de rechter het wel eens is

³⁶ 'Hoge Raad handhaaft rechtsmissers', *NRC Handelsblad*, 3 mei 2013 en Willem Jebbink, 'Hoe zuiver is de strafkamer van de Hoge Raad? Achterwege laten ambtshalve cassatie in evidente gevallen is in strijd met onze cassatieprocedure en het EVRM', *Nederlands Juristenblad*, 3 mei 2013, afl. 18, pp. 1201-1205.

met het rechterlijk oordeel, maar op andere gronden.

De discussie over de invoering van *dissenting opinions* komt (onder meer) voort uit de wens om de rechtspraak transparanter te maken. Deze transparantiewens – waaraan de invoering van *dissenting opinions* uiteraard slechts één mogelijke tegemoetkoming kan zijn, richt zich op de begrijpelijkheid en bekritisbaarheid van de rechtspraak.

Er klinkt, zo stelt de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid in het in 2013 gepubliceerde *Speelruimte voor transparantere rechtspraak*, hier en daar een roep om meer debat en bekritisbaarheid van de rechtspraak. Als de Hoge Raad onvoldoende aandacht heeft voor een expliciete bespreking en weerlegging van de tegenargumenten, komen de rechtseenheid en rechtsontwikkeling – bij uitstek belangen die het hoogste rechtscollege behartigt – in het geding. ‘[...] daarvoor is het van groot belang dat de daadwerkelijke argumenten voor een beslissing expliciet in een uitspraak opgenomen worden, met expliciete bespreking en weerlegging van de tegenargumenten.’³⁷

De oproep om de rechtspraak meer open te stellen voor debat en bekritisbaarheid kan begrepen worden als een oproep om het redenerende (discursieve) element van het recht meer in vonnissen tot uitdrukking te laten komen. Dat zou bij wijze van eerste stap kunnen gebeuren door het vonnis te schrijven vanuit de positie van de verliezende partij; dit dwingt de auteur tot voldoende motivering van zijn oordeel.

Een verdergaande stap is de invoering van *dissenting opinions*. Hoewel enkele raadsheren bij de Hoge Raad hier voorstander van zijn, blijkt uit een recente enquête die Corien Prins, Jesse van der Mijl en Will Tiemeijer namens de WRR onder rechters hebben gehouden, dat de algemene houding ambivalent is. Slechts 24% van de door de WRR ondervraagde rechters is voorstander van publicatie van *dissenting opinions* door raadsheren van de Hoge Raad. Toch krijgt men een genuanceerder beeld wetende dat een aantal prominente rechters³⁸ het openbaar maken van individuele opvattingen van rechters wel ziet zitten.

Tegenstanders werpen bijvoorbeeld op dat publieke communicatie over de manier waarop een rechtscollege tot een oordeel is gekomen, paradoxaal genoeg een bedreiging kan vormen voor de openheid van blik en de vrijheid van debat bij de totstandkoming van dat oordeel. In de wetenschap dat een bepaalde zienswijze publiekelijk kan worden bekritiseerd, kan een rechter het idee hebben dat hij in zijn autonomie wordt beperkt. Overigens is een *dissenting opinion* geen *verbatim* verslag van wat in de raadkamer is besproken. Het geheim van de raadkamer komt met een *dissenting opinion* niet op het spel te staan.

Een ander argument tegen *dissenting opinions* is dat de discursieve openheid

³⁷ C.H.W.M. Sterk, geciteerd in: J.E.J. Prins e.a., ‘Naar een transparantere rechtspraak. Geen glans zonder wrijving’, in: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Speelruimte voor transparantere rechtspraak*, Den Haag, 2013, p. 61.

³⁸ Geert Corstens en Wilhelmina Thomassen hebben zich in het verleden bijvoorbeeld positief uitgelaten over *dissenting opinions*.

kan afdoen aan de begrijpelijkheid van de zaak. Hierbij wordt gedacht aan het feit dat rechtspreken toch in belangrijke mate een kwestie is van toepassing van abstracte begrippen op concrete omstandigheden. Wat die begrippen precies inhouden, daarover kunnen de meningen nu juist verschillen. Met *dissenting opinions* zal, zo is de vrees, een eeuwigdurende discussie worden geopend – terwijl de rechterlijke uitspraak in de eerste plaats een finale beslechting moet zijn van de zaak. De begripsmatige helderheid kan dus lijden onder *dissenting opinions*. Maurice Adams, hoogleraar Democratie en Rechtsstaat en Encyclopedie van het Recht aan Tilburg University, en Dick Broeren, docent aan het departement Privaatrecht van Tilburg University, hebben een vergelijking gemaakt tussen de gebruikelijke rechterlijke motivatie in de hoogste rechtscolleges van Frankrijk en de VS. Zij zijn tot de conclusie gekomen dat een meer omvangrijke motivering, zoals in de VS het geval is, niet automatisch samenvalt met goede of betere kwaliteit van de rechtspraak. Ook Amerikaanse rechters bedienen zich van drogredeneringen en verhullende argumentatie, zoals ook het geval is in Frankrijk, waar de rechterlijke argumentatie en het debat om institutionele redenen veel minder openbaar is. Tegenstanders werpen dan ook op dat het transparanter of bekritiseerbaarder maken van de rechtspraak veel meer een kwestie zal zijn van een cultuurverandering, gericht op de rol van de rechter, dan van een verandering van het systeem.

Echter: ‘In de huidige tijd loopt het argument van de magie van de uniforme rechtspraak zo langzamerhand tegen grenzen op en ligt de vraag voor of vanuit de erkenning dat rechterswerk ook mensenwerk is, een systeemaanpassing niet aan de orde is.’³⁹ Bij het Europees Hof voor de Rechten van de Mens, als ook in diverse Europese landen zoals Duitsland, Spanje, Hongarije en Tsjechië, wordt een vorm van het openbaar maken van *dissenting opinions* toegepast. Mark Chavannes meent, afgaande op zijn observaties van het Amerikaanse *Supreme Court*, dat het recht spannender wordt door de publicatie van afwijkende opvattingen. Dit draagt bovendien bij aan een zinvol, open en serieus debat, wat niets minder is dan een teken van volwassenheid – zeker niet van zwakte.⁴⁰

Ook vanuit de taakopvatting van de raadsheer in de Hoge Raad kan een argument voor het publiceren van minderheidsopvattingen worden ontleend. De verantwoordelijkheid voor het rechtvaardig beslissen van zaken is niet alleen een collectieve, maar ook een individuele opdracht. ‘Vanuit dit gezichtspunt is het niet acceptabel dat rechters een beslissing zouden moeten onderschrijven waar zij niet achter staan en dat zij hun eigen opvattingen en overtuigingen over een zaak die ter berechting aan hen is voorgelegd niet publiek mogen maken. Dit kan als een aspect van rechterlijke onafhankelijkheid worden gezien’, aldus advocaat Wouter Limborgh.⁴¹ Ook vanuit hun maatschappelijke verantwoordelijkheid in

³⁹ J.E.J. Prins e.a., ‘Naar een transparantere rechtspraak’, p. 97.

⁴⁰ Ibidem.

⁴¹ Wouter Limborgh, ‘De Hoge Raad en minderheidsopvattingen (*dissenting/concurring opinions*)’, *Nederlands Juristenblad*, 28 juni 2013, afl. 26, pp. 1708-1714, p. 1710.

een democratische rechtsstaat zou het een positieve ontwikkeling zijn als de samenleving beter inzicht krijgt in de argumenten waarvan de raadsheren zich hebben bediend. 'Als er significante verschillen van opvatting bestaan, rust op rechters de verantwoordelijkheid deze verschillen publiek te maken.'⁴² Dat het publiceren van minderheidsopvattingen bovendien een aanscherpend effect zou hebben op de motivering van de uitspraken van de Hoge Raad, valt nu niet te bewijzen, maar acht Limborgh wel aannemelijk.⁴³ Hij raadt aan om een commissie in te stellen met vertegenwoordigers van de Hoge Raad en zijn parket, het ministerie, de advocatuur en de wetenschap, die over nog openstaande vragen omtrent minderheidsopvattingen adviseert. Daarmee kunnen de voorwaarden worden geformuleerd voor de introductie van *dissenting opinions*.

Het is ongetwijfeld waar dat *dissenting opinions* meer spanning opleveren in de rechtspraak. Voor de individuele rechter kan het betekenen dat zijn gezag er enigszins door wordt ondermijnd. Hij lijkt niet langer *la bouche de la loi*, maar dreigt gereduceerd te worden tot 'zomaar een persoon met ook maar een mening'. In 2012 heeft Erna Scholtes in haar proefschrift *Transparantie. Icoon van een dolende overheid* vastgesteld dat transparantie een negatief effect heeft op de gepercipieerde competentie van besluitvormers binnen de overheid.⁴⁴ Maar, zo menen de voorstanders, de rechtspraak als geheel zou aan gezag winnen. Burgers die het met een belangrijke zaak oneens zijn kunnen het gevoel krijgen dat zij niet alleen staan, en dat hun mening in ieder geval wel, zij het in minderheid, wordt gedeeld binnen de rechterlijke macht. Daarnaast blijkt in landen die bekend zijn met *dissenting opinions*, dat het gevoelen onder burgers in ieder geval niet is dat rechterlijke oordeelsvorming een kwestie is van geheim binnenskamers overleg.

Hoe men ook tegen *dissenting opinions* aankijkt, het staat vast dat rechtspraak nooit een logisch dwingende uitkomst kan zijn van rechtsoverwegingen die in de raadkamer worden gemaakt. Er is vaak meer dan één uitkomst denkbaar. Rechterswerk is immers mensenwerk.

⁴² Ibidem, p. 1711.

⁴³ Ibidem, p. 1714.

⁴⁴ Adams en Broeren, 'Rechterlijke argumentatie en transparantie: een rechtsvergelijkende exercitie', p. 189.

<i>Waarom vinden rechters dissenting opinions onwenselijk?</i>	
Omdat de discussie over een zaak eens eenduidig moet zijn afgerond	6,4%
Omdat rechtbanken en hoven gebaat zijn bij duidelijke richting in plaats van diffuse oordelen	9,4%
Omdat het burgers de indruk kan geven dat rechtspraak een subjectieve aangelegenheid is	7,5%
Omdat zowel de winnende als de verliezende procespartij wordt achtergelaten met een ontevreden gevoel	3,8%
Omdat het te zeer in strijd is met onze opvattingen over de rechtsstaat	2,3%
Anders	8,0%
<i>Waarom vinden rechters dissenting opinions wenselijk?</i>	
Omdat het de hoogste colleges noodzaakt tot meer scherpte in de oordeelsvorming door individuele rechters	11,3%
Omdat het een noodzakelijke stap is voor een meer transparante houding van de rechtspraak naar de samenleving	7,5%
Omdat het eerlijk tegenover de samenleving is om de mythe van unanimiteit te doorbreken	6,6%
Omdat het als belangrijk voordeel heeft dat het publieke debat over de rechtspraak wordt gevoed	6,1%
Omdat het uiteindelijk zal bijdragen aan het gezag van de rechter	6,1%
Anders	8,9%

¹ Cijfers ontleend aan: J.E.J. Prins, J. van der Mijl en W. Tiemeijer, 'Rechters aan het woord over transparantie', in: Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *Speelruimte voor transparantere rechtspraak*, Den Haag, 2013, p. 229. Het aantal rechters dat aan de enquête meedeed was 213.

V.3 Conclusie en aanbeveling: cassatierechtspraak en legitimiteit

In welk opzicht kan de Hoge Raad bijdragen aan de legitimiteit van de rechterlijke macht?

De Hoge Raad heeft als hoogste rechtscollege voor burgerlijk recht, strafrechtelijke zaken en belastingzaken een bijzondere plaats binnen de rechterlijke macht. Met name voor het burgerlijk recht geldt de rol van de Hoge Raad om de eenheid en de juistheid van het Nederlandse recht te waarborgen en een bijdrage te leveren aan de rechtsontwikkeling. Vanwege het ingrijpende karakter van het strafrecht geldt voor de strafkamer meer dan voor de civiele kamer van de Hoge Raad ook de rol van rechtsbeschermer van fundamentele rechten van de individuele burger. De Hoge Raad kan bijdragen aan het behoud en de versterking van de legitimiteit van de rechterlijke macht als hij deze functies volwaardig tot uitdrukking kan brengen.

Aanbevelingen

- **Stel een positief selectiestelsel voor de civiele kamer van de Hoge Raad in en hanteer daarbinnen de *political question doctrine*.** Een Hoge Raad die zich beperkt tot een klein aantal zaken waarin een belangrijke civiele rechtsvraag centraal staat, verhoudt zich goed tot een Hoge Raad die tevens grote terughoudendheid betracht in het behandelen van zaken waarin een vraag centraal staat met een sterke politieke geladenheid. Het positief selectiestelsel dient de rechtsvormende en rechtsbeschermende taak van de civiele kamer van de Hoge Raad, die de eenheid en juistheid van het recht waarborgt.
- **Stimuleer dat raadsheren in de Hoge Raad gebruik maken van de mogelijkheid om *dissenting opinions* te schrijven.** Hiermee huldigen zij het principe dat de rechterlijke macht een derde staatsmacht is die ertoe doet in maatschappelijke kwesties waarin de meningen sterk verdeeld zijn. Wettelijk staat individuele rechters niets in de weg dit te doen.

VI. Omgang met internationaal recht

VI.1 Twee ontwikkelingen rondom artikelen 93 en 94 Grondwet

VI.1.1 Van rechterlijke terughoudendheid naar assertiviteit

In dit hoofdstuk bestuderen we welk opzicht de rechterlijke omgang met bepalingen uit internationale verdragen en arresten de legitimiteit van de rechterlijke macht onder druk kan zetten.

Artikel 93 Grondwet geeft aan dat een ieder verbindende bepalingen van verdragen en besluiten van volkenrechtelijke organisaties doorwerken in de Nederlandse rechtsorde. Artikel 94 Grondwet bepaalt dat Nederlandse wettelijke voorschriften geen toepassing vinden als ze met die een ieder verbindende bepalingen onverenigbaar zijn. Op grond van deze bepalingen kan de Nederlandse rechter wettelijke regels – inclusief formele wetten¹ – opzij zetten wegens strijd met rechtstreeks werkende internationale bepalingen. Er zijn twee ontwikkelingen op dit terrein die de legitimiteit van de rechterlijke macht onder druk zetten.

In de eerste plaats is de Nederlandse rechter aanvankelijk zorgvuldig en terughoudend met deze in 1953 in de Grondwet opgenomen bevoegdheid omgesprongen, zoals blijkt uit het onderzoek van Joseph Fleuren, universitair hoofd-docent bij de sectie Algemene Rechtswetenschap aan de Radboud Universiteit Nijmegen.² Maar soms gebruikt de rechter het internationale recht om de politiek in beweging te krijgen of te corrigeren. Zo nam de Hoge Raad in het midden van de jaren '80 in de zogenaamde 'Voorjaarsbeschikkingen' de wetgeving over het ouderlijk gezag na echtscheiding op de schop met behulp van artikel 8 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM).³ Ook de uitspraken van de Centrale Raad van Beroep over gelijkheid en het kostwinnersbeginsel in de sociale zekerheid, gedaan tijdens de tweede helft van de jaren '80 op grond van artikel 26 van het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten (IVBPR)⁴, behoren tot deze categorie.⁵ De rechter stond daarbij op de tenen van een bezuinigende overheid, die zelfs dreigde om het IVBPR dan maar op te zeggen. Dat bleek niet mogelijk, maar het signaal was wel afgegeven.

Ook de recente SGP-uitspraak van de Hoge Raad past in deze meer assertieve lijn.⁶ In het arrest komt de Hoge Raad tot de conclusie dat artikel 7 van het Vrouwenverdrag⁷ rechtstreeks werkt. Nu de bepaling de staat oproept om alle passende

¹ Een formele wet, ook wel een wet in formele zin, is een wet die is vastgesteld door de Staten-Generaal.

² J.W.A. Fleuren, *Een ieder verbindende bepalingen van verdragen*, Den Haag, 2004.

³ *Hoge Raad* 21 maart 1986, NJ 1986, 585-588.

⁴ Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten.

⁵ CRvB 14 mei 1987, RSV 1987/246, CRvB 5 januari 1988, RSV 1988, 198 t/m 200, CRvB 7 december 1988, RSV 1989/67.

⁶ *Hoge Raad* 9 april 2010, LJN: BK4549.

⁷ 'Verdrag voor de uitbanning van alle vormen van discriminatie tegen vrouwen'.

maatregelen te nemen is dat echter niet het geval. De bepaling richt zich hierdoor tot de regering en de wetgever, niet tot de rechter.⁸ Maar de Hoge Raad blijkt niet voor één gat te vangen: hij construeert de rechtstreekse werking door artikel 7 Vrouwenverdrag te verbinden met het veronderstelde monopolie dat politieke partijen zouden hebben op de kandidaatstelling. De Kieswet kent echter geen partijenstelsel, maar een lijstenstelsel: iedere groep van 30 kiezers kan een kandidatenlijst indienen voor de Tweede Kamer.⁹ De SGP ontnam vrouwen dus niet het passieve kiesrecht, maar alleen de mogelijkheid om voor deze partij uit te komen bij de verkiezingen. Zoals GroenLinks het passieve kiesrecht niet zou schenden als zij iemand als kandidaat zou weigeren die pleit voor meer broeikasgas.

Een tweede aanwijzing dat de Hoge Raad in deze zaak nogal resultaatgericht was, wordt gevormd door het feit dat geen wettelijk voorschrift buiten toepassing gelaten wordt, zoals artikel 94 Grondwet voorschrijft. In plaats daarvan wordt de staat een gebod opgelegd, namelijk om maatregelen te nemen die de SGP ertoe zullen brengen om vrouwen te kandideren. Hierdoor wordt een grondwettelijke bepaling die hooguit ruimte laat aan een declaratoire uitspraak als grondslag gebruikt om een rechterlijk bevel jegens de staat uit te vaardigen. Dat is een zeer vergaande ingreep in de bestaande staatsrechtelijke verhoudingen waarvoor een grondslag ontbreekt.

VI.1.2 Omstreden jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens

Daarnaast zijn er de afgelopen jaren door de rechter enkele uitspraken gedaan op basis van het EVRM die door politici als een steen des aanstoots werden beschouwd. Zo oordeelde het Hof Den Haag dat krakers een huisrecht kunnen ontlenen aan artikel 8 EVRM.¹⁰ Daarom moeten zij op grond van artikel 13 EVRM de gelegenheid krijgen om hun zaak aan de rechter voor te leggen als zij met uitzetting worden bedreigd, voordat de ontruiming wordt geëffectueerd. Wat politici stak was dat de Wet Kraken en Leegstand, die nog maar zeer kort daarvoor door de wetgever was aangenomen om ontruiming te vergemakkelijken, op deze manier werd tenietgedaan. De Rechtbank Den Haag gaf te kennen dat het ontbreken van een overgangstermijn voor intrekking van de Wet Werk en Inkomen Kunstenaars (WWIK) in strijd is met artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM.¹¹

Dergelijke uitspraken worden door commentatoren nogal een afgedaan als een simpele toepassing van de staande jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens. Maar die jurisprudentie is soms zeer omstreden. Zo past de

⁸ Tom Zwart, 'Doorwerking van internationaal recht: trekt de Nederlandse politiek zich terug achter de dijken?', in: *Dertig Jaar Grondwet*, Directie Constitutionele Zaken en Wetgeving, Den Haag, 2013 (nog te verschijnen).

⁹ Artikel H 4, lid 1 Kieswet.

¹⁰ *Hof Den Haag*, 8 november 2010, LJN: BO3682.

¹¹ *Rb Den Haag*, 3 januari 2012, LJN: BU9921; *Hof Den Haag*, 5 juni 2012 LJN: bw7457.

uitspraak over de WWIK weliswaar in de lijn van het EHRM ten aanzien van artikel 1 Protocol I, maar die benadering heeft wel tot de nodige kritiek geleid.¹² Op deze manier worden de feilen die kleven aan de jurisprudentie en de werkwijze van het EHRM door uitspraken van Nederlandse rechters in de nationale rechtsorde geïncorporeerd. Hoewel het EHRM een onmisbare rol vervult in het verhogen van het mensenrechtelijke gehalte van de rechtsordes van de partijstaten, valt op de kwaliteit van het juridische handwerk van het Hof namelijk de laatste tijd wel het nodige af te dingen.¹³

Zo houdt het Hof zich niet goed aan zijn eigen precedënten. In *M.S.S. tegen Griekenland en België*,¹⁴ een arrest dat een bom legde onder het stelsel van afhandeling van asielverzoeken binnen de EU, veroordeelde het Hof Griekenland omdat het een Afghaanse asielzoeker had onderworpen aan onmenselijke en vernederende behandeling. De asielzoeker was eerst onder mensonterende omstandigheden opgevangen in een asielzoekerscentrum en daarna geheel aan zijn lot overgelaten. De man had daarop zijn heil gezocht in België, maar dit land had hem op basis van de Dublinverordening uitgezet naar Griekenland, de lidstaat waarin hij zijn eerste asielverzoek had ingediend. Het EHRM meende dat België zich had moeten realiseren dat de omstandigheden voor asielzoekers in Griekenland dermate slecht waren dat zij strijd opleverden met artikel 3 EVRM en veroordeelde dit land daarom eveneens.

Maar België had, toen het overging tot uitzetting van de klager naar Griekenland, vertrouwd op de uitspraak *K.R.S. tegen het VK* die enkele maanden daarvoor door het Hof was gedaan.¹⁵ Volgens deze uitspraak konden de partijstaten asielzoekers gerust overdragen aan het land van eerste opvang binnen de EU zonder zich te hoeven afvragen of daar het EVRM wel wordt gerespecteerd. Het Hof meende in *M.S.S.* dat aan deze uitspraak geen precedentwerking toekwam, omdat de omstandigheden in Griekenland in de tussenliggende periode ingrijpend waren verslechterd. Maar rechter Nicolas Bratza wees er in zijn *dissenting opinion* in *M.S.S.* op dat een deel van de documenten waarin op die verslechtering werd gewezen al was meegewogen in de *K.R.S.* zaak. De rest van de informatie was inderdaad pas bekend geworden na *K.R.S.*, maar ook pas nadat de klager al door België was uitgezet naar Griekenland.

Ook de wijze waarop het EHRM in asielzaken het bewijs vergaart laat te wensen over. In de *M.S.S.* zaak beweerde de klager in Griekenland slecht te zijn behan-

¹² Zie Marc Bossuyt, 'De uitbreiding van de rechtsmacht van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens tot sociale zekerheidsregelgeving: een rechterlijke revolutie?', *Rechtskundig Weekblad* 2007-2008, pp.842-856.

¹³ Tom Zwart, 'More human rights than Court: why the legitimacy of the European Court of Human Rights is in need of repair and how it can be done', in: Tom Zwart, Spyridon Flogaitis en Julie Fraser (red), *The European Court of Human Rights and its discontents: turning criticism into strength*, Cheltenham, 2013, pp. 71-95.

¹⁴ *EHRM* 21 januari 2011, nr. 30696/09.

¹⁵ *EHRM* 2 december 2008, nr. 32733/08.

deld, maar volgens het Hof slaagde hij er niet in om deze claims hard te maken. Het Hof nam de beweringen niettemin toch voor waar aan omdat ze strookten met de observaties van de Hoge Commissaris voor de Vluchtelingen, de Commissaris voor Mensenrechten van de Raad van Europa en een aantal NGOs, waaronder Amnesty International, die zich in de procedure hadden gevoegd. Maar rapporten van Amnesty International en de Hoge Commissaris zijn niet geschikt voor dit doel, omdat zij geschreven worden om de beleidsdoelen van deze organisaties en niet de gerechtelijke belangen te dienen. Er is uiteraard niets op tegen als organisaties als Amnesty International hun doelstellingen proberen te verwezenlijken, maar de wijze waarop zij hun gegevens verzamelen is niet onderworpen aan regels van bewijsrecht. Daarom kan de gerechtelijke taak niet aan hen worden uitbesteed. Bovendien heeft het EHRM in *Mamatkulov en Askarov tegen Turkije*¹⁶ aangegeven dat zulke rapporten weliswaar de algemene situatie in het betrokken land beschrijven, maar niet geschikt zijn om de specifieke beweringen van de klager te onderbouwen.

De standaard die het Hof gebruikt bij de interpretatie van het EVRM – de consensusmethode – biedt geen houvast. Deze methode komt erop neer dat er sprake is van een schending van het mensenrechtenverdrag als het gedrag van de verweervoerende staat afwijkt van dat van een grote meerderheid van de partijstaten. Zo werd Turkije door het Hof veroordeeld wegens een schending van het recht op privéleven omdat het gehuwde vrouwen niet toestaat de meisjesnaam te blijven voeren.¹⁷ In alle andere partijstaten is dat wel toegestaan.

Ook de interpretatie die het Hof aan het verdrag geeft roept problemen op. Het Hof heeft ervoor gekozen om het EVRM te beschouwen als een levend instrument dat moet worden geïnterpreteerd in het licht van ‘*present day conditions*’. Dat heeft ertoe geleid dat het aantal rechten dat de Conventie bevat voortdurend wordt uitgebreid. Zo kent het verdrag volgens het Hof een recht op bescherming tegen milieuhinder en een vrijwaring tegen deportatie als de vreemdeling wrede of onmenselijke behandeling te vrezen heeft. Deze rechten komen in de tekst van het verdrag niet voor. Ook rechten die wel in de tekst zijn terug te vinden worden uitgebreid: zo wordt door het Hof in de plicht om eerlijke en vrije verkiezingen te organiseren een afdwingbaar individueel kiesrecht gelezen. De uitdijning van de bescherming die het verdrag biedt die verder gaat dan wat de verdragspartijen overeen zijn gekomen valt juridisch niet gemakkelijk te verdedigen en leidt ook tot politieke irritatie.

Het Hof past de consensusmethode niet altijd consequent toe. Zo liet het Verenigd Koninkrijk lange tijd niet toe dat personen die geslachtsverandering hebben ondergaan zich onder hun nieuwe geslacht in de burgerlijke stand registreren. Die weigering werd enkele malen bij het Hof aangevochten, maar het VK ontsprong de dans omdat op dit punt een Europese consensus ontbrak. In de *Christine Good-*

¹⁶ EHRM 4 februari 2005, nr. 46827/99 en 46951/99, r.o. 73; zie ook r.o. 6 en 7 van de *dissenting opinion* van Rechter Bratza en anderen.

¹⁷ *Ünal Tekeli tegen Turkije*, EHRM 16 november 2004, nr. 29865/96.

win tegen het VK zaak in 2002 werd het VK echter uiteindelijk wel veroordeeld omdat de weigering in strijd was met de consensus.¹⁸ Maar bij gebreke aan een Europese consensus beriep het Hof zich plotseling op een ‘internationale consensus’, gebaseerd op de praktijk in Australië en Nieuw-Zeeland.

In *A, B, en C tegen Ierland* kwam het Hof tot de conclusie dat abortus in de overgrote meerderheid van de partijstaten weliswaar vrij is, maar het Ierse verbod leverde toch geen schending van het EVRM op.¹⁹ Dat kwam volgens het Hof omdat er geen consensus is over het begin van het menselijk leven. Maar die verschillen van inzicht tussen de partijstaten staan kennelijk niet in de weg aan consensus op wetgevingsgebied en die is bepalend voor de consensusmethode. Het is duidelijk dat het EHRM Ierland een ontsnappingsmogelijkheid wilde bieden, omdat het van erkenning van het recht op abortus wel eens een breekpunt zou kunnen maken, maar daaraan werd de consistentie van de consensusmethode ten onrechte ondergeschikt gemaakt.

Het aantal rechten dat door het EHRM in de Conventie wordt gelezen dijt voortdurend uit. Deze trend begon in 1975 met de stelling van het Hof in de *Golder* uitspraak dat de Conventie een impliciet recht op toegang tot de rechter bevat.²⁰ Deze uitspraak werd tijdens de jaren '70 en '80 gevolgd door een golf van nieuwe rechten, zoals het recht op een behoorlijk proces in het bestuursrecht,²¹ het recht van vreemdelingen om bij hun echtgenoten te verblijven,²² en het actief en passief kiesrecht.²³ Sinds het einde van de jaren '80 zijn daaraan nog enkele ingrijpende rechten toegevoegd, zoals het recht om niet aan vervuiling te worden blootgesteld,²⁴ het recht op sociale zekerheidsuitkeringen,²⁵ en het recht van vreemdelingen om niet te worden uitgezet naar landen waar zij het risico lopen te worden blootgesteld aan onmenselijke of vernederende behandeling.²⁶

VI.2 Conclusie en aanbeveling: internationaal recht en legitimiteit

Wat is het verband tussen de legitimiteit van de rechterlijke macht en de manier waarop de rechterlijke macht omgaat met het internationaal recht?

¹⁸ *EHRM* 11 juli 2002, nr. 28957/95.

¹⁹ *EHRM* 16 december 2010, nr. 25579/05.

²⁰ App no 4451/70 (ECHR, 21 februari 1975).

²¹ *Ringelsen v. Austria* App no 2614/65 (ECHR, 16 juli 1971); *König v. FRG* App no 6232/73 (ECHR, 28 juni 1978); *Le Compte Van Leuven and De Meyere v. Belgium* App no 6878/75 & 7238/75 (ECHR, 23 juni 1981); *Sporrong and Lönnroth v. Sweden* App no 7151/75 & 7152/75 (ECHR, 23 september 1982).

²² *Abdulaziz, Cabales and Balkandani v. UK* App no 9214/80, 9473/81 & 9474/81 (ECHR, 28 mei 1985).

²³ *Mathieu-Mohin and Clerfayt v. Belgium* App no 9267/81 (ECHR, 2 maart 1987).

²⁴ *Lopez Ostra* App no 16798/90 (ECHR, 9 december 1994).

²⁵ *Gaygusuz v. Austria* App no 17371/90 (ECHR, 16 september 1996), *Koua Poirrez v. France* 40892/98 (ECHR, 30 september 2003) and *Stec and others v. UK* App no 65731/01 & 65900/01 (ECHR, 12 april 2006).

²⁶ *Soering v. UK* App no 14038/88 (ECHR, 7 juli 1989).

Artikelen 93 en 94 Grondwet, die de doorwerking regelen van het internationaal recht in het nationaal recht, zijn een nuttig instrument om de Nederlandse rechtsorde aan te passen aan het internationaal recht waaraan het is gebonden. Echter, de rechter kan doorschieten in het gebruik van deze artikelen, zoals de uitspraak van de Hoge Raad in de SGP-zaak laat zien. Een assertief gebruik van deze artikelen zet het evenwicht van machten tussen wetgever en rechter onder druk; de rechter geeft een betekenis aan de bepalingen waar dat een taak is die bij de wetgever thuishoort. De rechter zet daarmee het vertrouwen van de burger in de rechterlijke macht op het spel.

Met de omstrede jurisprudentie van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens wordt het vertrouwen van de burger in het EHRM eveneens op de proef gesteld. Wanneer die jurisprudentie wordt geïncorporeerd in de Nederlandse rechtsorde dreigt erosie van het gezag van de rechterlijke macht.

Artikelen 93 en 94 Grondwet geven de Nederlandse rechter in feite een bijzondere macht die, wanneer niet terughoudend met deze artikelen wordt omgegaan, een ondermijnend effect kan hebben op het gezag van de Nederlandse rechter. Met deze artikelen wordt een factor van onzekerheid over het nationale recht in het Nederlandse rechtstelsel ingebracht die de positie van de rechter ten opzichte van de wetgever kan troebelen en daarmee het vertrouwen van de burger kan schaden.

Aanbevelingen

- **De werkgroep beveelt aan dat de rechterlijke macht prudent en terughoudend omgaat met de artikelen 93 en 94 van de Grondwet.** Deze artikelen mogen geen aanleiding tot rechterlijk activisme vormen en dienen te worden toegepast met respect voor het evenwicht van machten.
- **Het Comité van Ministers van de Raad van Europa dient richtinggevende uitspraken te gaan doen over de betekenis van het EVRM.** Volgens het verdragenrecht heeft zulke latere overeenstemming tussen de partijstaten over de inhoud van het Verdrag dezelfde status als een amendement. Zulke uitspraken zullen voor het Hof dan ook uitgangspunt dienen te zijn bij de uitleg van het EVRM. In ruil daarvoor zal zijn optreden democratisch zijn gelegitimeerd.
- **De werkgroep stimuleert een rechterlijke dialoog tussen de Hoge Raad en het Europees Hof voor de Rechten van de Mens over de wijze waarop de nationale rechter uitvoering geeft aan de uitspraken van het EHRM.**

VII. Culturele pluriformiteit binnen de rechterlijke macht

VII.1 Afspiegeling van waarden

In dit hoofdstuk bestuderen we op welke manier een cultureel pluriforme rechterlijke macht kan bijdragen aan haar legitimiteit. De samenstelling van de bevolking in Nederland is in de tweede helft van de 20^e eeuw ingrijpend veranderd. Op een inwoneraantal van ruim 16,7 miljoen mensen woonden in 2011 in Nederland 1,9 miljoen niet-westerse allochtonen, afkomstig uit bijvoorbeeld Suriname, de Nederlandse Antillen, Noord-Afrika en Turkije. In 2012 was 11,6% van de Nederlandse bevolking van niet-westerse allochtone afkomst. Nederland telt ongeveer 1,5 miljoen westerse allochtonen, afkomstig uit de buurlanden België en Duitsland, of bijvoorbeeld de Verenigde Staten en Japan.¹

Het feit dat de samenleving cultureel pluriform is, heeft effect op het werk van de magistraat. Bepaalde conflicten die voor de rechter worden gebracht kunnen verband houden met culturele verschillen. Ook delicten, zoals eerwraak of schaking², kunnen sterk cultuur-gerelateerd zijn. Rechters zullen zich in voorkomende gevallen moeten verdiepen in de mores en gebruiken van (niet-westerse) culturen of worden in de rechtszaal geconfronteerd met situaties waarin cultuurverschillen een rol spelen. Culturele sensitiviteit, inhoudende dat magistraten zich bewust zijn van bestaande culturele verschillen in de maatschappij en hiermee raad weten in het werk, wint zo aan belang.

Het kan voorkomen dat Turkse verdachten uit respect hun jas aanhouden en hun ogen neerslaan wanneer zij voor de rechter verschijnen, terwijl dit door Nederlandse rechters juist wordt opgevat als een teken van onoprechtheid.³ De eercultuur van Marokkaanse verdachten, voor wie schuld bekennen binnen hun gemeenschap een enorm gezichtsverlies betekent, kan voor het verloop van het strafproces een rol van betekenis spelen. Het buigen en opstaan voor de rechtbank en het afleggen van een eed en belofte zijn voorbeelden van rituelen waarbij onbegrip kan ontstaan op grond van culturele verschillen. In lang niet ieder land geniet de rechter het maatschappelijk aanzien zoals wij dat in Nederland kennen.

¹ <http://www.cbs.nl/nl-NL/menu/themas/dossiers/allochtonen/nieuws/default.htm>. Laatste geraadpleegd 24 september 2013.

² Van schaking is sprake als iemand een minderjarige vrouw, zonder de wil van haar ouders of voogden doch met haar toestemming, wegvoert, met het oogmerk om zich haar bezit in of buiten echt te verzekeren; of: als iemand een vrouw door list, geweld of bedreiging met geweld wegvoert, met het oogmerk om zich haar bezit in of buiten echt te verzekeren. Schaking is in Nederland strafbaar, maar kan alleen worden vervolgd als de vrouw in kwestie of de ouders of voogd aangifte doet bij de politie. Artikel 281 Wetboek van Strafrecht.

³ W. van der Burg, 'De rechterlijke macht en culturele en religieuze diversiteit', *Nederlands Juristenblad*, afl. 31, 2010, p. 2030.

Wibren van den Burg, hoogleraar rechtsfilosofie en rechtstheorie aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, vraagt zich af hoe de diversiteit in de samenleving door kan klinken binnen de rechterlijke macht. Van den Burg stelt dat de eenheid in de juridische cultuur moet bestaan in 'rituelen en vormen voor zover ze noodzakelijk zijn om een inhoudelijk beginsel te realiseren, zoals principes van hoor en wederhoor en onpartijdigheid'.⁴ We dienen volgens Van den Burg na te gaan wat de achterliggende waarde van een ritueel is en of het ritueel essentieel is voor het functioneren van de rechtsstaat en het aanzien van de rechterlijke macht. Van den Burg meent te kunnen concluderen dat veel van de rituelen en symbolen niet meer zijn dan een vorm en dat de rechterlijke macht ook goed zonder deze rituelen zou functioneren.⁵ Maar: 'De rechterlijke onpartijdigheid wordt inhoudelijk aangetast als iemand haar geloofsovertuiging niet kan scheiden van het recht, omdat zij bijvoorbeeld een religieuze afwijzing van euthanasie wil laten doorwegen in een rechterlijk oordeel. Dat is natuurlijk onaanvaardbaar.'⁶

Onderzoek van Hilde Wermink, Jan de Keijser en Pauline Schuyt, alle drie verbonden aan het Instituut voor Strafrecht en Criminologie van de Universiteit Leiden, heeft aangetoond dat er verschillen bestaan in de straftoemeting in soortgelijke zaken die verband houden met bepaalde kenmerken van de persoon van de verdachte. Kenmerken waarop de onderzoekers hebben ingezoomd waren het al dan niet betuigen van spijt en het gecombineerde kenmerk van een al dan niet Nederlands uiterlijk met het al dan niet spreken van de Nederlandse taal. De studie omvatte observaties tijdens strafzittingen bij de politierechter in het voorjaar van 2010. Hun bevindingen lieten zien dat daders met een Nederlands uiterlijk die ook de Nederlandse taal spraken de minste kans op een gevangenisstraf hadden. Het zwaarst werden juist de daders gestraft die een buitenlands uiterlijk hadden en geen Nederlands spraken. Zij hadden in vergelijkbare zaken ruim een twintig keer hogere kans op een onvoorwaardelijke gevangenisstraf dan verdachten met een Nederlands uiterlijk en een ongeveer twee keer hogere kans op onvoorwaardelijke gevangenisstraf dan verdachten met een buitenlands uiterlijk die wel Nederlands spraken. Het al dan niet betuigen van spijt tijdens de strafzitting bleek geen invloed te hebben op de kans op een onvoorwaardelijke gevangenisstraf. Bij dit onderzoek is rekening gehouden met factoren die tevens de strafmaat kunnen bepalen, zoals het al dan niet hebben van een strafblad en het aantal feiten waarvoor de verdachte is veroordeeld.⁷

In de opleiding tot rechter of officier van justitie is niet alleen aandacht voor het bijbrengen van juridische kennis en vaardigheden zoals het analyseren van een dossier of de griffietaken. De rechter in opleiding moet ook oog hebben voor

⁴ Ibidem, p. 2029.

⁵ Ibidem.

⁶ Ibidem.

⁷ H. Wermink, J. de Keijser en P. Schuyt, 'Verschillen in straftoemeting in soortgelijke zaken. Een kwantitatief onderzoek naar de rol van specifieke kenmerken van de dader', *Nederlands Juristenblad*, 2012, afl. 11, p. 732.

zowel datgene wat partijen belangrijk vinden als voor een voor de maatschappij acceptabele beslissing. Met name een officier van justitie moet ook om kunnen gaan met maatschappelijke en soms politieke druk. Ook wordt de magistraat in opleiding getoetst op zijn morele competenties: het autonoom en authentiek denken en handelen en het vormen van een oordeel op een integere manier. Zijn vonnissen worden getoetst op deugdelijke motivering van de beslissing en de waardering van feiten. Binnen deze competenties van omgevingsbewustzijn zou ook de culturele sensitiviteit van de rechterlijk ambtenaar in opleiding op zijn plaats zijn.

Het belang van een rechterlijke macht als afspiegeling van de waarden en (rechts)normen zoals die leven binnen de samenleving, werpt ook de kwestie op van de politieke voorkeur van rechters. De politieke oriëntatie hangt immers samen met de opvattingen die iemand heeft over rechtvaardigheid in zijn algemeenheid, en strafbaarheid en strafhoogte. Onderzoek naar de politieke voorkeur in vergelijking met de Nederlandse bevolking laat zien dat de sympathie voor met name D66 en GroenLinks opvallend veel groter is onder rechters dan onder de bevolking. Op de vraag wat rechters op het moment in 2008 dat het hen gevraagd werd zouden stemmen, antwoordde 24% D66, terwijl 2% van de stemmen bij de verkiezingen in 2006 naar D66 was gegaan. Voor GroenLinks was die verhouding 14% bij rechters tegenover 5% bij de bevolking. Een andere grote partij onder rechters is de PvdA, maar deze partijgezindheid onder rechters staat in een evenredige verhouding tot de voorkeur van de bevolking: 20% onder rechters in 2008 ten opzichte van 21% van de stemmen bij de verkiezingen van 2006. Bij een enquête in 2010 onder rechters in opleiding stelde 72% van de ondervraagden zich politiek betrokken te voelen. Ook onder deze groep bleken D66, PvdA en GroenLinks veruit de populairste partijen en was met name de voorkeur voor D66 en GroenLinks opvallend ten opzichte van de voorkeur van de bevolking die in 2010 in juni naar de stembus ging.

Politieke voorkeuren rechters en bevolking 1970-2008 in percentages⁸

	CDA	VVD	PvdA	D66	GL	SP	CU	LPF	PVV	Overig	Weet niet/ Geen
RM 1970	31	36	21	11	-	-	-	-	-	1	1
RM 1991	17	16	19	39	4	-	-	-	-	1	7
RM 2001	8	22	24	17	12	2	2	-	-	2	
RM 2003	12	24	29	17	12	2	2	?	-	1	
RM 2008 *	19	15	33	9	13	4	3	-	0	5	3
RM 2008	14	12	20	24	14	2	2	-	0	12	8
Bevolking 1971	37	10	25	7	7	-	2	-	-	4	
Bevolking 1989	35	15	32	8	4	0	2	-	-	4	
Bevolking 2002	28	15	15	5	7	6	3	17	-	3	
Bevolking 2003	29	18	27	4	5	6	2	6	-	3	
Bevolking 2006	27	15	21	2	5	17	4	-	6		

Politieke voorkeuren rechters in opleiding en bevolking 2010 in procenten⁹

	CDA	VVD	PvdA	D66	GroenLinks	SP	CU	PVV	Overig	Weet niet/ Geen
RAIO'S	4	9	17	31	12	0	1	0	1	25
Bevolking	14	20	20	7	7	10	3	15	4	-

VII.2 Personele afspiegeling

In de Verenigde Staten hebben Nancy Scherer (Wellesley College) en Brett Curry (Georgia Southern University) onderzoek gedaan naar de relatie tussen de ervaren legitimiteit van de rechterlijke macht en de mate waarin deze een afspiegeling is van de bevolkingssamenstelling. In hun artikel *Does Descriptive Race Representation Enhance Institutional Legitimacy? The Case of the U.S. Courts* laten zij hun

⁸ Bij de eerste rij RM 2008 zijn de cijfers weergegeven van de antwoorden op de vraag wat de rechters in 2006 hebben gestemd. De gegevens die als van de bevolking staan vermeld, bestaat uit het percentage stemmen dat bij de verkiezingen op de bewuste partij is uitgebracht. Daaruit volgt dat in het vakje 'overig' en 'geen' uitsluitend het aantal stemmen staat vermeld dat niet op één van de partijen uit het overzicht is uitgebracht en niet ziet op het aandeel van de bevolking dat niet heeft gestemd. Met betrekking tot het CDA en de CU zijn in de jaren dat deze partijen nog niet bestonden de percentages van de partijen waaruit zij zijn gevormd opgeteld. K. van der Kraats e.a., *Magistrale perspectieven: de RAIO's anno 2010*, p. 12.

⁹ Van der Kraats e.a., *Magistrale perspectieven*, p. 11. De gegevens die als van de bevolking staan vermeld, bestaat uit het percentage stemmen dat bij de verkiezingen op de bewuste partij is uitgebracht.

bevindingen zien.¹⁰ Zij gebruikten voor hun onderzoek het begrip *diffuse support* van David Easton, het soort vertrouwen dat ook in dit onderzoek centraal staat. Met *descriptive representation* wordt door Scherer en Curry het aandeel rechters van Afrikaans-Amerikaanse afkomst binnen de federale gerechten bedoeld.

Scherer en Curry namen op basis van enquêtes waar dat de diffuse steun (het vertrouwen) van Amerikanen van Afrikaanse afkomst in de federale gerechten toenam zodra in de groep rechters donkere mensen beter vertegenwoordigd waren. Echter, nam het aantal rechters van Afrikaans-Amerikaanse afkomst toe, dan had dit juist het tegenovergestelde effect op het vertrouwen onder blanke burgers. Hun vertrouwen in de federale gerechten nam nu juist af.¹¹ Hiermee wordt inderdaad een verband gelegd tussen het vertrouwen in de rechterlijke macht en de afspiegeling hierin van de bevolkingssamenstelling, hoewel nog allerminst duidelijk is hoe dat verband er precies uitziet, gegeven de verschillende uitkomsten tussen blanke en donkere respondenten.

Niet-westerse allochtonen zijn in verhouding tot andere overheidssectoren nauwelijks werkzaam in de rechterlijke macht in Nederland. Cijfers uit 2008 tonen dat in totaal 5,9% van al het personeel in de sectoren openbaar bestuur, onderwijs en wetenschap, en veiligheid van niet-westerse allochtone afkomst was. Onder deze cijfers vallen dus mensen in dienst bij het Rijk, gemeenten en andere lagen van het openbaar bestuur, onderwijs- en onderzoeksinstituten, universitaire medische centra en defensie en politie. Voor de sector openbaar bestuur alleen (waar naast het Rijk, de gemeenten, de provincies en de waterschappen ook de rechterlijke macht onder werd gerekend), was dit getal hoger, namelijk 7,6%. Voor uitsluitend de rechterlijke macht was dit getal echter aanzienlijk lager, namelijk 1,9%.¹²

Niet-westerse allochtonen zijn ook schaars onder de rechters in opleiding.¹³ Ongeveer 5% van de personen die tussen 2005 en 2009 tot de RAIO werd toegelaten was van niet-westerse allochtone afkomst. In diezelfde periode was 10,2% van de afgestudeerde rechtenstudenten van niet-westerse allochtone afkomst. Zo bezien is er sprake van ondervertegenwoordiging van niet-westerse allochtonen

¹⁰ Nancy Scherer and Brett Curry, 'Does Descriptive Race Representation Enhance Institutional Legitimacy? The Case of U.S. Courts', in: *The Journal of Politics*, no. 1, 2010, pp. 90-104.

¹¹ Overigens toonden deze onderzoekers ook aan dat de steun voor de gerechten samenhangt met de politieke kleur die iemand heeft. Naarmate men conservatievere ideeën had, had men minder steun voor de federale gerechten. Hoe progressiever (of liberaler, in de Amerikaanse zin van het woord), des te meer vertrouwen had men in de rechters.

¹² CAOP, *Diversiteit en leiderschap in de publieke sector. Over de cruciale rol van de lijnmanager in het behoud van allochtoon talent*, 2010, pp 7-8.

¹³ RAIO is de oude naam voor de opleiding tot rechter of officier van justitie voor mensen die nog niet zo lang zijn afgestudeerd. Het opleidingstraject wordt op het moment van schrijven van deze studie geheel herzien en de term RAIO zal verdwijnen.

binnen de rechterlijke macht en de opleiding tot rechter of officier van justitie.¹⁴

VII.3 Mogelijke oorzaken van de ondervertegenwoordiging van culturele minderheden in de rechterlijke macht

Voor deze ondervertegenwoordiging worden doorgaans twee verklaringen aangedragen. Allereerst zou de voorkeur van afgestudeerde rechtenstudenten van niet-westerse allochtone afkomst uitgaan naar de advocatuur. Gegevens hierover ontbreken overigens. Wanneer we echter de aanmeldingen voor de opleiding tot de magistratuur bekijken, dan blijkt dat in de periode 2005-2009 10,8% van de aanmelders van niet-westerse allochtone afkomst was. Dit percentage komt overeen met het percentage afgestudeerde rechtenstudenten van niet-westerse afkomst in die periode. Ook blijkt dat 17,1% van de autochtone afgestudeerden in de periode 2005-2009 interesse in de opleiding tot rechter of officier van justitie had, vergeleken met 16,3% van de niet-westerse allochtone afgestudeerden. Met andere woorden, de belangstelling voor de opleiding is onder de laatste groep niet of nauwelijks minder dan onder overige afgestudeerden. Kennelijk is de toelatingsprocedure een groter obstakel voor mensen van niet-westerse afkomst.

Van de aanmelders van autochtone afkomst voor de opleiding struikelde in de periode 2005-2009 iets minder dan de helft op de analytische test. Van de aanmelders van allochtone afkomst was dat 75%. Aangenomen wordt dat dit te maken heeft met het feit dat de analytische test vooral selecteert op talige vaardigheden. Afgestudeerden van allochtone afkomst zullen hier meer moeite mee hebben vanwege hun achterstand in taalbeheersing. Een alternatieve test voor sollicitanten met een niet-Nederlandse achtergrond had in 2010 nog niet het gewenste effect gesorteerd om meer personen met een niet-westerse achtergrond tot de opleiding toe te laten.¹⁵

Anita Böcker en Leny De Groot-van Leeuwen, beiden verbonden aan de Radboud Universiteit Nijmegen, werpen de suggestie op dat juristen met een minderheidsachtergrond wellicht te weinig in het sociale netwerk verkeren dat de toegang tot de rechterlijke macht eenvoudiger zou maken. Zij kennen minder mensen die al in de opleiding zitten of die rechter of officier zijn. Zij hebben het sociale netwerk dat hun autochtone collega's mogelijk van hun ouders hebben geërfd in ieder geval niet meegekregen. Zij gaan wellicht ook minder graag (en vaak) naar borrels, hetgeen met hun culturele achtergrond en hun keuze om geen alcohol te drinken kan samenhangen.

Cultuurverschillen, vooroordelen, stereotypen en het belang van sociaal kapitaal kunnen weliswaar belemmerend werken, maar dit geldt voor hoge functies in het algemeen. Uit de eerder gepresenteerde cijfers uit de periode 2005-2009 bleek dat rechtenstudenten van niet-westerse afkomst naar verhouding niet minder interesse hebben in de opleiding tot rechter of officier van justitie dan studen-

¹⁴ Van der Kraats e.a., *Magistrale perspectieven*, p. 9.

¹⁵ *Ibidem*, p. 10.

ten van autochtone afkomst. De ondervetegenwoordiging van mensen met een niet-westerse achtergrond wordt pas zichtbaar in de opleiding. In de universitaire studie rechten zijn zij evenredig vertegenwoordigd. Dit zou erop kunnen wijzen dat de belemmerende factoren voor toetreding tot de rechterlijke macht aan de 'vraagzijde' moet worden gezocht: in de formele en informele selectiecriteria, in de kenmerken van de selecteurs en in de waardering van en maatregelen ter bevordering van de diversiteit.

VII.4 De spontane orde van Friedrich Hayek

De vraag is nu: moet er iets gebeuren aan de ondervetegenwoordiging van culturele minderheden in de rechterlijke macht? De Raad voor de rechtspraak acht een gedifferentieerde samenstelling van de gerechten van belang voor de herkenbaarheid en het gezag van de rechtspraak. De Raad heeft een Beleidskader (etnische) diversiteit binnen de rechterlijke macht opgesteld, waaraan in de periode 2008-2011 projectmatig is gewerkt. In 2011 zou 10% van de jaarlijkse instroom van rechters in opleiding uit allochtone studenten of juristen moeten bestaan. Er stonden drie pijlers centraal bij de diverse activiteiten die zijn ontplooid: bewustwording, arbeidsmarkt, en kennis en vaardigheden van rechters. Eén van die activiteiten was Brug naar de Top, waarin bi-culturele rechtenstudenten op informele wijze met de Rechtspraak konden kennismaken. Deze activiteit is na twee keer gestopt, onder andere omdat het rendement laag bleek en studenten het niet prettig vonden op hun etnische achtergrond te worden aangesproken. Hiernaast zijn professionele ontmoetingen georganiseerd tussen bi-culturele juristen en rechters.¹⁶

Zijn initiatieven in die richting op liberale gronden te verdedigen? De 20^e-eeuwse liberale filosoof Friedrich Hayek hanteerde in zijn werk het concept *spontaneous order*. Zijn politieke werk steunt op het concept van de spontane orde: ongeplande sociale orde, ontstaan door doelgerichte individuele actie. Hij gebruikte dit concept vooral op een beschrijvende manier, om uit te leggen hoe marktcompetitie en culturele evolutie in instituties werken.

Hayek gebruikte het concept van de spontane orde als basis voor zijn liberale politieke theorie, waarin individuele vrijheid centraal staat. De spontane orde is het bijproduct van beslissingen van individuen. De spontane orde is niet gericht op een collectief doel of een collectieve uitkomst. Wel geeft de spontane orde abstracte informatie, bijvoorbeeld in de vorm van prijzen op de markt of bepaalde (culturele) regels die binnen een institutie heersen, waarop individuen rationele verwachtingen kunnen vormen en waarop zij hun gedrag kunnen afstemmen. Individuen krijgen veel meer informatie uit deze spontane orde dan de informatie die gegeven kan worden door *conscious design*, welbewust ontwerp door de overheid van sociale fenomenen als de markt of instituties. Met andere woorden: de spontane orde, bijvoorbeeld die van culturele regels die binnen een institutie gelden, biedt het individu informatie die zij niet expliciet bezitten, maar die zij impli-

¹⁶ Memo van de Raad voor de rechtspraak aan de Teldersstichting, 17 december 2012.

ciet wel kunnen gebruiken om hun eigen doel te bereiken. En omdat niemand in de positie is waarin hij alle feiten kent die kennelijk geëvolueerde regels bepalen, is ook niemand in staat om culturele veranderingen te plannen of ontwerpen. Hayek verwerpt daarom de constructivistische gedachte dat: *'since man has himself created the institutions of society and civilization, he must also be able to alter them at will so as to satisfy his desires or wishes.'*¹⁷

Naast individuele vrijheid staat ook de *rule of law*, de rechtsstaat, centraal in Hayeks politieke theorie. De staatsmacht is beperkt in de zin dat die alleen algemene regels voor individuen kan opstellen; het recht geldt voor iedereen. De staat heeft geen bevoegdheid om regels die enkel gelden voor bepaalde personen uit te vaardigen. Binnen de grenzen van algemene regels kunnen individuen hun eigen doelen kiezen en nastreven. Hun vrijheid wordt daarin alleen beperkt door de gelijke vrijheid van anderen.¹⁸ In bevoordeling van bepaalde groepen ziet Hayek een bedreiging van de liberale rechtsstaat. Als een democratische institutie zich bezighoudt met de politieke verdeling van economische voordelen voor bepaalde groepen, dan wordt groepsvoordeel de basis voor wetgeving. De spontane orde, evenals de rechtsstaat, wordt dan aangetast.

Hayek laat wel enige ruimte voor het ontwerpen (*design*) van sociale fenomenen zoals de markt of andere organisaties, maar deze ruimte is beperkt. Waar het om constitutionele zaken gaat, is het doel om instituties te creëren die het spontane proces dat binnen die instituties plaatsvindt te ondersteunen. Het ontwerp van de constitutie kan zodanig zijn dat het instituties oplevert waarin liberale tradities tot uitdrukking komen; de constitutie kan bijvoorbeeld de staatsmacht inperken en regelt de verhouding tussen de staatsmachten. Het systeem van *checks and balances* is zo'n bewuste constructie, een constitutioneel ontwerp. Een goed ontworpen constitutie accomodeert de veranderende tradities zonder dat het een specifieke culturele verandering beoogt. De enige waarde die een ideale constitutie bevat is een formele: de *rule of law*. Daarbuiten dient een constitutie neutraal te zijn ten aanzien van culturele waarden. *'A society speaks through its constitution, but the constitution does not speak for society.'*¹⁹

Wat kan gezegd worden over de rechterlijke macht in relatie tot het concept van de spontane orde van Friedrich Hayek? Het is niet eenvoudig om een verband te leggen tussen dit concept van Hayek en de bespreking van culturele representatie binnen de rechterlijke macht. Hier schuilt bovendien het gevaar dat de betekenis van het concept van spontane orde verkeerd wordt begrepen of een andere betekenis krijgt door het in een specifieke context te plaatsen. Toch worden hier enkele observaties gemaakt.

De rechterlijke macht kan worden begrepen als een sociaal fenomeen waarbinnen sprake is van een zekere spontane orde is. Ontegenzeggelijk gelden binnen de

¹⁷ S.A. Boykin, 'Hayek on Spontaneous Order and Constitutional Design', *The Independent Review*, 2010, no.1, p. 21.

¹⁸ Ibidem, p. 22.

¹⁹ Ibidem, p. 33.

rechterlijke macht bepaalde culturele regels ten aanzien van bijvoorbeeld contact tussen collega's, de manier van communiceren in de rechtszaal en de houding van rechters. Sommige regels, wellicht onbewuste en vaak ongeschreven regels, zijn niet op een zeker moment ingesteld, maar zijn zo geëvolueerd. In lijn met wat Hayek schrijft, kunnen we opmerken dat deze spontane orde ook iets zegt over de rechterlijke macht zelf als sociaal fenomeen. Er valt bijvoorbeeld uit op te maken dat de rechterlijke macht een organisatie is waar uitstekende taalbeheersing en hiërarchie belangrijk, of misschien wel essentieel, zijn. Rechtenstudenten zullen op basis van dergelijke impliciete informatie een beslissing maken over hun wens om tot de rechterlijke macht toe te treden.

Ingrijpen in de spontane orde van de rechterlijke macht kan door liberalen met Hayek niet verdedigd worden. Regels moeten voor iedereen gelden. Wanneer bepaalde groepen bevoordeeld worden, betekent dit in feite dat anderen benadeeld worden. Tegen deze achtergrond zou bijvoorbeeld een quotabeleid om personen met een minderheidsachtergrond voor de rechterlijke macht te werven tot grote argwaan moeten leiden. De personele samenstelling zou aan de evolutie (aan de tijd dus) moeten worden overgelaten. Waar het de spontane orde van een constitutie betreft, moet die constitutie de culturele verandering wel kunnen accommoderen. Denkend aan de rechterlijke macht, als één van de drie rechtsstatelijke machten, zou Hayek zo kunnen worden gelezen dat voor de rechterlijke macht uiteindelijk dit telt: zij dient het recht te doen gelden zonder aanzien des persoons, maar dient tegelijkertijd een evolutie van veranderende culturele opvattingen die zich in de samenleving voordoet niet in de weg te staan.

VII.5 Conclusie en aanbeveling: culturele pluriformiteit en legitimiteit

In welk opzicht kan het streven naar een cultureel pluriforme rechterlijke macht bevorderend zijn voor haar legitimiteit?

Het streven naar een cultureel pluriforme rechterlijke macht, welke bovendien sensitief is voor de culturele verschillen in de Nederlandse samenleving, slaat terug op de kernwaarde dat de rechterlijke macht verankerd dient te zijn in de culturele en politieke realiteit van de samenleving. Deze kernwaarde vloeit voort uit het streven naar het behoud en de versterking van het vertrouwen van de burger in de rechterlijke macht. Om vertrouwen in de rechterlijke macht te kunnen hebben, dienen burgers zich erin te herkennen. Die herkenning is voor het gezag van de rechterlijke macht noodzakelijk op het niveau van de waarden en normen zoals heersend in de samenleving, en wordt naar verwachting van de werkgroep gestimuleerd als ook op het niveau van de etnische achtergrond van leden van de rechterlijke macht sprake is van een afspiegeling van de samenleving.

Aanbevelingen

- **Zet een gedegen onderzoek op naar de oorzaak van de ondervertegenwoordiging van magistraten met een niet-westerse afkomst.** Hierbij dienen met name ook magistraten en aspirant-magistraten met een niet-westerse afkomst te worden betrokken. Mochten uit dit onderzoek specifieke belemmeringen naar voren komen, dan kan worden nagedacht over de vraag of deze belemmeringen kunnen worden weggenomen, voor zover de kwaliteit van de rechtspraak niet in het geding komt en de vrijheid van andere (aspirant-)magistraten niet wordt ingeperkt. Van quotabeleid mag geen sprake zijn; het gaat erom dat de rechterlijke macht een afspiegeling is van waarden en (rechts)normen zoals beleefd in de samenleving.
- **Neem een cursus in het curriculum van de rechtenstudie op waarin de vraag centraal staat welke kennis naast de vanzelfsprekende juridische kennis van belang is voor de kansen op toegang tot de rechtersopleiding.**

VIII. De gerechtelijke organisatie

VIII.1 Het manifest van Leeuwarden

In dit hoofdstuk bestuderen we op welke manier de gerechtelijke organisatie verband houdt met de legitimiteit van de rechterlijke macht. Halverwege december 2012 publiceerden zeven raadsheren van het gerechtshof in Leeuwarden een manifest waarin zij kritiek uitten op de organisatie van de rechtspraak. De werkdruk zou te hoog zijn, wat nadelige gevolgen zou hebben voor de interne onafhankelijkheid van de rechters en de kwaliteit van de rechtspraak. De Raad voor de rechtspraak, 'gecreëerd om de institutionele onafhankelijkheid van de rechterlijke macht te versterken', kreeg kritiek vanwege zijn afstand tot de gerechten en zijn 'voortdurende dialoog met de Haagse politiek'. Er werd ook kritiek geuit op het feit dat de gerechtsbestuurders van de gerechten uitsluitend door de Raad zijn benoemd en rechters daar geen invloed op hebben gehad. Voorts zou de rechtspraak zijn gemarginaliseerd tot 'een product dat op basis van productiecijfers gemanaged kan worden'. Productienormen en budgetten zijn leidend geworden ten koste van de kwaliteit: veel zaken zouden niet meer de aandacht kunnen krijgen die ze nodig hebben en er zouden onverantwoorde keuzes worden gemaakt om aan de productie-eisen tegemoet te komen.¹ Rechters zouden hun dossier niet optimaal lezen, zij zouden de griffiers meer werk laten verrichten en hun vak niet meer bijhouden.²

Dit manifest kreeg grote bijval. Binnen een week hadden meer dan 500 van de 2500 rechters in Nederland het pamflet ondertekend. De president van de Hoge Raad, Geert Corstens, riep op de zorgen serieus te nemen.³ Hij sprak ook de wens uit dat er een inventarisatie wordt gemaakt van de klachten omtrent de bedrijfsmatige bestuurscultuur van de rechterlijke macht op landelijk niveau. Hiermee zou in kaart moeten worden gebracht waar in de voorbereiding, behandeling en afdoening van de zaak de kwaliteit ten koste gaat van de kwantiteit.

Er kwam echter niet uitsluitend bijval voor het manifest. Ook kritische reacties kwamen naar buiten. In 2011 deden rechters 102.000 misdrijfzaken af, dat was 23% minder dan in 2005. Het aantal rechters steeg van 1.850 in 2002 naar 2.490 in 2012. Het Openbaar Ministerie mag tegenwoordig de meest simpele zaken zelf afdoen. Wie de cijfers bekijkt zal concluderen dat de werkdruk juist moet zijn afgenomen.⁴ Daar staat tegenover dat vanwege bijvoorbeeld de Europeanise-

¹ Manifest, <http://www.rechtspraak.nl/Actualiteiten/Nieuws/Documents/Manifest.pdf>. Laatst geraadpleegd 24 september 2013.

² Deze klachten werden geformuleerd in een artikel dat eerder in 2012 verscheen in *NRC Handelsblad*: 'Met deze bedrijfscultuur maakt een rechter fouten', *NRC Handelsblad*, 19 april 2012.

³ 'Staan er ongelukken te gebeuren in onze rechtszalen?', *NRC Handelsblad*, 4 februari 2013.

⁴ 'Hebben ze gelijk? Ja en nee', *NRC Handelsblad*, 20 december 2012.

ring en de technologische vooruitgang (van invloed op bijvoorbeeld patentkwes- ties, maar ook op strafzaken waarin technisch bewijs wordt aangevoerd) zaken ook complexer zouden zijn geworden.

Daarnaast wordt niet ontkend dat de werkdruk hoog is, maar dat deze te hoog zou zijn wordt in sommige hoeken wel ontkend. Dat de kwaliteit zou lijden onder de productiedruk is niet iets dat uit de onderzoeken van de visitatiecommissies blijkt. De uitgaven voor de berechting ‘binnen het totaal van de veiligheidszorg’ zijn sinds 2005 met 40% gestegen. Er zijn vele miljoenen extra geïnvesteerd in de strafrechtsector, terwijl in zeven jaar tijd het aantal uitspraken in strafzaken is gedaald van 130.000 naar iets meer dan 100.000.⁵ Gebrek aan geld kan dan ook moeilijk als verklaring voor de toegenomen werkdruk worden gezien.

Kortom, het manifest als noodkreet ligt nu voor, maar binnen de rechterlijke macht heerst verdeeldheid over de vraag in hoeverre die noodkreet terecht is. In dit hoofdstuk wordt de gerechtelijke organisatie behandeld. Dit thema is mede door genoemd manifest actueel geworden. Gezien de op handen zijnde bezuinigingen in de rechtspraak, is de verwachting dat de problematiek ook in de nabije toekomst nog prominent op de kaart zal blijven staan.

VIII.2 De verhouding tussen de juridische rationaliteit en de organisatori- sche rationaliteit

René Westra, lid van het gerechtsbestuur van het hof in Arnhem en directeur bedrijfsvoering, beschrijft de botsing tussen verschillende rationaliteiten waarmee naar de rechtspraak kan worden gekeken. Als de werkelijkheid van het gerecht enkel wordt beschouwd vanuit de juridische rationaliteit, wat een gesloten stelsel van juridische normen en waarden omvat, zoals rechtszekerheid, rechtsgelijkheid en rechtseenheid, dan bergt dit het gevaar in zich dat ontwikkelingen rond de bekostiging van de rechtspraak, de sturingsbehoefte vanuit de politiek en de beleving en motivatie van rechters buiten beeld blijven. Deze ontwikkelingen vallen namelijk niet binnen het perspectief van de juridische rationaliteit, maar wel binnen respectievelijk de economische, politieke of psychologische rationaliteiten.⁶ Wie breder kijkt dan enkel vanuit de juridische rationaliteit krijgt ook een breder beeld van wat binnen een gerecht plaatsvindt.

Vooraf de juridische en de economische rationaliteiten binnen een gerecht ‘begrijpen’ elkaar niet en strijden om dominantie. De juridische rationaliteit is geïnteriseerd op aspecten als normschendingen, waarheidsvinding en rechtszekerheid, terwijl de economische rationaliteit gericht is op productiedoelstellingen, kosten-batenafwegingen en doelmatigheidsvragen.

Westra betoogt dat het uitmaakt vanuit welke rationaliteit naar de gerechtelijke organisatie wordt gekeken. Vanuit de juridische rationaliteit zijn vragen

⁵ Rinus Otte, ‘De (on)zin van marktwerking en kwantificering in de rechtspraak’, *Ars Aequi*, april 2013, p. 329.

⁶ René Westra, ‘Transparantie: sturen en gestuurd worden’, in: WRR, *Speelruimte voor transparantere rechtspraak*, Den Haag, 2013, p. 299.

Programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak (KEI)

De vraag in hoeverre de gerechtelijke organisatie kan bijdragen aan de legitimiteit van de rechterlijke macht is niet alleen aan de orde nu het manifest van Leeuwarden openbaar is gemaakt. Al sinds enkele jaren heeft de minister van Veiligheid en Justitie stappen gezet om het rechtsbestel te wijzigen en naar zijn inzicht te versterken. De Wet herziening gerechtelijke kaart is hiervan een voorbeeld. De indeling van de werkgebieden van gerechten is aangepast, met als gevolg dat het aantal rechtbanken is teruggebracht van 19 naar 10 en het aantal gerechtshoven van 5 naar 4. Het doel van de minister is hiermee de kwaliteit van de rechtspraak op peil te houden (bijvoorbeeld met het oog op de rechtseenheid) en de rechtspraak slagvaardiger te maken.

Ook de activiteiten in het kader van 'Kwaliteit en Innovatie rechtspraak'(KEI) zijn voorbeelden van programma's die de gerechtelijke organisatie beogen te versterken en daarmee een bijdrage moeten leveren aan het behoud van de kwaliteit van de rechtspraak en het vertrouwen van de burger hierin. KEI omvat initiatieven voor 'het behoud en de versterking van een goede, toegankelijke, eenvoudige, snelle doelmatige en betaalbare rechtspraak' en past binnen het voornemen zoals uitgedrukt in het Regeerakkoord om het civiele proces en het procederen in het bestuursrecht te vereenvoudigen en te digitaliseren.

De minister wil bijvoorbeeld een overzichtelijkere en snellere basisprocedure voor civielrechtelijke zaken (ook voor hoger beroep) invoeren. In de toekomst moet het ook mogelijk zijn om een civiele procedure digitaal te starten. Dit is in het bestuursrecht soms al mogelijk. De minister streeft naar een webportaal waar de rechtzoekende in een webomgeving ('Mijn Zaak') de procedure kan starten, het griffierecht via bijvoorbeeld *Ideal* kan betalen en toegang heeft tot een uitsprakenregister.

Kamerstukken II, 2012/13, 29 279, nr. 164. (Brief van de minister van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer, Programma Kwaliteit en Innovatie rechtspraak, 11 juni 2013)

interessant als: is de zaak er één voor een enkelvoudige of meervoudige kamer, is mediation voorgesteld en wat is de reden voor hoger beroep? Binnen de economische rationaliteit liggen vragen voor de hand als: wat is de productiecapaciteit van een gerecht, wat is de normproductiviteit per rechter en hoeveel tijd is er voor een zitting beschikbaar? De psychologische rationaliteit houdt zich bezig met vragen als: hoe wordt binnen een gerecht feedback gegeven aan collega's, hoe gaan rechters om met verdachten en rechtzoekenden en hoe zijn de verhoudingen tussen rechters en niet-rechters?⁷ De juridische dominantie van de rechters en de economische dominantie van bestuurders bepalen de kijk op de werkelijkheid binnen een gerecht.

Hoewel de juridische rationaliteit nog steeds dominant is binnen de gerech-

⁷ Ibidem, pp. 309-310.

ten, heeft de economische rationaliteit sinds 2002 een steeds dominantere rol vervuld binnen de rechtspraak. Dat was het jaar dat de Raad voor de rechtspraak werd ingesteld. Voor 2002 was er een directe relatie tussen de gerechten en het ministerie. De gerechten werden toen direct vertegenwoordigd in Den Haag. De Raad voor de rechtspraak staat daar nu tussen in. De Raad bestaat voor een deel uit rechters, maar ook uit bestuurders van buiten de rechtspraak. Presidenten van de gerechten zijn geen rechter. Westra schrijft: ‘Gezamenlijk met de komst van de bestuurders/niet-rechter (directeuren bedrijfsvoering) op de gerechten werd een andere cultuur zichtbaar, die gevoeliger is voor managementsvraagstukken en managementbenaderingen die in beleidsorganisaties als ministeries gangbaar zijn.’⁸

De Raad voor de rechtspraak is een buffer tussen rechters en politiek. De kernrol van de Raad is gelegen in het beheer van de financiën. De Raad verdeelt het budget van het ministerie van Financiën over de gerechten en maakt daarom productieafspraken met de gerechtsbesturen. De Raad heeft dan ook een sturende taak richting de gerechtsbesturen.

De Raad voor de rechtspraak heeft geen sturende taak waar het de kwaliteit van de rechtspraak betreft. Deze verantwoordelijkheid ligt bij de gerechten zelf. De Raad heeft sinds zijn oprichting taken naar zich toegetrokken die meer met de kwaliteit dan met het beheer van de Financiën te maken hebben. Zo geeft de Raad ook wetgevingsadviezen en komt het project PROMIS, een project gericht op de verbetering van de motivering van strafvonnissen, voort uit samenwerking tussen de Raad voor de rechtspraak en het Landelijk Overleg van Voorzitters van de Strafsctoren.

De verhouding tussen de Raad voor de rechtspraak, het ministerie van Veiligheid en Justitie, de gerechtsbesturen en de rechters⁹



In 2008 heeft Elaine Mak in haar proefschrift een spanningsveld beschreven tussen de klassiek-rechtsstatelijke beginselen en de beginselen van *new public management*. In het paradigma van de klassiek-rechtsstatelijke beginselen staat de waarborg van ‘onafhankelijkheid’ van de rechter voorop bij de organisatie van de rechtspraak. Binnen de bestuursfilosofie van het *new public management* zijn

⁸ Ibidem, p. 303.

⁹ Schema ontleend aan: Ibidem, p. 302.

transparantie, efficiëntie en effectiviteit de belangrijkste beginselen.

Mak stelt een denkraam voor waarbij voor de rechterlijke organisatie in de moderne rechtsstaat een middenweg wordt gekozen tussen de klassiek-rechtsstatelijke beginselen, waarbij de rechterlijke organisatie de rol heeft van beschermer van fundamentele rechten, en de *new public management*-beginselen, waarbij de rechterlijke organisatie geldt als dienstverlener voor geschilbeslechting. Zij meent dat de historisch gegroeide uitwerking van klassiek-rechtsstatelijke beginselen als onafhankelijkheid en onpartijdigheid dienen te worden geëvalueerd. ‘De exclusieve bevoegdheid van de rechterlijke macht met betrekking tot de beslechting van geschillen, de autonomie van gerechten met betrekking tot interne bestuursaanlegenheden, en de verdeling van rechtsmacht op basis van het beginsel van “territorialiteit” zijn aan heroverweging toe’ in de hedendaagse rechtsorde en samenleving.¹⁰ Daarnaast moeten nieuwe maatregelen voor de rechterlijke organisatie, zoals de alternatieve geschillenbeslechting en de rangschikking van het beheer en bestuur van de rechterlijke organisatie, worden beoordeeld op hun toegevoegde waarde aan de rechterlijke organisatie zoals deze op klassiek-rechtsstatelijke gronden vorm heeft gekregen.

Elaine Mak stelt vast dat het bestuur van de rechterlijke organisatie heden ten dage in het teken staat van de optimalisering van managementstructuren. De meeste van de maatregelen die in dit kader zijn genomen, zoals de wijziging van financiering van gerechten op basis van productienormen, *planning & control* en de hiërarchie van het bestuur, zijn zonder noemenswaardige problemen ingevoerd. Mak merkt wel op dat de productie-eisen die zijn geïntroduceerd ter vergroting van de efficiëntie van de rechtspraak door een groot aantal rechters worden beschouwd als een bedreiging voor de juridische kwaliteit van beslissingen. Zij schreef in 2008: ‘Er moet voor worden opgepast dat de hernieuwde legitimiteit van de rechterlijke organisatie die is gevonden in de uitwerking van “*new public management*”-beginselen verloren gaat in een afkalving van de kernwaarden van klassieke rechtsstatelijkheid.’¹¹

Kortom, een spanning tussen de bedrijfsmatige logica van bestuurders, de juridische logica van rechters en de politiek-bestuurlijke logica van de Raad voor de rechtspraak is evident. Maar hoewel er een spanning bestaat tussen deze twee logica, sluiten ze elkaar niet per definitie uit. Immers, tijdige rechtspraak is ook een kenmerk van kwaliteit. Bovendien is het goed gebruik dat waar met belastinggeld publieke taken worden bekostigd, kostenefficiëntie wordt verlangd van bestuurders.

Dat de rechtspraak, zoals andere publieke sectoren, geen winstoogmerk heeft, wil niet zeggen dat deze niet vatbaar is voor een vorm van kosten-batenanalyse of doelmatigheidsanalyse. Rinus Otte, bijzonder hoogleraar Organisatie van de rechtspleging aan de Rijksuniversiteit Groningen, schrijft: ‘De samenleving be-

¹⁰ E. Mak, *De rechtspraak in balans*, Nijmegen, 2008, p. 312.

¹¹ *Ibidem*, p. 316.

kostigt de rechterlijke organisatie als een relatieve monopolist op conflictbeslechting en dan is het begrijpelijk dat het parlement en daarachter de belastingbetaler wil weten of rechtspraak effectief is voor een goed verklaarbare prijs.¹²

Otte schetst de situatie zoals die was voor de komst van de Raad voor de rechtspraak. Toen klopten presidenten van gebrekkig functionerende gerechten aan bij de directie Rechtspleging van het ministerie van Justitie en kregen zij extra middelen toegekend, welke onttrokken waren aan de rijksbegroting op een weinig inzichtelijke manier. Inmiddels is in ieder geval voor de Raad voor de rechtspraak inzichtelijk welke gerechten in financiële moeilijkheden zitten en wanneer gerechten achterblijven bij andere gerechten. Deze informatie is niet publiekelijk toegankelijk.

Rinus Otte merkt op dat, zodra burgers onderling hun problemen niet kunnen oplossen, zoals dit in een kenniseconomie (onderwijs) of in de zorg of de rechtspraak het geval is, de overheid optreedt als wettelijke, beleidsmatige en financiële organisator. Werknemers in publieke sectoren hebben daarom minder vrijheid om hun werk naar eigen inzicht te organiseren. Juist in deze sectoren zijn de spanningen rond cijfermatige aansturingsvormen het sterkst voelbaar.

Een mogelijke verklaring voor deze spanningen, aldus Otte, is dat verzorgers, onderwijzers en rechters terecht menen dat zij zich met het algemeen belang bezighouden en dat deze taken zouden zijn onttrokken aan prijsvorming in economische zin. Otte brengt daar tegenin dat het gegeven dat rechtspraak, onderwijs of zorgverlening beter uitgevoerd kan worden als de beoefenaar een roeping voelt, niet wil zeggen dat hij daarom niet kostendekkend moet werken. Bovendien gaat het in deze sectoren om de verdeling van schaars belastinggeld: de honderden miljoenen die de laatste tien jaar aan de rechtspraak zijn besteed, hadden ook bij andere sectoren terecht kunnen komen. Ook, of juist, het publieke domein dient daarom efficiënt te zijn georganiseerd en dient over besteding van belastinggeld publieke verantwoording af te leggen.¹³

Otte stelt niet alleen een verband vast tussen kosten-batenanalyses en het legitieme gebruik van belastinggeld, maar benadrukt ook dat tijdigheid van de rechtspraak een belangrijke factor van betekenis is voor de legitimiteit van de rechterlijke macht. Als het maanden of zelfs jaren duurt voordat een rechtszaak is afgerond en rechtzoekenden weten waar zij aan toe zijn, dan blijft al die tijd een periode van rechtsonzekerheid bestaan. De rechterlijke beslissing, niet alleen in het strafrecht, maar ook in familiezaken of andere civiele zaken, kan ingrijpende gevolgen hebben voor de persoonlijke situatie van de justitiabelen. In algemene zin kunnen we daarom stellen dat, als de rechterlijke macht niet in staat is tot tijdige rechtspraak, afbreuk aan de kwaliteit ervan wordt gedaan.

Rinus Otte, die ook senior raadsheer is bij het gerechtshof in Arnhem, meent dat rechters bij zichzelf te rade moeten gaan en zich moeten afvragen wat zij zelf

¹² Rinus Otte, 'De (on)zin van marktwerking en kwantificering in de rechtspraak', p. 326.

¹³ Ibidem, p. 328.

kunnen doen om de organisatie van de rechtspraak te verbeteren. Otte meent dat maatstaven van ambachtelijkheid inzicht kunnen geven in de werkwijze van individuele rechters. Welke delen van een straf dossier lezen rechters bij de voorbereiding, en welke niet? Hoe behandelen de rechters een dossier ter zitting; ieder onderdeel afzonderlijk, of alleen de punten waarop bijvoorbeeld beroep is ingesteld? Hoe bondig of uitgebreid motiveren zij hun beslissing? Met maatstaven waarmee deze aspecten van het werk van de rechter kunnen worden gemeten, wordt helder waarom de ene rechter achterstanden heeft en de andere niet. Otte benadrukt dat het niet zo is dat vervolgens de langzame rechters maar moeten versnellen, maar dat de verschillen in de werkwijzen juist moeten worden vertaald in de organisatie van het werk. Het is kortom een kwestie van organiseren; van anders verdelen van het geld. Daar zijn bestuurders van de rechtspraak en de rechters tekort geschoten.

Als teamvoorzitter in Arnhem heeft Rinus Otte een werkwijze gestimuleerd waarbij meer gedifferentieerd wordt, zodat individuele rechters voornamelijk doen waar zij in het bijzonder goed in zijn. Dat betekent dat niet iedere rechter voorzitter zou hoeven zijn, dat een rechter die wat langzamer werkt minder zittingen 'doet', maar meer tijd stopt in de begeleiding van griffiers en dat een derde een arrest uitwerkt omdat hij dat snel en goed kan. In Arnhem leidde deze manier van werken tot een aanhoudingspercentage van minder dan 10%. Met aanhouding wordt bedoeld dat in een rechtszaak een extra zitting moeten worden gegendeerd, omdat er iets mis gaat: de tolk verschijnt niet, er moet nog een getuige worden gehoord, de verdachte is niet op de hoogte gesteld. Otte wijst rechters op hun eigen verantwoordelijkheid: 'Hoogbetaalde, hoogontwikkelde professionals moeten er zelf voor zorgen dat de zaken niet zo veel uitvallen, daar gaat het om.'¹⁴ Inmiddels doen de straffkamers uit Otte's team meer zaken af, terwijl de rechters minder werklast ervaren.

Rinus Otte betwist ook het idee dat de Raad voor de rechtspraak de gerechten onvoldoende zou vertegenwoordigen. De Raad is er voor de benoemingen van de presidenten van de gerechten. De procedures daarvoor zijn op een zuivere manier gevolgd. Van de Raad kan en moet je als rechter geen nabijheid verwachten. 'De presidenten en de Raad zitten op afstand en besturen, wij zijn er om recht te spreken.'¹⁵ Otte begrijpt wel dat de toenemende regulering van de rechterlijke organisatie een onbehagen heeft gecreëerd onder rechters. Zij hadden vroeger meer vrijheid en waren aan geen enkele greep op de financiering van de rechtspraak gebonden. De financieringsmethodiek van de rechtspraak heeft een cultuur gecreëerd waarin men is gaan turven op de inspanning, terwijl het resultaat zou moeten tellen. De vrijheid in het werk kan worden teruggedeclaimd door een organisatievorm waarin de verschillen in werkwijzen van rechters worden gerespecteerd. Maar het is niet zo dat het lidmaatschap van een staatsmacht geen onderhorigheid mag opleveren aan sturing en controle. 'Cijfermatige analyses van de rechtspraak

¹⁴ Miek Smilde, 'De troost van het menselijk tekort', *Mr.*, 2013, nr. 3, p. 21.

¹⁵ *Ibidem*, p. 20.

zijn in het belang van de rechtspraak zelf, op straffe van verlies van geloofwaardigheid en zaken aan andere instanties.¹⁶

VIII.3 Conclusie: de gerechtelijke organisatie en legitimiteit

Legitimiteit heeft de werkgroep gedefinieerd als de bereidheid om het gezag van de rechterlijke macht, sprekende via haar beslissingen, te erkennen. In welk opzicht kan de gerechtelijke organisatie bevorderend zijn voor de legitimiteit van de rechterlijke macht?

Wil de gerechtelijke organisatie geen afbreuk doen aan de legitimiteit van de rechterlijke macht, dan dient het in ieder geval ook geen afbreuk te doen aan het vertrouwen van de burger. De gerechtelijke organisatie kan aan de legitimiteit van de rechterlijke macht bijdragen als deze de verwezenlijking van de kernwaarden en de maatschappelijke functie van de rechterlijke macht faciliteert. De gerechtelijke organisatie zal echter afbreuk doen aan de legitimiteit zodra die eraan in de weg staat dat deze kernwaarden tot uitdrukking komen. Als magistraten zelf al blijf geven van gebrek aan vertrouwen dat zij hun werk conform die kernwaarden kunnen uitvoeren, zal men niet verbaasd moeten zijn dat ook de burger zijn vertrouwen zal bevragen. Van de rechterlijke macht mag professionaliteit en vakmanschap worden verwacht. De rechter zal moeten laveren tussen de juridische rationaliteit en de organisatorische rationaliteit, oftewel: tussen de eisen die voortvloeien uit zijn maatschappelijke functie in de democratische rechtsstaat en de beperkingen van gebrekkige tijd en middelen.

¹⁶ Rinus Otte, 'De (on)zin van marktwerking en kwantificering in de rechtspraak', p. 329.

Toegankelijkheid van de rechterlijke macht: 'No cure no pay' in de advocatuur

In april 2013 heeft de Tweede Kamer een motie aangenomen die was ingediend door Ard van der Steur (VVD) en Jeroen Recourt (PvdA). In die motie wordt de regering opgeroepen in overleg te treden met de Nederlandse Orde van Advocaten over het principe van 'No cure no pay' in de advocatuur. Het is in Nederland wettelijk verboden dat advocaten slechts bij het behalen van een bepaald resultaat een honorarium krijgen, of dat het honorarium een evenredig deel bedraagt van de waarde van hetgeen de advocaat bereikt heeft.

Van der Steur en Recourt dienden de motie in omdat het 'No cure no pay' principe volgens hen kan bijdragen aan de betaalbaarheid van rechtsbijstand. Er bestaan verschillende varianten van dit principe in de praktijk, waarmee volgens de indieners van de motie onaanvaardbare risico's kunnen worden ingedamd. Een gesprek tussen de Nederlandse Orde van Advocaten en staatssecretaris Teeven zou uiteindelijk ertoe moeten leiden dat in ieder geval door middel van experimenten ervaring met 'No cure no pay' in de advocatuur kan worden opgedaan.

Tegen 'No cure no pay' in de advocatuur bestaat het bezwaar dat advocaten een belang krijgen bij de uitkomst van de zaak. Het kan ertoe leiden dat de advocaat alleen nog zaken zou willen aannemen die er bij voorbaat gunstig uitzien voor de bij hem aankloppende cliënt, terwijl voor lastige zaken geen animo meer dreigt te bestaan. Als de advocaat beloofd wordt met een percentage van de uitkomst van de zaak, dan dreigt ook een systeem van onredelijk hoge of lage beloning te ontstaan. Hij kan dan een honorarium ontvangen dat niet in verhouding staat tot het werk dat hij eraan besteed heeft. Tot slot kan bij 'No cure no pay' het gevaar ontstaan dat de advocaat een belang krijgt bij een schikking van de zaak, mogelijk ten nadele van de eigen cliënt. De cliënt dreigt dan onder druk te worden gezet om in de schikking mee te gaan.

Staatssecretaris Fred Teeven heeft zich in een brief aan de Tweede Kamer van 12 april 2013 welwillend opgesteld tegenover een experiment met 'No cure no pay', op voorwaarde dat de onafhankelijkheid van de advocaat niet in het gedrang komt. Hij meent dat het niet voor de hand ligt dat er een situatie zal ontstaan van excessieve vorderingen en het agressief werven, zoals men in de Verenigde Staten wel tegenkomt. Inkomensderving wordt bij schade in Nederland grotendeels opgevangen door de sociale zekerheid en in Nederland wordt een rechtsgang nog altijd gezien als *ultimum remedium*.

Het experiment met 'No cure no pay' in de advocatuur is interessant vanuit het oogpunt van de toegankelijkheid van de rechterlijke macht, die zeker nu de rechtshulp-gelden minder worden als gevolg van bezuinigen, een punt van zorg is geworden. De voordelen van 'No cure no pay' moeten echter nog wel bewaarheid worden in de praktijk. Dat geen excessieve werving binnen de advocatuur zal ontstaan of andere negatieve gevolgen zullen optreden, valt nog te bezien.

Kamerstukken II, 2012/13, 31 753, nr. 61 (Motie van de leden Van der Steur en Recourt, 2 april 2013) en *Kamerstukken II*, 2012/13, 31 753, nr. 62 (Brief van de Staatssecretaris van Veiligheid en Justitie aan de Tweede Kamer, 12 april 2013).

Personalia

Prof.dr. T. Zwart – voorzitter

Hoogleraar Rechten van de Mens aan de Universiteit Utrecht en curator van de Prof.mr. B.M. Teldersstichting

Mevr.mr. M.N. Kallen-Morren

Advocaat en mediator

Prof.mr.dr. G.G.J. Knoops

Advocaat bij Knoops' advocaten en hoogleraar internationaal strafrecht aan de Universiteit Utrecht

Mr. R.W.L. Loeb

Staatsraad en lid van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State

Mevr. C.A.M. Maas MA – scribent

Wetenschappelijk medewerker bij de Prof.mr. B.M. Teldersstichting

Prof.mr. J.H. Nieuwenhuis

Emeritus hoogleraar burgerlijk recht aan de Universiteit Leiden

Prof.mr. B.M. Teldersstichting

Curatorium:

drs. F.A. Engering (voorzitter)
dhr. J.J. van Aartsen
prof.dr. J.A. Bruijn
mr.dr. G.D. Dales
prof.dr. H.M. Dupuis
dhr. M.G.J. Harbers
mr. A.H. Korthals
mw. mr. E.J.J.E. van Leeuwen-Schut
dr. R.P.H.M. Matthijsse
drs. R.W.P. Reibestein
prof.dr. A. Szász
prof.dr.ir. Th. de Vries
mr. J.G.C. Wiebenga
prof.dr. T. Zwart

Directeur:

dr. P.G.C. van Schie

De Stichting is in 1954 ontstaan uit de behoefte die in liberale kringen werd gevoeld aan een instelling die wetenschappelijke studies verricht naar diverse maatschappelijke vraagstukken, zonder gebonden te zijn aan een bepaalde dogmatiek of godsdienst.

Doel en middelen zijn volgens de statuten: 'De stichting heeft ten doel om op wetenschappelijk verantwoorde wijze, vraagstukken van maatschappelijk belang, in het bijzonder die van staatkundige, sociale, economische of juridische aard, te onderzoeken met de liberale beginselen als uitgangspunt, zulk een onderzoek te bevorderen en over zodanige vraagstukken voor te lichten. Dit doel wordt nagestreefd ten behoeve van het liberalisme in het algemeen en mede ten behoeve van de (...) "Volkspartij voor Vrijheid en Democratie". De stichting tracht dit doel te bereiken door al hetgeen met het bovenstaande verband houdt of daaraan bevorderlijk kan zijn.'

De Teldersstichting heeft onder andere de volgende geschriften gepubliceerd*:

	Prijs in €
98 <i>Liberaal licht op de toekomst</i> , 2005	12,50
99 <i>De grenzen van de open samenleving. Migratie- en integratiebeleid in liberaal perspectief</i> , 2005	15,00
100 <i>Grondrechten gewogen. Enkele constitutionele waarden in het actuele politieke debat</i> , 2006	15,00
101 <i>De radicaal-islamitische ideologie van de Hofstadgroep</i> , 2006	12,00
102 <i>Liberaal duurzaamheid. Milieubeleid internationaal bezien</i> , 2007	14,00
103 <i>Vertrouwen in de markt. Naar een liberaal privatiseringsbeleid</i> , 2007 (uitverkocht, in kopie verkrijgbaar)	12,00
104 <i>Veilige basis voor vrije burgers. Duidelijke liberale aanpak van veelvoorkomende criminaliteit</i> , 2008	14,00
105 <i>Rechtsstaat in ontwikkelingslanden? Aspecten van liberale ontwikkelingssamenwerking</i> , 2008	15,00
106 <i>Liberaal leiderschap</i> , 2009	8,50
107 <i>Zorgen voor zelfbeschikking. Een liberale visie op de positie van de burger in zorg-, woon-, en onderwijsinstellingen</i> , 2009	12,50
108 <i>Liberalisme als 'groen' idealisme. De noodzaak van een liberaal milieubeleid voor de ontwikkeling van milieuvriendelijke producten</i> , 2009	15,00
109 <i>Krachtproef voor het kapitalisme. Een liberale reflectie op de kredietcrisis</i> , 2010	10,00
110 <i>Gen-ethische grensverkenningen. Een liberale benadering van ethische kwesties in de medische biotechnologie</i> , 2010	15,00
111 <i>Eerlijk is eerlijk. Wat een liberaal van de staat mag verwachten en van zichzelf moet vergen</i> , 2011	17,50

112	<i>Van stigma naar sociale stijging. Een liberale toekomst voor leden van de 'achterblijvers', 2011</i>	15,00
113	<i>Onbetwistbaar recht? Juridisering en het evenwicht tussen rechtsstaat en democratie, 2012</i>	16,50
114	<i>Manifestaties van de vrijheid des geestes. Een liberale kijk op cultuur en sport, 2012</i>	15,75
115	<i>Bevolkingskrimp: een liberaal antwoord, 2012</i>	15,00
116	<i>Eigen keuze, samen sterk: duidelijkheid geeft zekerheid voor arbeidsmarkt en pensioenen, 2012</i>	16,00
117	<i>Onderwijs: de derde dimensie, 2012</i> (uitverkocht, in kopie verkrijgbaar)	11,00
118	<i>De plicht der politieke partijen, 2013</i>	19,50
119	<i>De legitimiteit van de rechterlijke macht. Ideeën voor behoud en versterking, 2013</i>	17,50

Verder verscheen recent als Politiek-wetenschappelijke Stellingname:

P.S. 1 *Arbeidsmarkt openbreken voor jongeren*, 2013 6,00

...en als bijzondere publicatie:

Aurea libertas. Impressies van vijftig jaar Teldersstichting, 2004 17,50

Vrijheidsstreven in verdrukking. Liberale partijpolitiek in Nederland 1901-1940,
2005 20,00

Zestig jaar VVD, 2008 **

*Liberale leiders in Europa. Portretten van prominente politici uit de
negentiende en vroege twintigste eeuw*, 2008 17,50

*Separation of Church and State in Europe. With views on Sweden, Norway,
the Netherlands, Belgium, France, Spain, Italy, Slovenia and Greece*, 2008 ***

*Architect van onderwijsvernieuwing. Denken en daden van Gerrit Bolkestein
1871-1956*, 2009 **

Democracy in Europe. Of the people, by the people, for the people?, 2010 ***

Het Liberalen Boek, 2011 **

The dynamics of demographic decline, 2011 ***

Juridification in Europe. The balance of powers under pressure?, 2012 ***

Raadpleeg de website van de Teldersstichting voor informatie over het bestellen van de publicaties.

* Een volledige lijst met publicaties is op aanvraag verkrijgbaar.

** Verkrijgbaar via de boekhandel.

*** Publicatie in ELF-verband, neem voor meer informatie contact op met de Teldersstichting.

