

*Handelingen 1973
der Nederlandse
Juristen-Vereniging
deel 1, eerste stuk*

W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle

ISBN 90 271 0859 5
Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

Vraagpunten 1973

1. Is het gewenst de mogelijkheid te openen, dat individuele leden van (nederlandse) rechterlijke colleges hun minderheidsstandpunt bij de beslissing kenbaar maken? Opmerking: bij dit en de volgende vraagpunten wordt in het midden gelaten of een uitzondering gemaakt moet worden voor die colleges, waarin een of meer leden door maatschappelijke groeperingen zijn voorgeselecteerd.
2. Zo ja, moet deze mogelijkheid afhankelijk worden gesteld van de toestemming van de betrokken kamer van het college?
3. Indien vraagpunt 1 bevestigend wordt beantwoord, dient deze mogelijkheid dan geopend te worden
 - a. voor de „gewone” rechterlijke macht in alle instanties? (zie echter ook vraagpunt 4)
 - b. indien a ontkennend wordt beantwoord: voor de Hoge Raad?
 - c. voor de colleges van administratieve rechtspraak in alle instanties?
 - d. indien c ontkennend wordt beantwoord: voor de colleges van administratieve rechtspraak in hoogste ressort?
4. Indien vraagpunt 3a bevestigend wordt beantwoord, dient dan een uitzondering gemaakt te worden voor de strafrechtspraak?
5. Indien vraagpunt 1 bevestigend wordt beantwoord, dient deze mogelijkheid dan beperkt te worden tot
 - a. rechtsvragen?
 - b. rechtsvragen en vragen van straftoemeting?
6. Wenst men wel de mogelijkheid van afwijkende oordelen betreffende de beslissing (dissenting opinions), doch niet die van afwijkende oordelen, die alleen de motivering betreffen (concurring opinions)?
7. Behoort het openbaar maken van afwijkende oordelen in beginsel met naamsvermelding te geschieden?
8. Is het in het algemeen gewenst, dat bij de beslissingen van rechterlijke colleges de stemverhouding wordt vermeld?

PREADVIEZEN

MR. H. DRION EN JHR. MR. O. DE SAVORNIN LOHMAN

De dissenting opinion in de rechtspraak,

Voorbericht van de preadviseurs, 5

Verkort aangehaalde literatuur, 6

Gezamenlijk gedeelte

§ 1. De situatie in Nederland, 7

§ 2. Buitenland, 16

§ 3. Openbare beraadslaging en 'seriatim opinions', 27

PREADVIES MR. H. DRION

Inleidende opmerkingen, 31

§ 1. De betekenis van onze vraag voor de rechter, 33

§ 2. De betekenis voor de kwaliteit van de rechterlijke uitspraak, 38

§ 3. De betekenis voor partijen, 40

§ 4. De betekenis voor de samenleving en de rechtsontwikkeling, 41

Conclusies, 43

- § 1. Mogelijkheden van oordeelsvorming, 49
- § 2. De juridische betekenis van de dissenting opinion, 51
- § 3. Overwegingen van min of meer principiële aard, 52
- § 4. Overwegingen van meer pragmatische aard, 56
 - 4.1. De rechters, 57
 - 4.2. De partijen, 62
 - 4.3. Het publiek in het algemeen, 64
 - 4.4. Het juridische publiek in het bijzonder, 69
- § 5. Conclusie en uitwerking, 74
 - 5.1. Opheffing van wettelijke beletselen, 74
 - 5.2. Facultatief karakter, 75
 - 5.3. Tijdstip van bekendmaking; naamsvermelding, 76
 - 5.4. Feitelijke- en rechtsvragen; strafrecht, 76
 - 5.5. Bij welke colleges?, 77

Het leek ons uit een oogpunt van tijd- en kostenbesparing verstandig om het beschrijvende gedeelte van de van ons gevraagde preadviezen niet dubbel te produceren, maar in één tekst die voor onze gezamenlijke rekening komt. Eveneens voor gezamenlijke rekening is de korte paragraaf waarin uiteen wordt gezet dat en waarom onze preadviezen zich beperken tot een discussie van de wenselijkheid van het bekendmaken van de stemverhouding bij beslissingen van rechterlijke colleges en van de bekendmaking van minderheidsopvattingen ('dissenting' en 'concurring opinions'). Daarentegen hebben we na enige aarzeling besloten de discussie van de argumenten pro en contra de zojuist genoemde afwijkingen van het geheim van de raadkamer ieder afzonderlijk te schrijven, ook al lopen onze standpunten niet ver uiteen.

De paragrafen 1 en 3 zijn geschreven door de eerste ondergetekende, paragraaf 2 (rechtsvergelijking) door de tweede ondergetekende.

Januari 1973

H. Drion
O. de Savornin Lohman

- | | |
|---|---|
| Fockema Andreae | Dr. J. P. Fockema Andreae, <i>Het Geheim van de Raadkamer</i> , Utrecht, 1934. |
| Heyde, Diss. | Wolfgang Heyde, <i>Das Minderheitsvotum des überstimmten Richters</i> , Inaugural-Dissertation Bonn, 1964 |
| Heyde, Jahrbuch | Dr. Wolfgang Heyde, Dissenting Opinions in der deutschen Verfassungsgerichtsbarkeit, 19 <i>Jahrbuch des öffentlichen Rechts der Gegenwart</i> (1970) pag. 201 e.v.. |
| Leyten | Prof. Mr. J. C. M. Leyten, Dissenting opinion, <i>NJB</i> 1972 pag. 697 e.v., 731 e.v.. |
| Winkel | Mr. H. Winkel, De bewaring van het raadkamergeheim, in: <i>Met eerbiedigende werking</i> , Opstellen aangeboden aan Prof. Mr. L. J. Hijmans van den Bergh, Deventer, 1971, pag. 405 e.v.. |
| Zweigert pag. D 000 | Prof. Dr. Konrad Zweigert, <i>Empfehlte es sich, die Bekanntgabe der abweichenden Meinung des überstimmten Richters (Dissenting Opinion) in den deutschen Verfahrensordnungen zuzulassen?</i> Gutachten für den 47. Deutschen Juristentag, Band I, Teil D, München, 1968. |
| 47. Deutscher
Juristentag pag. R 000 | <i>Verhandlungen des 47. Deutschen Juristentages</i> , Band II (Sitzungsberichte), Teil R, München, 1968. |

§ 1. *De situatie in Nederland*

Art. 28 van de Wet op de Rechterlijke Organisatie schrijft voor dat 'de leden van de regterlijke magt [verplicht zijn] het geheim te bewaren opzigtelijk de gevoelens die in de raadkamer over regtshangige gedingen door de raadsheeren of regters zijn geuit geworden'.

De rechter die in strijd handelt met dit voorschrift maakt zich niet alleen schuldig aan het misdrijf van art. 272 W.v.S., maar kan ook bij herhaalde overtreding (1) door de Hoge Raad uit zijn ambt ontzet worden (art. 11 R.O.).

Het in art. 28 R.O. neergelegde 'geheim van de raadkamer' heeft (ook) in ons land een oude traditie. (2) Zo schreef art. XVI van de Instructie van den Hove van Holland, Zeeland en Vriesland (1531) voor, dat 'onze voorschreeve President, Raadshuyden ordinaris en extra-ordinaris, Procureur Generaal . . . Griffier (enz.), onze voorschreeve Raadkamer visiteerende, van wat qualiteyt dat sy zijn, niet en reveleeren het secreet van der selver Kamere, of het geene dat sy aldaar sullen zien of hooren, op poene van suspensie van haaren staate den tyd van drie jaaren.' Een dergelijke bepaling vinden we in de Ordonnantie en instructie van den Hoogen Raedt van Appel in Hollandt van 1582 (art. XII), waarin dan nog voor het geval van recidive de sanctie van blijvende ontzetting uit het ambt is toegevoegd.

(1) Op grond van art. 11 lid 2 is ontzetting slechts mogelijk, wanneer de overtreder reeds vooraf voor gelijke overtreding is gewaarschuwd. Krachtens art. 14 R.O. is het de president van het college (of die van het hogere college als de overtreding is begaan door een president) die ambtshalve of op vordering van het openbaar ministerie de 'nodige waarschuwing doet'.

(2) Zie hierover ook nog wat gegevens bij J. P. Fockema Andreae, *Het geheim van de raadkamer* (1934) pag. 16 e.v.

In de revolutietijd komt er even een beperkte breuk in die traditie met de Algemeene Manieren van Procedeeren in civiele en crimineele zaken van 1799: art. 51 van de Instructie voor de burgerlijke rechtbanken laat toe dat de individuele rechter bij de uitspraak vermeldt dat hij niet heeft ingestemd met de uitspraak, althans niet 'zoo als hetzelfde is liggende', zij het 'zonder eenige reden te geven, en zonder de wettigheid der wijze waarop dit besluit is opgemaakt, te betwisten'.

Maar het Wetboek op de rechterlijke instellingen en regspleging in het Koninkrijk Holland van 1809 keert weer tot het stelsel van de volledige geheimhouding terug: volgens art. 82 zullen de leden van de Hoge Raad 'nimmer mogen openbaren het geen behoort geheim te blijven, bijzonder ook niet de gevoelens van hunne medeleden, zelfs niet van hen zelve'. De artt. 239, 385 en 492 bevatten identieke voorschriften voor de andere rechterlijke colleges. Deze formule van het Wetboek van 1809 is overgenomen en tot op de dag van vandaag behouden gebleven in de instructies van 1814 voor de militaire rechtspraak. (1)

Als er in de 20e eeuw een aantal nieuwe rechterlijke colleges in het leven worden geroepen, vergeet men bijna nooit ook daarvoor een bepaling over het geheim van de raadkamer op te nemen. (2) Men zie artt. 25 en 40 van de Beroepswet 1955 (ook reeds art. 25 Beroepswet 1902), art. 20 van de Ambtenarenwet, art. 25 lid 1, aanhef en sub b, van de Wet administratieve rechtspraak bedrijfsorganisatie (1954) en art. 123, lid 3 van de Pachtwet voor de leden van de pachtkamers. Deze voorschriften luiden praktisch gelijk aan dat van art. 28 R.O.. Meer of minder afwijkende formuleringen vindt men o.a. in art. 77, lid 1, Pachtwet voor de leden van de grondkamers, (3) in art. 14 Medische Tuchtwet (1928) (4) en art. 101 van de Wet op de Registeraccountants 1962. (5)

(1) Art. 22 van de Provisionele Instructie voor het Hoog Militair Gerechtshof en de artt. 135 resp. 143 van de Rechtspleging bij de land- en luchtmacht en de Rechtspleging bij de zeemacht.

(2) Ook in art. 20 lid 1 van de Enquêtewet 1850 heeft de wetgever eraan gedacht het geheim van de raadkamer veilig te stellen.

(3) '... verplicht het geheim te bewaren omtrent hetgeen hun als zodanig bekend wordt'. Houwing, *Pachtwet*, no. 615 wijst erop dat dit verder gaat dan het voorschrift van 28 R.O. Zie ook P. de Haan, *Pachtwet* (1969) pag. 682.

(4) '... geheimhouding ... van de beraadslagingen over een zaak'.

(5) Betreft de geheimhoudingsplicht van de leden van de Commissie van toelating en de Commissie van beroep: '... verplicht tot geheimhouding ... van alle aangelegenheden ten aanzien waarvan de betrokken commissie of Kamer of haar

Geen bepaling over het geheim van de raadkamer bevat de Wet tuchtrechtspraak bedrijfsorganisatie 1954. Maar in de krachtens art. 8 van deze wet door de betrokken lichamen vastgestelde verordeningen komt vaak een aan art. 28 R.O. analoge bepaling voor. (1)

Voor arbiters bestaat geen wettelijk verbod van het openbaren van de in raadkamer geuite gevoelens. (2) Op de implicaties hiervan komen wij nog terug.

Merkwaardig is dat de ambtseed van rechters en raadsheren geen verwijzing bevat naar het geheim van de raadkamer; des te curieuzer waar in Frankrijk thans juist de enige wettelijke basis voor de geheimhoudingsplicht met betrekking tot de in raadkamer geuite gevoelens de wettelijk voorgeschreven ambtseed schijnt te zijn. (3)

Voor het administratief beroep van de Raad van State, Afdeling geschillen van bestuur, bevat art. 56 lid 3 van de Wet op de Raad van State van 1962 de volgende bepaling:

‘Hij, die in de vergadering een mening heeft kenbaar gemaakt van die der meerderheid afwijkende, kan zich in deze vergadering de bevoegdheid voorbehouden tot het uitbrengen van een afzonderlijk advies hetwelk bij het advies der Afdeling wordt gevoegd.’ De oude wet van 1861 bevatte een overeenkomstige bepaling (art. 39, vierde lid, jo 32, tweede lid). Naast dit voorschrift over het bijvoegen van de afwijkende mening bevat de Wet een bepaling over de geheimhoudingsplicht van degenen die aan de beraadslaging hebben deelgenomen. ‘Zij nemen de geheimhouding in acht, door Ons opgelegd, of door Onze Minister, wie de zaak aangaat, aanbevolen. Geheimhouding wordt ook in acht genomen wanneer de meerderheid van hen, die aan de beraadslaging deelnemen, daartoe besluit.’ (art. 64, leden 2 en 3, gelijk aan art. 44 van de oude wet). Men moet aannemen dat hierbij niet is gedacht aan de geheimhouding van bij de beraadslagingen geuite gevoelens. Wat dat betreft zal de geheimhoudingsplicht wel als vanzelfsprekend zijn beschouwd.

voorzitter geheimhouding heeft bevolen of waarvan zij het vertrouwelijk karakter moeten begrijpen’. Het is duidelijk dat deze bepaling niet in de eerste plaats is afgestemd op de bescherming van het ‘geheim van de raadkamer’.

(1) Ook de krachtens de Landbouwwitvoerwet 1938 en het daarop gebaseerde Landbouwwitvoerbesluit 1963, Algemene Voorwaarden, *Stb.* 67, vastgestelde reglement voor Tuchtrechtspraak bevatten soms analoge bepalingen. Ik dank deze informatics aan Mr. J. C. Somer.

(2) Evenmin voor de Commissies van beroep bijzonder voortgezet onderwijs. Zie art. 52 e.v. Wet voortgezet onderwijs en Rechtspositiebesluit W.V.O., art. III-A1.

(3) Zie hieronder pag. 16/17, noot (3).

Als het wetsontwerp 'administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen' (A.R.O.B.) en het daarbij behorende ontwerp tot wijziging van de Wet op de Raad van State (nos. 11279 en 11280) wet worden, zal de Raad van State een 'Afdeling rechtspraak' krijgen, die een zuiver rechtsprekend college zal zijn. Leyten heeft zich afgevraagd of daarmee 'de victorie zal beginnen' van dissenting opinions in onze rechtspraak. (1) De wetsontwerpen zelf, en de schriftelijke behandeling daarvan, geven nog geen reden tot hoop op een dergelijke 'victorie'. Het nieuw voorgestelde art. 71 van de (te wijzigen) Wet op de Raad van State verklaart de artt. 39-55 van de Wet van toepassing op het vooronderzoek en de verdere behandeling van de zaak, maar juist niet art. 56, dat spreekt over het afzonderlijk advies met afwijkende mening. Noch in de M.v.T. noch in de latere tot dusver (jan. 1973) gewisselde stukken wordt de vraag onder ogen gezien. Een uitdrukkelijke bepaling over het geheim van de raadkamer is niet in het ontwerp opgenomen.

Mededeling - evenals bij de adviezen van de Raad van State aan de Kroon - van de minderheidsopvatting is ook voorzien voor het door rechterlijke colleges uit te brengen advies over gratieverlening (art. 10 Gratiebesluit).

Nu weer terug naar de regeling van het 'raadkamergeheim' voor de gewone rechtspraak. Wat betekent precies art. 28 R.O. voor het openbaar maken van stemverhoudingen en minderheidsopvattingen binnen rechterlijke colleges?

Bij de totstandkoming van dit wetsvoorschrift is door een van de afdelingen voorgesteld de verplichting te beperken tot de door de *andere* rechters geuite gevoelens, 'omdat het in sommige gevallen al te hard zoude kunnen wezen, zijn eigen gevoelens geheel te moeten verzwijgen'. Deze bepaling werd door de regering 'voor zeer gevaarlijk en strijdende [geacht] met hetgeen de wetgever tracht te voorkomen, vermits indien ieder regter zijn advies mag openbaren, daaruit zoude volgen, dat de geheele geheimhouding, die de kieschheid zoo zeer gebiedt, verloren gaat; hetgeen bij de raadpleging voorvalt, behoort geheim te blijven, ten einde de regters onafhankelijk kunnen te werk gaan, en niet aan het verwijt der partijen worden blootgesteld'. (2)

Waarom 'de geheele geheimhouding, die de kieschheid zoo zeer gebiedt' verloren zou gaan wanneer rechters hun eigen minderheidsop-

(1) *NJB* 1972, 732. Maar zie ook zijn correctie in *NJB* 1972, 776/777.

(2) Zie Van den Honert, *Handboek voor de burgerlijke regtsvordering* (1839) pag. 30 (onder R.O. § 38).

vatting zouden mogen openbaren, is niet ineens duidelijk. Waarschijnlijk is de gedachtegang deze: wanneer de rechters die de minderheid vormen hun niet aangenomen opvatting mogen bekendmaken, weet de buitenwereld ook wat de opvatting van de andere rechters was, nl. de meerderheidsopvatting. Zij staan dan aan persoonlijke verwijten bloot van de in het ongelijk gestelde partij (en van de leden van het publiek die het niet met de meerderheidsopvatting eens zijn).

Maar hiermee is nog niet gezegd dat een rechterlijk college zelf niet zou mogen beslissen de stemverhouding en de minderheidsopvatting bij zijn uitspraak bekend te maken, althans wanneer het daartoe eenstemmig zou besluiten. In dat geval kan geen van de rechters er over klagen bloot te worden gesteld aan de verwijten van een der partijen of van het publiek.

'Naar gebruikelijke opvattingen' – aldus Leyten in *NJB* 1972, 700 – 'betekent het geheim van de raadkamer [...] dat de buitenwereld niet onmiddellijk, maar evenmin later, te weten zal komen hoe de beraadslagingen, die hebben geleid tot deze motivering en deze beslissing, in het rechtsprekend college zijn verlopen.' Dit lijkt juist, maar men kan twijfelen over de vraag of het aldus beschreven 'geheim van de raadkamer' in art. 28 R.O. een volledige bescherming heeft gekregen. Met name is te verdedigen dat de op 'de leden van de rechterlijke macht' gelegde geheimhoudingsplicht niet aan een rechterlijk college verbiedt bij zijn uitspraak vermelding te maken van de stemverhouding of van minderheidsopvattingen. Op die grond heeft het Duitse Bundesverfassungsgericht inderdaad aangenomen dat vermelding van de stemverhouding en van de daaraan ten grondslag liggende motivering in de uitspraak kan worden opgenomen. (1) De sanctie van berisping en eventuele ontzetting lijkt bij een dergelijke schending van art. 28 R.O. niet goed mogelijk. Deze sancties richten zich immers tegen individuele rechters, en uit de rechterlijke uitspraak zelf zou niet volgen of tot de gewraakte 'schending van het geheim' eenstemmig is besloten. Zeker zou een dergelijke uitspraak niet op grond van een zodanige schending met een van de gewone of buitengewone rechtsmiddelen vernietigd kunnen worden. (2) Maar het ontbreken van een

(1) Zie pag. 18.

(2) Het lijkt tenminste moeilijk vol te houden dat het vermelden van stemverhouding of van de minderheidsopvatting een vormverzuim is waarop nietigheid is gesteld, zoals het Cour d'appel van Nancy heeft aangenomen (16 mei 1968, D. 1968-519). In dit geval was in de uitspraak vermeld dat er met eenstemmigheid toe besloten was, waardoor – aldus het Hof van Nancy – naar buiten kwam hoe

sanctie voor het door mij bedoelde geval wil nog niet zeggen dat art. 28 niet voor dit geval geschreven is. Het lijkt dan ook meer in overeenstemming met de algemene strekking van art. 28 R.O., zoals deze traditioneel is begrepen, tevens de openbaarmaking in de rechterlijke uitspraak zelf van gegevens over de totstandkoming van die uitspraak onder het verbod van dit wetsartikel te brengen. Verandering van dit systeem dient door de wetgever te geschieden.

Art. 424 W.v.Sv. bevat in zover een uitzondering op de geheimhouding van de stemverhouding, dat in de daar genoemde gevallen – 1 bewezenverklaring in hoger beroep na vrijspraak in eerste aanleg, en 2 veroordeling in appel tot een zwaardere straf, als alleen de verdachte in hoger beroep was gegaan – de betreffende beslissing slechts met eenparigheid van stemmen genomen kan worden (al behoeft die eenstemmigheid niet in het arrest te zijn uitgedrukt).

Zoals al is opgemerkt bevat de wet geen bepaling waarbij aan arbiters een geheimhoudingsplicht wordt opgelegd met betrekking tot de bij hun beraadslagingen geuite gevoelens. Niettemin wordt deze geheimhouding ook door arbiters bijna steeds in acht genomen. Volgens Van Rossem-Cleveringa (1) zijn zij daartoe ook verplicht, volgens Nolen is vermelding van de stemverhouding 'ongepast'. (2) Art. 27 van het reglement van het Nederlands Arbitrage Instituut bepaalt dat arbiters 'geen melding (mogen) maken van de gevoelens van de minderheid'. (3)

Art. 638 Rv. voorziet in de mogelijkheid dat de minderheid van arbiters weigert te tekenen. In dat geval zal de meerderheid daarvan melding moeten maken, (4) waaruit dan naar buiten komt welke arbiter (s) het niet met de arbitrale uitspraak (of de wijze van totstandkoming daarvan) eens zijn.

Ieder der rechters gestemd had (bij vermelding van een 2-1 stemverhouding zou deze redenering niet opgaan). Zie ook Cass. D. Pér. 1847, 1, 165 e.v. en S. 1847, 1457. Partijen te straffen voor een dergelijke fout van het rechterlijk college lijkt weinig redelijk en vindt geen steun in de wet.

(1) II (4e dr. 1972) pag. 1387, aant. 1 bij art. 638 Rv.

(2) *Handleiding voor arbiters* (3e dr. 1957) pag. 154.

(3) Overeenkomstige bepalingen bevatten o.m. de reglementen van de Arbitrage Instituten Bouwkunst (art. 11 lid 5) en Bouwstoffen (art. 17 lid 1).

Van de internationale arbitrageregelingen, vermeld in het *Handbook of national and international institutions active in the field of international commercial arbitrations* (Econ. Com. for Europe) 1958, blz. 67/68, staan twaalf met zoveel woorden arbiters toe om 'separate opinions' af te geven.

(4) Deze vermelding moet mede door de meerderheid ondertekend zijn: HR 21 jan. 1966, NJ 1966, 214.

In van Rossem-Cleveringa wordt niet aangegeven hoe we de verplichting van arbiters tot eerbiediging van het geheim van de raadkamer moeten zien: is het een verplichting uit het arbitrale contract, en bestaat zij tegenover de medearbiters of ook (dan wel alléén) tegenover de partijen bij de arbitrage? Dat de geldigheid van de arbitrale uitspraak door vermelding van stemverhouding of van afwijkende minderheidsopvattingen niet wordt aangetast, lijkt zeker. Vermoedelijk doet men er het beste aan, in het niet openbaren van een en ander een gebruik te zien, waarvan arbiters, indien zij daarover eenstemmig zijn, kunnen afwijken, tenzij hun dat bij hun opdracht is verboden. Bij vaste scheidsgerichten zal ook de opdrachtgevende organisatie zich met de afwijking van het gebruik moeten verenigen. (1) Bij de helaas nog veel voorkomende vorm van arbitrage, waarbij ieder der partijen een arbiter aanwijst en deze beide een derde, lijkt een dergelijke afwijking bijna altijd ongewenst.

In de literatuur is het geheim van de raadkamer bij ons voor zover ik weet, voor het eerst duidelijk als probleem aan de orde gesteld door de originele jurist die J. P. Fockema Andreae was, reeds in 1922 in zijn *Ieder wordt geacht de wet te kennen*, (2) maar veel uitvoeriger in zijn nog altijd lezenswaardige *Geheim van de raadkamer* van 1934. Hij houdt daarin een pleidooi voor een althans gedeeltelijke opheffing van dat geheim, nl. voor de cassatierechtspraak. Te dien aanzien zou in de wet moeten worden voorgeschreven, dat een arrest de opgave zal bevatten, met welke stemverhoudingen het is gewezen, en voorts dat de raadsheren, die het met de beslissing zelf of voor wat de motivering betreft niet met het arrest eens zijn, van hun afwijkende mening kunnen doen blijken. Maar voor de lagere rechter, en in het algemeen voor de beslissingen die over de feiten lopen, wil hij voorshands niet van de bestaande regeling afwijken. (3)

Hij krijgt warme bijval van J. C. van Oven, (4) en voor wat de mogelijkheid van dissenting opinions in de cassatierechtspraak betreft, ook

(1) Het reglement van een vast scheidsgericht kan natuurlijk zelf een bepaling m.b.t. het geheim van de raadkamer bevatten. Zo art. 11 lid 5 van het *Arbitrage-reglement van de Stichting Arbitrage Instituut Bouwkunst*: 'Het scheidsgericht beslist bij meerderheid van stemmen en maakt geen melding van de gevoelens van de minderheid'.

(2) Blz. 16 e.v.

(3) *Geheim van de raadkamer* (1934) pag. 88/89.

(4) *NJB* 1934, 792.

van de rechter H. de Bie en van S. J. M. van Geuns, (1) Van Oven meent dat Fockema's gedachte 'bij menig jurist ten onzent weerklank (zal) vinden, al zullen er ook wel wenkbrauwen gefronst worden bij het lezen van zo zeer van de traditie afwijkende opvattingen'. Fockema's slotconclusie verrast hem (en stelt hem kennelijk ook een beetje teleur), omdat zij 'zoveel minder ver gaat dan het betoog deed verwachten'. 'Dit voorstel is voorzeker geen Novemberrevolutie', aldus besluit Van Oven zijn bespreking.

Veel verdere nawerking schijnt het betoog van Fockema Andreae niet te hebben gehad, totdat het probleem in de laatste jaren weer aandacht gaat krijgen. Nadat Veegens in 1959 nog gepleit had voor het behoud van de bestaande toestand, (2) spreekt J. C. Somer zich in de bundel *Hoe openbaar wordt ons bestuur?* (1969) uit voor publikatie van de 'dissenting opinions', en dat ook voor de lagere colleges. (3) Behalve enkele terloopse uitlatingen van Van Maarseveen, (4) G.A. van Poelje (5), Jeukens, (6) en Prakke (7), allen ten gunste van de 'dissenting opinions', komt er in 1971 de bijdrage van H. Winkel in de bundel voor Hijmans van den Bergh (8) met een conclusie ten gunste van het behoud van de huidige toestand, en in 1972 het levendige pleidooi van Leyten vóór invoering van de 'dissenting opinions' ook voor de lagere colleges (maar niet voor zover het de feiten betreft). (9)

(1) De Bie in *R.M.* 1935, 388 e.v. en Van Geuns in *Themis* 1935, 277 e.v. ad 286. Beiden zijn echter tegen vermelding van de stemverhouding. Tegen het instituut van de dissenting opinions verklaarde zich Trapman in zijn bespreking van Fockema Andreae, *Ieder wordt geacht de wet te kennen* in *R.M.* 1923, 263. In *NJB* 1935, 168 e.v. verklaarde J. H. Scholten zich voor dissenting opinions, doch alleen voor rechtbanken en hoven, waaraan hij de suggestie verbindt de appellabiliteit te verbinden aan de niet-eenstemmigheid.

(2) Cassatie in burgerlijke zaken (1959) blz. 222, 2e dr. (1971) pag. 241.

(3) Pag. 251/252.

(4) *Bestuurswetenschappen* 1967, 76.

(5) Bij de discussie over het administratief beroep in de *VAR* (Geschr. LVIII, blz. 27).

(6) Recht en politiek, diesrede (1971) pag. 14.

(7) L. Prakke, *Toetsing in het publiekrecht*, prft. Amsterdam (1972), pag. 20 en 27.

(8) *Met eerbiedigende werking* (1971), pag. 405 e.v. Zie ook de stelling bij het proefschrift van J. J. Vriesendorp van 1970.

(9) *NJB* 1972, 695 e.v. en 731 e.v. Geen duidelijke keus wordt gedaan door Star Busmann, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering* 3e dr. (1972) no. 247, Van Rossem-Cleveringa, 4e dr. (1972) I, pag. 310 (aant. 5 bij art. 45), P. A. Stein, *Compendium van het burgerlijk procesrecht* (1968) pag. 28/29 en A. M. Donner in Geschr. *VAR* LXIX (1972) 33/34. Zie ook Van Boneval Faure I, pag. 150, die de

De vraag van de dissenting opinion is tenslotte vrij uitvoerig besproken door de Staatscommissie Cals-Donner inzake de Grondwet en de Kieswet: (1)

'Omtrent voor- en nadelen van zodanige stelsels wordt binnen de commissie verschillend gedacht. Sommige leden achten openbaarmaking van minderheidsopvattingen meer in overeenstemming met de in het staatsbestel te betrachten openheid dan ons stelsel van het geheim van de raadkamer. Zij achten deze openbaarmaking in het belang van de rechtsontwikkeling; door een 'dissenting opinion' kan een nieuwe rechtsopvatting baan breken. Zulks klemmt huns inziens met name voor de cassatierechter. Andere leden achten de nadelen groter dan de voordelen. Huns inziens zal openbaarmaking van minderheidsopvattingen ertoe kunnen leiden, dat het gezag van de rechterlijke uitspraken wordt aangetast; zo zullen de justitiabelen minder gemakkelijk vrede hebben met een veroordelend vonnis, indien duidelijk is, dat ter zake binnen het rechterlijk college afwijkende opvattingen bestaan. Deze leden wijzen er voorts op, dat openbaarmaking van minderheidsopvattingen een diepingrijpende invloed kan uitoefenen op de gehele rechtspraak. Voorzichtigheid is derhalve geboden. Tenslotte bestaat naar het oordeel van deze leden aan opheffing van het 'geheim van de raadkamer' te minder behoefte, nu de conclusie van de procureur-generaal bij de Hoge Raad, waarin op wetenschappelijke wijze de rechtsvraag die aan de Hoge Raad is voorgelegd, wordt uitgediept, openbaar is.

'De staatscommissie acht dit rapport niet de plaats om in den brede op deze problematiek in te gaan: verwezen zij naar de desbetreffende literatuur.

'Hoezeer ook het al dan niet bestaan van het 'geheim van de raadkamer' van betekenis is voor de rechtspraak – reden waarom de commissie het punt niet onvermeld wilde laten – het betreft hier niet een aangelegenheid, waarover de Grondwet zich behoeft uit te spreken. De bestaande Grondwet laat openbaarmaking van de rechterlijke beraadslaging en stemming toe; ditzelfde geldt voor de nieuw geformuleerde grondwetsbepalingen. Het is een zaak van de wetgever welk stelsel te dezer zake wordt voorgeschreven.'

niet-openbaarheid der beraadslagingen in de raadkamer nodig acht 'voor een wezenlijke, aan haar doel beantwoordende beraadslaging', zonder zich over de dissenting opinions uit te laten.

(1) Eindrapport van de Staatscommissie van Advies inzake de Grondwet en de Kieswet (1971) pag. 277/278.

Thans, ongeveer 50 jaar nadat Fockema Andreae de eerste zwaluw uitzond, zal het probleem dan door de Nederlandse Juristenvereniging worden besproken.

§ 2. Buitenland

Na de recente artikelen van Winkel en Leyten is het van algemene bekendheid dat vele landen in verschillende vormen inbreuken op het geheim van de raadkamer toestaan. Deze inbreuken kunnen in beginsel bestaan uit:

1. openbaarheid van beraadslaging en stemming (welke openbaarheid verwezenlijkt kan worden hetzij
 - a. door publiek hierbij toe te laten, hetzij
 - b. door achteraf een proces-verbaal (notulen) van de beraadslaging en stemming aan de openbaarheid prijs te geven);
2. publikatie van het stemresultaat in het vonnis, al dan niet met vermelding van namen;
3. afzonderlijke schriftelijke verantwoording (motivering) door de verschillende rechters van hun standpunt. (1)

Een [nagenoeg (2)] absoluut geheim van de raadkamer geldt in *Frankrijk* en in een aantal andere landen, die, evenals wij, door Frankrijk beïnvloed zijn: *België* en *Italië*. (3) Dit absolute geheim van de raadkamer gaat terug op het kanonieke recht. Het is na de Franse revolutie

(1) Wij zullen hier niet behandelen de vraag of, onder verplichting van geheimhouding, nog andere personen dan de rechters bij de beraadslaging in raadkamer aanwezig mogen zijn. Zie hierover recentelijk: Kurt H. Nadelmann, *Due Process of Law before the European Court of Human Rights: the Secret of Deliberation*, 66 *Am. J. Int. Law* (1972) pag. 509 e.v. en Ruth Bader Ginsburg - Anders Bruzelius: *Civil Procedure in Sweden*, The Hague 1965, pag. 110.

(2) Leyten, pag. 700 wijst erop dat, strikt genomen, het raadkamergeheim pas absoluut is, als er niet meer bekend wordt gemaakt dan de beslissing (het dictum). Reeds de motivering is een inbreuk op de absolute geheimhouding.

(3) Zie voor *Frankrijk*: Fockema Andreae, pag. 13 e.v.

Kurt H. Nadelmann, *The Judicial Dissent*, 8 *Am. J. Comp. Law* (1959) pag. 422 e.v.; Dalloz, *Répertoire de Procédure Civile et Commerciale*, Tome II, Paris 1956, sub voce Jugement nos. 38-40; Jean-Pierre Chaudet: *Les Principes Généraux de la Procédure Administrative Contentieuse*, Thèse Rennes 1967, pag. 484; Zie ook Cour d'Appel de Nancy 16.5.1968, D 1968. 519, een vonnis vernietigend waarin werd gezegd dat het met eenparigheid van stemmen was gewezen.

De enige wettelijke bron van geldend recht, waarin geheimhouding expliciet

gedurende ruim één jaar afgeschaft geweest (voor strafprocessen wat langer) en vervangen door een systeem van openbare beraadslaging na kortstondig dossier-onderzoek in afzondering. Omdat de ervaringen hiermee niet gunstig waren, is het geheim van de raadkamer echter bij de Constitutie van 1795 opnieuw ingevoerd.⁽¹⁾

Een ander land waarin het geheim van de raadkamer op deze absolute wijze geldt is *Oostenrijk*.⁽²⁾

In *West-Duitsland* is de situatie wat ingewikkelder. Over het algemeen geldt ook hier het (nagenoeg) absolute geheim van de raadkamer,⁽³⁾ maar er hebben zich ontwikkelingen voorgedaan die een uitvoeriger beschrijving rechtvaardigen.

Op het strikte geheim van de raadkamer bestond al geruime tijd een uitzondering voor het Verfassungsgerichtshof van Beieren, waar de overstemde rechters hun afwijkende mening aan het arrest mogen toevoegen. Deze afwijkende meningen worden met het arrest gepubliceerd, zij het zonder naamsvermelding. Wie daarvoor belangstelling heeft, kan evenwel bij het Hof inzage krijgen van de minuten, waarin de namen wel vermeld zijn. Het Hof heeft van zijn recht overigens slechts spaarzaam gebruik gemaakt.⁽⁴⁾ Voorts heeft het Staatsgerichtshof van Bremen zich bij een paar aangelegenheden het recht aangenomen om afwijkende meningen te publiceren door wat veeleer als arrest zou moeten worden beschouwd (waarbij dissenting opinions niet waren toegestaan) aan te merken als een 'Gutachten', waarbij publi-

wordt geëist, is het eedsformulier van de rechters, art. 6 van de Ordonnance no. 58-1270 (22 décembre 1958);

voor *België*: R. van Lennep, *De Geheimhouding*, Antwerpen 1950, pag. 256 e.v.; art. 780 Gerechtelijk Wetboek (a contrario);

voor *Italië*: Fockema Andreae, pag. 16; Kurt H. Nadelmann t.a.p. pag. 424, en Non-disclosure of Dissents in Constitutional Courts: Italy and West Germany, 13 *Am. J. Comp. Law* (1964) pag. 268 e.v.; Mauro Cappelletti - Joseph M. Perillo, *Civil Procedure in Italy*, The Hague 1965, pag. 243; wel zijn er in Italië stemmen opgegaan vóór de toelating van de dissenting opinions (zie Nadelmann, 13 *Am. J. Comp. Law* (1964) pag. 269 e.v.).

(1) Zie Fockema Andreae pag. 13 e.v.; Leyten pag. 703; Nadelmann, 8 *Am. J. Comp. Law* (1959) pag. 422 e.v..

(2) Zie § 413 ZPO, § 14 JN jo. § 219 I ZPO; § 257 en § 272 S.P.O..

(3) Heyde, *Diss.* pag. 115 e.v.; Zweigert pag. D 14 e.v.; Heyde, *Jahrbuch* pag. 204 e.v.; Zie ook Fockema Andreae pag. 22 e.v., die vermeldt dat reeds in de jaren 1920 en 1930 verscheidene schrijvers hebben gepleit vóór beperking van het geheim van de raadkamer.

(4) Heyde, *Diss.* pag. 114; Zweigert pag. D 14; Heyde, *Jahrbuch* pag. 210 e.v..

katie van afwijkende meningen geoorloofd is. (1) Het ging in deze gevallen om politiek zeer geladen kwesties.

Voor de volledigheid moet verder worden vermeld dat bij een paar minder belangrijke procedures in Beieren en Rijnland-Pals de stemverhouding moet worden gepubliceerd. (2)

Hetzelfde is de Tweede Senaat van het Bundesverfassungsgericht in 1967 gaan doen. Al eerder hadden beide senaten en ook het gerecht als geheel in een aantal gevallen de stemverhoudingen en zelfs de daaraan ten grondslag liggende motiveringen in de uitspraak weergegeven. Dit alles werd geoorloofd geacht, omdat de wet het verbod om uit de (geheime) raadkamer te klappen niet oplegt aan het gerecht als zodanig maar aan de individuele rechters. (3)

Deze ontwikkelingen liepen enigszins vooruit op de resultaten van een sinds de tweede wereldoorlog steeds sterker wordende beweging om, althans bij het Bundesverfassungsgericht, aan de overstemde meerderheid openbaarmaking van afwijkende meningen toe te staan. Hoewel daarover reeds is gesproken bij de instelling van het Bundesverfassungsgericht, durfde men het toen nog niet aan uit angst, dat het gezag van het nieuwe gerecht erdoor aangetast zou worden. In de jaren 1960/1961 kwam het onderwerp opnieuw aan de orde bij de behandeling van het 'Deutsche Richtergesetz'. Pogingen om daarin de dissenting/concurring opinion te doen opnemen leden evenwel schipbreuk. Een en ander leidde echter tot hernieuwde aandacht voor dit onderwerp in het 'Schrifttum', (4) tenslotte culminerend in een behandeling op de 47. Deutsche Juristentag (1968). Als preadviseur trad op de bekende hoogleraar Konrad Zweigert, terwijl de 'Bundesrichter' Rudolf Pehle en de 'Bundesverfassungsrichter a.D.' Ernst Friesenhahn referaten hielden. De vergadering sprak zich met een zeer grote meerderheid uit voor de invoering van de dissenting/concurring opinion, in ieder geval bij de hoogste rechtscolleges.

Reeds in 1967 had trouwens het Bundesverfassungsgericht zich met 9:6 stemmen uitgesproken vóór het mogelijk maken van de publicatie van afwijkende meningen. Dit alles heeft eind 1970 geleid tot een

(1) Heyde, *Diss.* pag. 145 e.v.; Karl Arndt, *Nachlese zur dissenting opinion, Ius Privatum Gentium (Festschrift für Max Rheinstein)* 1969, I pag. 128 e.v.; dezelfde, 47 *Deutscher Juristentag* pag. R 103/4; Heyde, *Jahrbuch* pag. 211 e.v..

(2) Zweigert pag. 14.

(3) Heyde, *Jahrbuch* pag. 214 e.v..

(4) Zie de literatuur vermeld bij Zweigert pag. D 53 e.v. en het overzicht bij Heyde, *Diss.* pag. 137 e.v..

wijziging van de wet over het Bundesverfassungsgericht, waarbij bepaald werd dat de leden hun van de meerderheid afwijkende mening in een bij de uitspraak te voegen 'Sondervotum' mogen neerleggen, en dat de senaten van het Bundesverfassungsgericht voortaan de stemverhouding in de uitspraak mogen vermelden (art. 30 lid 2 BVerfGG).⁽¹⁾ Van de mogelijkheid om een afzonderlijk oordeel af te geven heeft het hof sindsdien regelmatig gebruik gemaakt. De eerste Abweichende Meinung dateerde al van 15 december 1970, zes dagen vóór de datum van de wetswijziging.

Niet onverwacht is ook in *Scandinavië* de openheid groter dan bij ons. Slechts *Finland* maakt hierop een uitzondering.⁽²⁾ In *Zweden* bevat de uitspraak zelf weliswaar geen vermelding van het stemresultaat of van afwijkende meningen, maar deze beide worden wel opgenomen in het openbare protokol. Bovendien kan de overstemde rechter in het officiële vonnis naar dit protokol verwijzen door achter zijn ondertekening te zetten 'se prot.' (zie protokol). De dissenting en concurring opinions plegen in de jurisprudentie achter de uitspraak te worden afgedrukt.⁽³⁾ Opmerkelijk is dat, ondanks het bestaan van dissenting opinions, de wijze van motiveren van de Zweedse hoven zeer lang een beknopt, strak karakter heeft behouden, vergelijkbaar met de arresten van onze eigen Hoge Raad en van de Franse Cour de Cassation. Wel is hierin sinds de invoering van het nieuwe procesrecht na de Tweede Wereldoorlog enige verandering gekomen, maar dit geschiedde veel eerder onder de invloed van wensen van de wetgever dan van het bestaan van de dissenting opinions,⁽⁴⁾ en ook na die verandering hebben de beslissingen meer gelijkenis behouden met bijvoorbeeld de arresten van onze Hoge Raad dan met die van Engelse of Amerikaanse rechterlijke colleges.

Noorwegen heeft in 1864 bij zijn Hoogste Gerechtshof een stelsel ingevoerd dat sterk doet denken aan het Engelse stelsel (seriatim opinions),

(1) Wijzigingswet 21.12.1970 (Bundesgesetzbl. I.S. 1765) uitgewerkt in de Verfahrensordnung van 9.2.1971. Vgl. over dit alles: Heyde, *Jahrbuch*; L. Prakke, *Toetsing in het Publiekrecht*, diss. Un. v. Amsterdam 1972, pag. 134.

(2) Tauno Tirkkonen, *Das Zivilprozessrecht Finnlands*, 1958, Ius Finlandiae nr. 3 (serie D), pag. 17 en 50; Zweigert pag. D 490.

(3) Ruth Bader Ginsburg - Anders Bruzelius, (vertaling van) *The Swedish Code of Judicial Procedure*, London 1968, artt. 4: 11, 5:5, 6:3, 17:7, 17:9, 30:5, 30:8; Ruth Bader Ginsburg - Anders Bruzelius, *Civil Procedure in Sweden*, The Hague 1965, pag. 39/40; Zweigert pag. D 49.

(4) Zie J. Gillis Wetter, *The Styles of Appellate Judicial Opinions*, Leyden 1960, pag. 16 e.v., 79 e.v..

zij het dat in de praktijk doorgaans slechts de eerste rechter een volledige motivering van zijn oordeel geeft en de volgende rechters zich hierbij aansluiten. (1) In *Denemarken* heeft het echter tot 1937 geduurd voordat publikatie van afwijkende meningen werd mogelijk gemaakt. Pas sinds 1958 worden ook de namen van de tot de meerderheid en minderheid behorende rechters bekend gemaakt. (2) Ook in *Denemarken* doet zich het verschijnsel voor dat de motivering van de uitspraak een beknopt, zeer concies karakter heeft behouden. (3)

Griekenland tracht het probleem in zijn Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van 1968 (art. 315) op te lossen door voor te schrijven dat de voornaamste minderheidsmening in de vorm van gronden voor twijfel wordt weergegeven in de motivering van de uitspraak en in het proces-verbaal van de beraadslaging (welke niet openbaar is). De wet bevat verder uitvoerige regels om te zorgen dat niet meer dan twee meningen overblijven. (4)

Rusland (U.S.S.R.) geeft in art. 16 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering van 1964 aan de overstemde rechter de mogelijkheid om zijn afwijkende mening in geschrifte bij het dossier te voegen. Deze afwijkende mening wordt evenwel niet bij de uitspraak bekend gemaakt. (5)

Zwitserland, het land van het referendum, kent ook in de rechtspraak een instituut dat men verder zelden tegenkomt en dat reminiscenties bewaart aan de Germaanse volksvergaderingen: de volstreckte openbaarheid van de beraadslaging en stemming. Nadat deze voorbij zijn,

(1) Zie J. Andenaes and H. Kvamme, *Reasons for differences of opinion on questions of law: an analysis of dissenting opinions in the Norwegian Supreme Court*, 15 *Scandinavian Studies in Law* (1971) pag. 31 e.v.; E. Hambro, *Opinions individuelles et dissidentes des membres de la Cour internationale de justice*, 34 *Nordisk Tidsskrift for International Ret* (1964) pag. 183; Fockema Andreae, pag. 44 e.v. (zeer uitvoerig over de totstandkoming); ook bij de lagere rechtspraak worden afwijkende oordelen gepubliceerd, vgl. de dissenting opinion van een arts/leerechter, vermeld door Mr. M. de Boer, *NJB* 1972 pag. 981.

(2) Heyde, *Diss.* pag. 81 e.v.; Zweigert pag. D 49; Fockema Andreae pag. 43 e.v..

(3) Zie William von Eyben, *Judicial Law Making in Skandinavia*, 5 *Am. J. Comp. Law* (1956) pag. 112; Wetter, a.w., pag. 29, beschrijft de situatie als volgt: 'in the Højesteret, each judge delivers an opinion which is not published but is available for study, and the report presents only an abstract of the reasons deemed controlling.'

(4) Zie de Duitse vertaling van het wetboek van Dr. Gottfried Baumgärtel en Dr. G. Rammos, Köln 1969.

(5) Zie de vertaling van A. K. R. Kiralfy, *The Civil Code and the Code of Civil Procedure of the R.S.F.S.R.* 1964, Leyden 1966.

wordt evenwel slechts één vonnis of arrest opgesteld, waarin ook de stemverhouding niet wordt vermeld. Dissenting en concurring opinions zijn niet toegestaan. Het is ook geen uitzondering dat de motivering van het uiteindelijke vonnis aanzienlijk afwijkt van het beeld dat tijdens de openbare beraadslaging ontstond. (1) In feite betekent deze openbaarheid niet méér dan dat publiek (en dus ook partijen) en pers bij de beraadslagingen aanwezig mogen zijn en dat er dus af en toe eens wat over verschijnt in de krant. Er worden evenwel geen processen-verbaal van deze beraadslagingen gepubliceerd en men kan dan ook niet zeggen dat de rechtswetenschap profiteert van de openbaarheid.

Dit stelsel is in de 19e eeuw ingevoerd in de kantons Bern, Waadt, Basel-Land, Solothurn, Schaffhausen, Zürich, Neuenburg, Basel-Stadt, en – in 1913 – Luzern. (2) Men bepleitte de invoering doorgaans met het argument dat een grotere publieke controle wenselijk was ter versterking van het vertrouwen van het publiek in de rechterlijke macht. In een aantal kantons heeft men wel invoering van dit stelsel overwogen, maar zijn de betreffende voorstellen verworpen (St. Gallen, Glarus, Aargau en Graubünden). In het kanton Waadt is men later weer grotendeels van het stelsel teruggekomen. (3) In Neuenburg mogen de rechters zich eerst voor geheime consultatie terugtrekken in de raadkamer. Wat dan nog overblijft, doet sterk denken aan het Engelse en Noorse systeem van 'seriatim opinions'. (4)

Ook bij het Tribunal Fédéral te Lausanne zijn in civiele zaken de beraadslagingen en stemmingen openbaar. (5)

In Engeland doet in de meervoudige colleges (hoofdzakelijk het House of Lords en de Court of Appeal) iedere rechter een eigen uitspraak ('seriatim opinions'). (6) De uitspraak van het college is de som van de

(1) Max Imboden in de bundel 'Verfassungsgerichtbarkeit in der Gegenwart'. Internationales Kolloquium Max Planck Institut für ausländisches öffentliches Recht und Völkerrecht, Köln 1962, pag. 522.

(2) Wel gold de invoering niet steeds voor alle gerechten.

(3) Zie over dit alles Arnold Morf, *Das Prinzip der Öffentlichkeit in der Schweizerischen Zivilrechtspflege*, Dissertation Zürich 1951, pag. 19 e.v., 28 e.v.; Fockema Andreae pag. 35 e.v..

(4) Morf a.w. pag. 37-38, die dit systeem zeer aanbeveelt. Volgens Nadelmann, 8 *Am. J. Comp. Law* (1959) pag. 416, heeft Turkije ook dit deel van het recht van Neuenburg (Neuchâtel) overgenomen.

(5) Loi fédérale d'organisation judiciaire 1943, art. 17; zie ook art. 13 van het Règlement du Tribunal Fédéral. Morf, a.w. pag. 79 e.v..

(6) Fockema Andreae pag. 32 e.v.; Leyten pag. 703 e.v.; *Halsbury's Laws of England*, 3d Ed., Vol. 9, 1954, pag. 372; Lord Justice Cohen, *Jurisdiction, Practice*

uitspraken der leden. Zonder vooroverleg geschiedt dit overigens niet. In het (Appellate Committee of the) House of Lords worden de 'speeches' uitvoerig in stilte en in overleg met de overige leden van het college voorbereid. In de Civil Division of the Court of Appeal wordt meestal terstond na de mondelinge behandeling uitspraak gedaan, maar ook hier steken de rechters eerst de hoofden bij elkaar – letterlijk, naar niet onaardig is beschreven door Lord Justice Asquith in de volgende passage:

'The three put their heads together – in a purely geographical as well as a metaphorical sense (I have known the physical impact of skull on skull) – they put their heads together to see if they can agree whether the respondent is to be called on, or whether judgement should be reserved or given forthwith, or, in the latter case, on what lines it should proceed. But the colloquy is embarrassed, hurried, furtive and transacted in an exchange of stage whispers which the whisperers hope rather than believe will not be overheard in Counsel's front row.' (1)

Het komt wel vrij vaak voor dat slechts een of twee van de rechters een volledige opinion geeft, waarbij de andere leden van het college zich aansluiten, al dan niet onder toevoeging van een paar eigen opmerkingen. Toch voelt men het als een probleem dat uit een dergelijke serie opinions vaak moeilijk een algemene 'ratio decidendi' valt op te maken. (2)

Een uitzondering vormde tot voor kort het Judicial Committee of the Privy Council. Dit oordeelde over de beroepen van de oude dominions in de vorm van een advies aan de Kroon. Aangezien de Kroon niet met twee tongen kon spreken en men vond dat de Kroon daarom één, duidelijk advies moest krijgen, hadden de leden van de Privy Council niet de vrijheid om eventuele van de meerderheid afwijkende meningen te doen blijken. (3) De leden waren echter hiermee niet gelukkig en in

and Procedure of the Court of Appeal, 11 *Cambridge Law Journal* (1951) pag. 11; Zie voor de historie; Karl M. ZoBell, Division of opinion in the Supreme Court: a history of judicial disintegration, 44 *Cornell Law Quarterly* (1958-1959) pag. 187 e.v..

(1) *Journal of the Society of Public Teachers of Law*, 1950, N.S. 1, 1947-1951, pag. 354-355.

(2) Vgl. Asquith, t.a.p. pag. 357 e.v..

(3) ZoBell t.a.p. pag. 188.

1966 is hun daarom toegestaan om desgewenst dissenting opinions af te geven. (1)

Slechts bij de Criminal Division of the Court of Appeal is het recht om een afzonderlijk oordeel te geven aan sterke beperkingen onderworpen. Dit recht bestaat alleen als het gaat om een rechtsvraag en de voorzitter van de kamer het 'convenient' oordeelt dat ieder lid een eigen oordeel geeft. (2)

In de *Verenigde Staten van Amerika* zijn de beraadslagingen in de raadkamer geheim (3) en wordt in beginsel de uitspraak (judgment) van het college geschraagd door één 'opinion' (4) waarin de motivering van de uitspraak wordt gegeven. Evenwel kunnen de rechters die het niet eens zijn met hetzij de uitspraak, hetzij de motivering, daarvan blijk geven in resp. een 'dissenting' en een 'concurring opinion' die bij het arrest wordt gepubliceerd. Zij kunnen ook volstaan met een simpele notitie 'Mr. X dissents' of 'Mr. Y concurs in the judgment', of zich voegen bij een dissenting of concurring opinion van een collega. De stemverhoudingen plegen steeds te worden weergegeven evenals de naam van de auteur van de 'majority opinion'. (5) Deze praktijk geldt voor alle soorten zaken en is in zwang bij alle 'appellate courts'. De wijze waarop en de mate waarin van deze rechten gebruik wordt gemaakt verschillen van college tot college en van tijd tot tijd. In het bijzonder bij de U.S. Supreme Court is in de loop van deze eeuw een constante toeneming van het aantal afzonderlijke opinions te zien geweest, die

(1) Zie Edward McWhinney, *Judicial Review*, 4th ed., 1969 pag. 226 en pag. 54; dezelfde, *Judicial Concurrences and Dissents: A Comparative View of Opinion-writing in Final Appellate Tribunals*, 31 *Canadian Bar Review* (1953) pag. 596 e.v.; 'Judicial Committee (Dissenting Opinions) Order 1966' van 4 mei 1966 (Zie *Statutory Instruments 1966*, part I, pag. 1100).

(2) Criminal Appeal Act 1966, section 2 (4).

(3) Al vat men de eis van geheimhouding, ook afgezien van het in de tekst gestelde, wat minder strikt op dan in Nederland gebruikelijk is. Vgl. bijv. de studie van Alexander M. Bickel, *The Unpublished Opinions of Mr Justice Brandeis*, The University of Chicago Press, 1967. Een dergelijke studie over hetgeen zich in de jaren 1916-1939 achter de schermen van de Supreme Court heeft voltrokken is in Nederland met betrekking tot de Hoge Raad niet goed denkbaar.

(4) Lang niet altijd wordt een opinion geschreven. In de zogenaamde 'per curiam decisions' of 'memorandum opinions' wordt met een uitermate summiere motivering volstaan. Zie F. Reed Poore, *Cyclopedia of Federal Procedure* 3d ed. Vol. 14, 1965, § 68.115; *Minimal Standards of Judicial Administration*, ed. by Arthur T. Vanderbilt, 1949, pag. 443.

(5) Vgl. Fockema Andreae pag. 28 e.v.; Leyten, pag. 738 e.v.; Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, 2nd ed., 1968 pag. 200 e.v.; Rapport American Bar Association: *Internal Operating Procedures of Appellate Courts*, 1961, pag. 9 e.v., 19 e.v..

tot veel kritiek heeft geleid. (1) In het recente verleden hebben zich verscheidene zaken voorgedaan waarbij dit hof in feite is overgegaan tot het geven van 'seriatim opinions'. Zo werden bij een uitspraak over de doodstraf negen afzonderlijke opinions gegeven en bij een uitspraak of voor een jury-oordeel een meerderheid voldoende is, zes. Hier is ieder wezenlijk verschil met het Engelse stelsel teloor gegaan. Dat verschil schuilt immers hierin, dat in het Amerikaanse stelsel de rechterlijke colleges zoveel mogelijk pogen om hun meningen onder de noemers van één of hooguit twee opinions samen te vatten. Bij de thans heersende, diepgaande meningsverschillen in de Supreme Court schijnt men in veel gevallen deze pogingen op te hebben gegeven. (2)

Dit Amerikaanse stelsel is in het begin van de 19e eeuw bij de U.S. Supreme Court ingevoerd door de befaamde Chief Justice John Marshall. Voordien gold in Amerika het Engelse stelsel van seriatim opinions. Marshall evenwel was sterk doordrongen van de noodzaak om het gezag van het hoogste gerecht van de nieuwe staat te versterken door het zoveel mogelijk als een eenheid te doen optreden. Lange tijd sprak het hof inderdaad vrijwel steeds met één stem, tijdens de ambtsperiode van Marshall doorgaans die van de Chief Justice. Aanvankelijk bestond er in bepaalde kringen groot verzet tegen deze praktijk. Jefferson sprak van 'huddling up opinions in conclave'. De praktijk is echter succesvol gebleken en in onze eeuw ziet men meer kritiek op een teveel aan afwijkende meningen binnen de rechterlijke colleges dan op een teveel aan eenheid daarvan. (3) Het is overigens opvallend hoezeer de dissenting opinion in Amerika steeds een onderwerp van vaak felle discussies is gebleven. In de preadviezen zal dit nog aan de orde komen.

Vele Amerikaanse rechters hebben zich door hun dissenting en concurring opinions een grote naam verworven. Welhaast overbekend is, hoe de imposante rechter Oliver Wendell Holmes de geschiedenis is ingegaan als 'the great dissenter', dank zij het feit dat hij in een aantal uitnemend geformuleerde dissenting opinions heeft blijk gegeven van een toekomstvisie, die de meesten van zijn 'Brethren' in de Supreme

(1) Zie Percival E. Jackson, *Dissent in the Supreme Court, a Chronology*, The University of Oklahoma Press, 1969.

(2) Zie de jaarlijkse, zeer gedetailleerde overzichten van de Supreme Court-rechtspraak in de novembernummers van de Harvard Law Review.

(3) Vgl. R. Dean Moorhead, Concurring and Dissenting Opinions, 38 *American Bar Association Journal* (1952) pag. 821; ZoBell, 44 *Cornell Law Quarterly* (1958-1959) pag. 192 e.v..

Court van zijn dagen nog niet bezaten. (1) Zozeer sprak deze rechter tot de verbeelding dat over hem onder de titel '*Yankee from Olympus*' een biografische roman (of wellicht beter: romantische biografie) kon worden geschreven die een bestseller werd. (2) Door verscheidene schrijvers is dan ook de veronderstelling geuit dat zijn voorbeeld vele rechters heeft aangespoord tot het schrijven van dissenting en concurring opinions. (3)

Men verkrijge zich evenwel niet op de Amerikaanse Supreme Court. Het geprononceerde beeld van de leden van dit hof is voor een groot deel het gevolg van factoren die niet zonder meer inherent zijn aan het verschijnsel van de afzonderlijke opinion:

1. De Supreme Court is, in een constante samenstelling van negen man, de top van de rechterlijke macht in één van de grootste landen ter wereld;

2. De Supreme Court mag sinds 1925 zelf de zaken kiezen die hij wil behandelen (4); één van zijn voornaamste taken is voorts toetsing van wetten aan de U.S. Constitution. De Supreme Court is hierdoor in sterke mate een 'policymaking body';

3. De Amerikaanse rechter permitteert zich in zijn dissenting of concurring opinion een heel directe aanval op de majority opinion. Deze vorm leent zich zeer voor heldhaftige poses, maar ook tot alle uitwassen van dien.

Het Amerikaanse voorbeeld heeft veel landen beïnvloed. O.m. de landen van *Latijns-Amerika*, die hiermee zijn afgeweken van de Spaanse traditie van de strikt geheime raadkamer. (5)

De landen van de *Britse Commonwealth* volgen deels het Engelse systeem van 'seriatim opinions', deels het Amerikaanse stelsel van een majority en dissenting en concurring opinions dan wel min of meer tussenvor-

(1) Vgl. Leyten pag. 699.

(2) Catherine Drinker Bowen, *Yankee from Olympus*, 1943/1944, sindsdien in verschillende edities (ook pocket) tientallen malen herdrukt.

(3) ZoBell t.a.p. pag. 203.

(4) Men kan namelijk slechts in beroep bij de Supreme Court na verkrijging van een zgn. 'writ of certiorari'. De verzoeken daartoe worden door de Supreme Court summier bestudeerd en besproken in raadkamer. Het schijnt gebruikelijk te zijn, dat de stemmen van vier leden van het Hof voldoende zijn voor de beslissing om een 'writ of certiorari' af te geven.

(5) Nadelmann, 8 *Am. J. Comp. Law* (1959) pag. 421, noemt Mexico, Argentinië, Brazilië, Chili, Colombia, Ecuador, Peru, Uruguay, Venezuela, Cuba, Panama, Puerto Rico. Haïti en de Dominicaanse Republiek hebben volgens hem nog het Franse stelsel.

men tussen beide. (1)

Japan heeft na de Tweede Wereldoorlog voor zijn Hooggerechtshof goedgekeurd voor een stelsel van 'seriatim opinions'. (2)

Tenslotte verdienen nog enige internationale gerechtshoven bespreking, nl. het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, het Benelux-Gerechtshof, het Internationale Gerechtshof en het Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

Het verbaast (nog) niet dat bij het *Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen* het Franse stelsel van (nagenoeg) absolute geheimhouding is gevolgd. (3) Hetzelfde geldt voor het *Benelux-Gerechtshof*. (4)

Bij het *Internationale Gerechtshof* en het *Europees Hof voor de Rechten van de Mens* is daarentegen de anglo-amerikaanse invloed duidelijk merkbaar. In gelijke bewoordingen bepalen art. 57 van het Statuut van het Internationale Gerechtshof en art. 51 lid 2 van het Verdrag van Rome: 'If the judgment does not represent in whole or in part the unanimous opinion of the judges, any judge shall be entitled to deliver a separate opinion'. De reglementen van beide hoven werken een en ander nader uit door te bepalen dat de uitspraak het aantal rechters moet vermelden dat de meerderheid vormde, en dat iedere rechter desgewenst zijn 'individual opinion' aan de uitspraak mag toevoegen – of hij het nu met de meerderheid eens is of niet – dan wel een simpele verklaring dat hij het met de meerderheid niet eens is. (5)

(1) Zie het overzicht door McWhinney, 31 *Canadian Bar Review* (1953) pag. 595 e.v., en de volgende delen van de serie 'The British Commonwealth, the Development of its Laws and Constitutions' (general editor George W. Keeton): 6 – *The republic of India* (Alan Gledhill), 2nd ed. London 1964, pag. 167; 8 – *Pakistan* (Alan Gledhill), London 1957, pag. 120. Min of meer zoals U.S.A.: de Hooggerechtshoven van Australië, Ierland, India, Canada en Pakistan. Meer naar de Engelse kant: Zuid-Afrika, Nova Scotia Supreme Court (zie Wetter a.w. pag. 313); Vgl. over Ierland ook (enigszins anders) Nadelmann, 8 *Am. J. Comp. Law* (1959) pag. 416.

(2) Art. 11 van de wet rechtelijke organisatie van 1947; zie ook Shirô Kiyomiya in de bundel genoemd in nt. 1 van pag. 21, pag. 336.

(3) Zie artt. 32 en 33 van het Statuut, en 63 van het Reglement van het Hof. A. P. Sereni, Les Opinions Individuelles et Dissidentes des Juges des Tribunaux Internationaux, 68 *Revue Générale de Droit International Public* (1964) pag. 844, wijst als reden aan de wens om het gezag van het Hof niet door het blijken van tegenstellingen tussen de leden te verkleinen.

Zie voorts Winkel pag. 411.

(4) Art. 12, lid 6 van het verdrag van 31 maart 1965, *Trbbl.* 1965–71. De toelichting gaat niet op dit punt in.

(5) Zie artt. 79 en, voor advisory opinions, 90 (vroeger 74 en 84) van het Reglement van het Internationale Gerechtshof en art. 50 van het Reglement van het

De regeling bij het *Internationale Gerechtshof* is een voortzetting van die, welke gold voor het *Permanente Hof van Internationale Justitie*, behalve dat de regel dat de stemverhouding steeds wordt weergegeven pas sinds 1946 geldt. Fockema Andreae heeft in 1934 reeds uitvoerig geschreven over de ontstaansgeschiedenis ervan.⁽¹⁾ In beide hoven is van het recht om afzonderlijke opinions te schrijven veel gebruik gemaakt. Opvallend is echter dat dit gebruik sinds de Tweede Wereldoorlog nog aanzienlijk is toegenomen. Hambro heeft in 1964 vergelijkenderwijs naast elkaar gesteld dat bij de uitspraken van het Permanente Hof de majority opinions 1390 bladzijden in beslag namen en de separate opinions 910, terwijl deze getallen in de tot 1962 gepubliceerde uitspraken van het Internationale Gerechtshof resp. 760 en 2050 bedroegen.⁽²⁾ Daarbij moet dan nog bedacht worden dat de majority opinions een weergave van de feiten moeten bevatten, en de dissenting opinions niet.

§ 3. Openbare beraadslaging en 'seriatim opinions'

In het overzicht van het buitenlandse recht komen twee vormen van afwijking van het geheim van de raadkamer voor, waaraan we in deze paragraaf enkele opmerkingen zullen wijden, om ze verder buiten de discussie te houden: het 'Zwitserse' stelsel van de openbare beraadslaging en het 'Engelse' stelsel van de 'seriatim opinions'.

Wanneer we niet wisten dat in een zo met de onze vergelijkbare samenleving als de Zwitserse de openbaarheid van de beraadslagingen in raadkamer een aanvaard instituut is, zouden de meesten onzer de praktische onmogelijkheid van een dergelijk systeem vanzelfsprekend achten. Het lijkt een goede les voor wie te gemakkelijk andere dan de eigen oplossingen als onmogelijk beschouwt.

Maar het feit dat in Zwitserland de rechtspraak kan werken met openbaarheid van de raadkamer, wil natuurlijk nog niet zeggen dat invoering ervan in Nederland gewenst is. Wij menen van niet. Een van de

Europese Hof voor de Rechten van de Mens.

(1) Zie pag. 9 e.v., 60 e.v..

Zie ook R. P. Anand, Role of individual and dissenting opinions in international adjudication, 14 *International and Comparative Law Quarterly* (1965) pag. 794 e.v..

(2) Hambro, a.w. (zie nt. 1 van pag. 20), pag. 188 e.v.; zie ook Anand, a.w. pag. 788 e.v. en Sereni, a.w. pag. 850 e.v.; A. M. Stuyt, Dissenting opinion, *NJB* 1972 pag. 823 e.v..

grote voordelen van de collegiale rechtspraak is, dat in discussie tussen meerdere rechters hun standpunten worden gevormd, zodat er een meerderheidsstandpunt uit groeit. Daarbij is het van belang dat met openheid naar de argumenten van de anderen wordt geluisterd, dat men bereid is tijdens de discussie óm te gaan. Openbaarheid van de beraadslagingen, als ze reëel is, zal die openheid en die bereidheid alleen maar kunnen schaden. Daartegenover staat geen noemenswaardige winst.

Wat het Engelse stelsel van de 'seriatim opinions' betreft: hier gaat het – zoals in het voorgaande al is toegelicht – om die vorm van collegiale rechtspraak waarbij de uitspraak van het college niet anders is dan de gecombineerde standpunten van de individuele rechters. Voorafgaand overleg van de rechters is hierbij niet nodig. Vindt het toch plaats dan zal dat zijn om de mogelijkheid na te gaan of een van de rechters voor de andere leden van de meerderheid de opinion zal kunnen uitspreken, ter voorkoming van onnodige duplicatie. Hieruit blijkt dat het systeem van de seriatim opinions vloeiend overgaat in het systeem van meerderheidsopinions met de mogelijkheid van concurring en dissenting opinions. Hóe vloeiend, bewijst de Amerikaanse ontwikkeling vanuit het Engelse systeem, en bewijzen ook de voorbeelden uit de recente rechtspraak van de U.S. Supreme Court, waar door een zeer uitgebreid gebruik maken van concurring opinions een resultaat wordt bereikt dat vaak praktisch op hetzelfde neerkomt als dat van de 'seriatim opinions'.

Ook van het systeem van de 'seriatim opinions' menen we dat het door weinig Nederlandse juristen als wenselijk voor ons land zal worden verdedigd. En tegen dit systeem kan met nog meer grond worden aangevoerd dat het ernstig afbreuk doet aan de meningsvorming door middel van discussie, wat een van de voordelen van collegiale rechtspraak kan zijn.

Bovendien wordt de precedentwaarde van rechterlijke beslissingen ondermijnd, als voor een zelfde beslissing een aantal min of meer uiteenlopende motiveringen van individuele rechters wordt gegeven. Ook bij een intensief gebruik van de mogelijkheid van concurring opinions gaat dat bezwaar zich voordoen. We zien dan ook, dat hierover juist in later jaren zowel in Engeland als in de Verenigde Staten regelmatig geklaagd wordt.

Ter verdediging van het Engelse systeem heeft men wel aangevoerd dat het tijdbesparend werkt: de rechters kunnen immers hun beslissing geven zonder het eerst, althans in meerderheid, met elkaar eens te

worden. (1) Dit lijkt ons, waar de oorzaken van vertragingen in het procederen niet liggen in de tijd die rechterlijke colleges nemen om tot hun beslissing te komen, althans voor Nederland nauwelijks een serieus argument.

Waar in de verdere discussie de argumenten voor en tegen het systeem van dissenting opinions zullen worden besproken, wordt dan ook uitsluitend gedacht aan het systeem, waarbij één opinion voor de meerderheid wordt uitgebracht.

(1) J. Stone, *Legal system and lawyer's reasoning* (1964), pag. 254

Inleidende opmerkingen

Als ergens rechtsvergelijking nut kan hebben, dan is het bij een onderwerp als dat van de al of niet wenselijkheid van gepubliceerde 'dissenting opinions'. En dan vooral omdat ze iemand kan behoeden voor het al te makkelijk geloven in schijnbaar voor de hand liggende argumenten pro of contra. Zo is er geschreven dat het bekend maken van afwijkende opvattingen van individuele rechters wel zou passen bij 'case law' systemen, zoals het Engelse of Amerikaanse recht, maar niet bij gecodificeerde rechtsstelsels. Toch zien we de dissenting opinions ook in Latijns-Amerika en Scandinavië. Zo zou men verder kunnen denken dat het stelsel van de 'dissenting opinions' tot veel uitvoeriger motiveeringen moet leiden, maar we zien in Zweden, ondanks de dissenting opinions, een arrestenstijl die in beknoptheid niet onder doet voor die van de arresten van de Hoge Raad.

Interessant is ook, maar niet uitzonderlijk, dat zowel in landen waar men wél dissenting opinions kent, als daar waar deze niet zijn toegelaten, discussie is gevoerd over de wenselijkheid het bestaande systeem te veranderen, al schijnt die discussie maar zelden zeer heftig te zijn geweest. Voor zover dit tot wijziging leidde, schijnt dat een verandering te zijn geweest van de eerbiediging van het geheim van de raadkamer in de richting van het bekendmaken van de afwijkende meningen: in Noorwegen in de vorige eeuw, en in Duitsland recentelijk voor het Bundesverfassungsgericht. Men zou daar nog aan kunnen toevoegen de invoering in 1966 van de dissenting opinions voor de Privy Council in Engeland. Ook de landen van Latijns-Amerika zijn in de 19e eeuw onder invloed van de Verenigde Staten overgegaan op het stelsel van de dissenting opinions. Het is niet onmogelijk dat zich ge-

vallen hebben voorgedaan, waar de verandering de andere kant op ging, maar ik ken ze niet.

Aan de argumenten die in de discussies in Nederland en het buitenland zijn aangevoerd voor en tegen het op de een of andere manier loslaten van het geheim van de raadkamer, is het moeilijk nog nieuwe toe te voegen. Men vindt ze bij ons uiteengezet bij Fockema Andreae (1934) en in de recente beschouwingen van Winkel (1971) en Leyten (1972). Het enige wat men nu nog kan doen, is deze argumenten op eigen manier te groeperen en te wegen, en ook aan de 'eigenheid' daarvan zijn grenzen gesteld.

In een voorgaande (gemeenschappelijke) paragraaf is aangegeven, dat en waarom de mogelijkheden van openbare beraadslaging (het Zwitserse stelsel) en van de collegiale uitspraak als een samenstel van individuele meningen van de deelnemende rechters (hier voor het gemak als het Engelse stelsel aan te duiden) buiten de discussie zullen worden gehouden.

De afwijkingen van het thans geldende 'geheim van de raadkamer', die wèl in de discussie worden betrokken zijn:

1. publikatie van de stemverhouding, facultatief of verplicht;
2. publikatie van 'dissenting opinions' en van 'concurring opinions', met of zonder vermelding van de naam van de 'dissenter' (of 'concur-rer').

Het is duidelijk dat deze twee afwijkingen (met hun varianten) elkaar noch in- noch uitsluiten. Ook zullen niet alle argumenten pro of contra invoering van de ene afwijking hetzelfde gewicht hebben, als het gaat om invoering van de andere afwijking.

Voorts valt te bedenken dat invoering van de ene en/of de andere afwijking aanvaard zou kunnen worden voor alle gevallen van collegiale rechtspraak en voor alle daarin te geven beslissingen, zowel die omtrent het recht als die omtrent de feiten; maar dat zij ook – en dat weer voor iedere afwijking afzonderlijk te beoordelen – beperkt kan worden tot bepaalde rechtspraak en tot bepaalde beslissingen. Bij een beperking tot bepaalde rechtspraak kan men denken aan:

- a. alleen de rechtspraak van de gewone rechter, met daarbinnen nog de mogelijkheid van beperking tot bijvoorbeeld de rechtspraak in burgerlijke zaken;
- b. alleen de cassatierechtspraak;
- c. alleen de rechtspraak door voor het leven benoemde rechters.

Wat a betreft zou men natuurlijk ook kunnen opteren voor een be-

perking tot een of meer van de andere vormen van rechtspraak dan die van de 'gewone' rechter. In het volgende zal ik me hoofdzakelijk bezighouden met de al of niet wenselijkheid van invoering van een of beide van de bovengenoemde afwijkingen van het geheim van de raadkamer in de gewone rechtspraak.

Men kan de argumenten pro en contra de handhaving van het geheim van de raadkamer, zoals wij dat kennen, op verschillende manieren groeperen. Zelf stel ik me de volgende ordening van de materie voor:

1. argumenten in verband met de betekenis van het 'geheim' voor de rechters die aan de beslissing hebben meegewerkt;
2. argumenten in verband met de kwaliteit van de rechterlijke uitspraak;
3. argumenten in verband met de betekenis voor partijen;
4. argumenten in verband met de betekenis voor de rechtsorde (gezag van de beslissing en rechtszekerheid);
5. argumenten in verband met de betekenis voor de rechtsontwikkeling.

Los daarvan staat het argument, dat vermoedelijk wel het grootste gewicht in de schaal legt voor degenen die vast willen houden aan het bestaande stelsel: het argument van de traditie. Het is het argument dat Leyten in zijn uitstekende artikel in het *NJB* dan ook meende als eerste te moeten noemen: 'met een bezwaard hart [...] omdat dit argument niet te weerleggen valt'.⁽¹⁾ En omdat, kan men daaraan toevoegen, over het gewicht van dit argument niet te discussiëren valt. Als de discussie over al of niet invoering van dissenting opinions niet tot verandering van het bestaande recht zal leiden, zal dat dan ook, dunkt me, veel meer bepaald zijn door de kracht van de traditie, dan door de meer rationele argumenten die tegen het instituut van de dissenting opinions kunnen worden aangevoerd.

Het is niet anders dan in de landen met een traditie van 'dissenting opinions', waar 'any attempt by misguided but well-meaning reformers to suppress the judicial right to dissent would be met with howls of traditionalist protest, rationalized by claims that dissenting judgments are an aspect of freedom of speech'.⁽²⁾

(1) *NJB* 1972, blz. 734.

(2) L. Blom-Cooper and G. Drewry, *Final appeal, a study of the House of Lords in its judicial capacity*, Oxford, 1972, blz. 87.

Hierbij valt in de eerste plaats – ook historisch – te denken aan de betekenis voor de onafhankelijkheid van de rechter, zowel de onafhankelijkheid tegenover de administratie als die tegenover partijen en tegenover de publieke opinie.

We hebben al gezien dat bij de totstandkoming van art. 28 R.O. de regering een voorstel van een der afdelingen van de Kamer om het verbod van het openbaren van in de raadkamer geuite gevoelens te beperken tot de door de *andere* rechters geuite gevoelens, heeft verworpen met de motivering dat 'hetgeen bij de raadpleging voorvalt, behoort geheim te blijven, ten einde de rechters onafhankelijk kunnen te werk gaan, en niet aan het verwijt der partijen worden blootgesteld'. (1) In hoever in ons land, net als in Duitsland, (2) het geheim van de raadkamer in oorsprong er vooral toe heeft gestrekt, de onafhankelijkheid van de rechter tegenover de administratie te versterken, heb ik niet kunnen vaststellen. Onmogelijk lijkt het niet. Maar belangrijker is natuurlijk, hoeveel gewicht deze argumenten nu nóg bezitten voor het vasthouden aan art. 28 R.O.

Een sterk argument tegen dit beroep op 's rechters onafhankelijkheid in dit verband is natuurlijk, dat de „bedreiging" van de onafhankelijkheid, gelegen in het bekend worden van het door iedere individuele rechter ingenomen standpunt, minstens even sterk aanwezig is bij de rechtspraak door alleensprekende rechters: kantonrechter, politierechter, president in kort geding, enz. Voor zover ik weet speelt in de discussie over de *unus iudex* het argument van de onafhankelijkheid van de rechter geen rol, en het zou mij verbazen als onze rechtbankpresidenten, die regelmatig in kort geding over controversiële zaken moeten beslissen, in de bedreiging van hun onafhankelijkheid een reden zien om voor de kortgedingrechtspraak een uitbreiding tot collegiale rechtspraak te wensen.

Volledig weerlegd is daarmee het beroep op de onafhankelijkheid van de aan collegiale rechtspraak deelnemende rechters nog niet. Men zou immers kunnen redeneren, dat in de gevallen van rechtspraak door een '*unus iudex*' de daaraan verbonden voordelen geacht moeten worden zwaarder te wegen dan de mogelijke bedreiging van zijn onafhankelijkheid. Ik betwijfel of dit door de betrokkenen zelf zo gevoeld wordt.

(1) Hiervoor, pag. 10¹

(2) Zie Zweigert, pag. D 000.

De belangrijkste waarborg voor de onafhankelijkheid van de rechter tegenover de administratie ligt natuurlijk in zijn onafzetbaarheid. Maar via haar zeggenschap over promotie van rechters behoudt de administratie ongetwijfeld een mogelijkheid om te reageren op haar onwettige beslissingen. Het gevaar van deze mogelijkheid is vermoedelijk minder, dat de administratie er in Nederland gauw gebruik van zou maken (zeker niet bewust), maar dat individuele rechters met die mogelijkheid rekening houden. Welke betekenis heeft dit voor de toelating van dissenting opinions? Voor zover het om de dissenter zelf gaat, zeker geen enkele, zolang niemand hem verplicht tot het bekend maken van zijn afwijkende mening. Maar voor rechtbank en hof geeft de dissenter door het naar buiten brengen van zijn standpunt tevens aan, wie van de rechters aan de kant van de meerderheid stonden (bij de Hoge Raad kunnen twee dissenters dat bereiken).

Toch lijkt dit geen serieus argument tegen toelating van „dissenting opinions’. Als er gevaar bestaat dat individuele rechters zich op grond van hun promotiekansen geremd voelen in het vrijelijk bepalen van hun eigen standpunt, zou hun onafhankelijkheid veel reëler bedreigd worden door de rol die het advies van de presidenten der rechtbanken bij hun promotie kan spelen, dan door de incidentele mogelijkheid dat tengevolge van het bekend worden van de minderheidsopvatting tevens bekend zou worden, welke rechters aan een – de administratie onwettige – meerderheidsbeslissing hebben meegewerkt.

Het lijkt me dus, dat we het argument van de onafhankelijkheid van de rechter tegenover de administratie veilig terzijde kunnen leggen. Dat is natuurlijk nóg eviderenter voor dié rechterlijke posities, waar geen verdere mogelijkheid van promotie bestaat.

Wat de onafhankelijkheid van de rechter tegenover partijen betreft – het argument, op grond waarvan de regering in de vorige eeuw art. 28 R.O. niet wilde beperken tot het geheimhouden van de door de *andere* rechters geuite gevoelens – het lijkt me dat hieraan zeker voor onze huidige samenleving geen enkel gewicht kan worden toegekend.

Reëler zou die onafhankelijkheid bedreigd kunnen worden door vrees voor kritiek uit de samenleving. Als Star Busmann het geheim van de raadkamer rangschikt onder de ‘waarborgen voor onafhankelijkheid tegenover justiciabelen’, (1) zal hij dan ook wel vooral aan die mogelijkheid hebben gedacht.

Hoeveel invloed de verwachting van kritiek uit de maatschappij of

(1) *Hoofdstukken* 3e dr. 1972, no. 51, pag. 37.

van bepaalde groepen uit de maatschappij op de beslissing van rechters heeft, wordt uiteraard grotendeels bepaald door de persoonlijkheid van iedere individuele rechter, met name zijn gevoeligheid voor kritiek. Tussen de uitersten van aan de ene kant een volstrekte onverschilligheid voor kritiek, uit welke hoek en van welke omvang ook, en aan de andere kant een alles overheersende behoefte aan publieke bijval, bestaat een brede scala van nuances, nuances ook wat betreft het *soort* kritiek waarvoor men meer of minder gevoelig kan zijn. Maximaal is de rechterlijke onafhankelijkheid tegenover de justiciabelen bij het uiterste van de volstrekte onverschilligheid, maar de mogelijkheid van correctie door kritiek uit de samenleving wordt daar ook minimaal. Interesse voor de reacties uit de maatschappij is noodzakelijk, wil de rechtspraak niet het contact met de maatschappij verliezen.

Anderzijds is het natuurlijk ook essentieel dat de rechter de moed kan opbrengen onpopulaire beslissingen te nemen. Dit geldt heel duidelijk voor het strafrecht.

Ook zonder dissenting opinions staat de rechter bloot aan de invloed, die uitgaat van zijn verwachtingen omtrent hoe de maatschappij – of de groepen uit de maatschappij die hem interesseren – op een beslissing in deze of gene richting zal reageren. Maar een eventuele kritiek zal hem minder persoonlijk raken, als de critici niet weten, wie van het rechterlijk college wellicht tegen de beslissing heeft gestemd. In zover is de rechterlijke onafhankelijkheid inderdaad in zekere mate betrokken bij het niet bekend worden van de individuele rechterlijke standpunten in collegiale rechtspraak, al zullen waarschijnlijk die rechters die hierin een belangrijk argument zoeken tegen openbaarmaking van dissenting opinions, minder bezorgd zijn over de bedreiging van hun eigen onafhankelijkheid dan van die van de in hun ogen zwakkere broeders.

Het is overigens duidelijk dat de argumenten, ontleend aan de wenselijke onafhankelijkheid van de rechter, voor zover zij van betekenis zijn, alleen een rol kunnen spelen met betrekking tot het openbaren van een afwijkende mening met vermelding van de naam van de dissenter. Met publicatie van 'anonieme' dissenting opinions en met publicatie van de stemverhouding is de onafhankelijkheid van de rechter zeker niet gemoeid.

De onafhankelijkheid van de rechter kan nog op een andere manier in het geding zijn dan in zijn verhouding tot de administratie, tot partijen of tot de samenleving (de publieke opinie). Ik denk aan de

onafhankelijkheid van de individuele rechter *binnen zijn college*. Star Busmann (1) noemt als wettelijke waarborgen voor die onafhankelijkheid de uitsluiting van bloed- en aanverwanten tot in de derde graad (art. 10 R.O.) en de in art. 26 R.O. geregelde orde van stemmen bij de beraadslagingen: het jongste lid brengt het eerst zijn stem uit. Vooral de laatste 'waarborg' houdt verband met de onafhankelijkheid die ik nu op het oog heb. Binnen ieder college, binnen iedere groep, bestaat de mogelijkheid van de aanwezigheid van een dominerende persoonlijkheid naast meer volgzaam of minder strijdbare figuren. Dat domineren kan het gevolg zijn van een kwalitatief overwicht, maar ook van karakter, en van anciënniteit of hiërarchische positie (president). (2) Zolang het domineren uitsluitend het gevolg is van kwaliteit, is de onafhankelijkheid van de andere rechters niet in het geding. Maar het zou een miskenning zijn van de realiteit van menselijke verhoudingen om het bestaan van de andere door mij genoemde vormen van dominantie binnen wettelijke colleges te ontkennen. De rechter met een zwakkere persoonlijkheid of de gemakzuchtige, die spanningen liefst vermijdt, zal zich soms bij het oordeel van de dominerende rechter aansluiten, hoewel hij het eigenlijk meer eens is met de door een andere rechter naar voren gebrachte afwijkende opinie. Zou deze laatste zijn dissenting opinion naar buiten willen brengen, dan wordt de 'zwakke' rechter – en er zijn situaties waar maar weinig rechters niet wel eens zwak zouden kunnen zijn – scherper en onverbiddelijker voor de keus gesteld, en wordt zijn psychische afhankelijkheid jegens de dominerende rechter evenredig verminderd. In zover kan de mogelijkheid van dissenting opinions de onafhankelijkheid van de rechter binnen het college versterken.

De vraag van het toelaten van dissenting opinions is voor de rechter niet alleen van belang in verband met zijn onafhankelijkheid. Ook zijn individuele verantwoordelijkheid kan in de argumentatie worden betrokken. En dat op twee manieren. Enerzijds kan het bestaande stelsel ertoe leiden dat zijn individuele verantwoordelijkheid voor het eigen standpunt in de anonimiteit van de gezamenlijke beslissing wordt verdoezeld. Anderzijds kan hij naar buiten medeverantwoordelijk schijnen voor een beslissing waar hij zich met kracht tegen heeft verzet. Beide gedachten leveren argumenten op voor een althans ge-

(1) *Hoofdstukken* 3e dr. (1972) no. 51.

(2) Vgl. over de dominerende positie van de president in Duitse rechtscolleges Prof. L. Lautmann, *Hierarchie im Richterkollegium*, in *Zts. für Rechtspolitik* 1972, pag. 129 e.v.

deeltelijke doorbreking van het huidige geheim van de raadkamer. Wanneer men afziet van de door weinigen verdedigde mogelijkheid van een *verplichting* voor de minderheid om haar afwijkende mening naar buiten te brengen, pleit de eerste van de hiervoor genoemde gedachten eerder voor de invoering van publicatie der stemverhouding dan voor de mogelijkheid van dissenting opinions. Verplichte openbaarmaking van de stemverhouding noodzaakt tot uitdrukkelijke vaststelling van de stemverhouding, waardoor de individuele rechter de mogelijkheid wordt ontnomen zijn eigen standpunt voor zich zelf en voor de anderen in het vage te houden. Dit lijkt me inderdaad een reëel argument vóór deze afwijking van het bestaande systeem.

Het andere argument voor afwijking van het geheim van de raadkamer dat ik noemde, is dat van de medeverantwoordelijkheid naar buiten van de minderheid voor een meerderheidsbeslissing waar zij principieel tegen was. Het was het argument dat bij de totstandkoming van art. 28 R.O. is aangevoerd ter ondersteuning van de mogelijkheid voor rechters om hun eigen standpunt bekend te maken.

Tegen dit argument pleegt men aan te voeren dat het medeondertekenen van een uitspraak of de vermelding van de namen der rechters die er aan hebben medegewerkt de individuele rechters niet medeverantwoordelijk maakt voor de beslissing, omdat (bijna alle) uitspraken nu eenmaal met meerderheid van stemmen – dus niet eenstemmig – tot stand kunnen komen. Maar hiermee is het bezwaar niet weerlegd, in de eerste plaats al niet omdat maar een deel van de Nederlanders weet dat rechterlijke beslissingen niet eenstemmig tot stand behoeven te komen, (1) en in de tweede plaats – belangrijker – omdat deze weerlegging niet te combineren valt met het positieve argument dat vóór het huidige stelsel pleegt te worden aangevoerd: dat het voor het gezag van de rechterlijke beslissingen essentieel is dat zij als een eenheid tot de justiciabelen komt, niet verdeeld in een meerderheid en een minderheid.

Tenslotte nog een praktisch aspect van de toelating van dissenting opinions in haar betekenis voor de rechter: publicatie van de afwijkende mening gaat tijd kosten. Het lijkt alleen een argument – en dan nog van beperkte waarde – als men het bekend maken van de minderheidsmening verplicht zou gaan stellen.

(1) Zoals werd bevestigd door een zeer voorlopig en op bescheiden schaal onder leiding van Prof. P. Vinke uitgevoerd onderzoek, voor welk onderzoek ik graag mijn dank uitbreng aan Prof. Vinke en zijn medewerkers.

§ 2. *De betekenis voor de kwaliteit van de rechterlijke uitspraak*

Ik kom nu op de betekenis die onze vraag zou kunnen hebben voor de kwaliteit van rechterlijke uitspraken. Het kan daarbij praktisch alleen maar gaan om de vraag van het toelaten van dissenting opinions, niet om het vermelden van de stemverhouding.

Als ik spreek van de kwaliteit van rechterlijke uitspraken, denk ik nog niet aan het gezag dat er van uitgaat jegens partijen en jegens de justiciabelen. Dat punt komt later ter sprake.

Het bekend maken van minderheidsopvattingen zal er toe kunnen leiden, dat controversiële beslissingen – waarbij de controverse niet per se het dictum behoeft te betreffen – breder gemotiveerd worden. Het huidige stelsel werkt in de hand dat juist bij zulke beslissingen de motivering kort wordt gehouden. Bij het publiceren van een afwijkende mening met een sterke argumentatie zal de meerderheid zich daartegen af moeten zetten; zij zal die argumenten proberen te weerleggen of aangeven, waarom zij ondanks die argumenten toch tot een ander standpunt is gekomen. De betekenis van de beslissing als precedent – betekenis die in haar motivering ligt opgesloten – wordt daardoor scherper, en de uitspraak begrijpelijker.

Ook lijkt het niet onwaarschijnlijk dat de mogelijkheid van dissenting opinions het argumentenarsenaal van de rechter zal verruimen, en dat het ertoe zal leiden dat ook overwegingen die betrekking hebben op de sociale of economische betekenis van zijn beslissing meer naar buiten zullen komen. Er bestaat een traditie van gêne op dit gebied, die verhuut dat de gedachtenwereld van de rechter minder ver afstaat van die van de niet-juridische samenleving, dan in deze samenleving soms wordt gedacht.

Voor mij ligt in deze kans op duidelijker en completer motivering van 's rechters beslissingen, die van het bekend maken van de minderheidsmening te verwachten is, het sterkste argument voor invoering van een stelsel van dissenting opinions. Voor zover dat argument betrekking heeft op de precedentwaarde van rechterlijke beslissingen, heeft het de meeste betekenis bij de beslissingen van de Hoge Raad.

Kan als bezwaar tegen het stelsel van dissenting opinions worden aangevoerd, dat het zou leiden tot verarming van de discussie in de raadkamer, tot een minder luisteren naar elkaars argumenten? Voor een enkele rechter mag dit het geval zijn, maar daar staat tegenover dat juist de rechter die overweegt zijn minderheidsopvatting naar buiten te brengen, nog beter moet weten welke argumenten er voor

het meerderheidsstandpunt zijn aan te voeren. Bij dit alles bedenken men dat de minderheid er slechts zelden behoefte aan zal voelen haar standpunt naar buiten te brengen. Alléén wanneer het naar haar opvatting om een kwestie gaat die juridisch of met het oog op de praktische consequenties van wezenlijk belang is, zal daartoe aanleiding bestaan.

Een praktisch bezwaar dat in dit verband nog tegen het instituut van de dissenting opinions kan worden aangevoerd, is dat het vertragend zou kunnen werken op de rechtspraak. Dit bezwaar lijkt me te verwaarlozen. De colleges hebben het in de hand om ernstige vertragingen, voor zover die het gevolg zouden zijn van deze oorzaak, te voorkomen. De belangrijke vertragingen in de procesgang liggen niet in de periodes die er verlopen tussen het voldongen zijn van de zaak en de rechterlijke uitspraak. De mogelijkheid van dissenting opinions zal daar geen verandering in brengen.

§ 3. *De betekenis voor partijen*

In het gezag dat de rechterlijke beslissing *tegenover partijen* moet hebben, plegen de tegenstanders van de dissenting opinions een van hun sterkste argumenten te zoeken. Het gezag van de uitspraak van een rechterlijk college zou worden verzwakt als bekend zou worden dat in dat college een minderheid tegen die beslissing was en nog meer wanneer die minderheid haar afwijkende mening naar buiten brengt.

Dit bezwaar kan op verschillende wijzen worden gemotiveerd. In de eerste plaats kan men er van uit gaan dat partijen wel zullen menen dat rechterlijke beslissingen steeds eenstemmig worden genomen. Het gezag van de beslissing zou dan in zover op hoerenbedrog berusten, waarvan, zoals men weet, de latijnse vertaling 'pia fraus' is. Het is waarschijnlijk aan deze pia fraus dat Veegens dacht, toen hij schreef: 'Het is beter niet te roeren aan de bestaande fictie van een eenstemmig college die beantwoordt aan de behoefte van de rechtzoekende aan zekerheid'. (1)

Maar het kan ook zijn dat men de verzwakking van het gezag van de beslissing jegens partijen zoekt in het feit dat de mogelijkheid van

(1) *Cassatie in burgerlijke zaken* 2e dr. (1971), no. 146.

niet-eenstemmigheid door de publicatie van de stemverhouding of van een afwijkende mening in een zekerheid wordt omgezet.

Als men hier spreekt van het gezag van de beslissing, moet men doelen op de overtuigingskracht. Daarbuiten wordt het gezag van de beslissing immers bepaald door haar juridisch effect en haar aantastbaarheid door middel van rechtsmiddelen.

Voor de winnende partij is de overtuigingskracht van niet zoveel belang. Ik kan niet inzien dat zijn 'vertrouwen geschokt wordt', (1) door het bekend worden van het bestaan van een minderheidsopvatting, behalve misschien in die zin dat hij eerder bereid zal zijn tot een schikking met de verliezende partij die in appel gaat. Maar dat lijkt dan alleen maar gunstig.

Wat de verliezende partij betreft, is de overtuigingskracht die gelegen zou zijn in de fictie van een eenstemmig college, grotendeels een illusie. Grotendeels, niet helemaal. Het komt zeker voor, dat iemand procedeert of doorprocedeert omdat hij nou wel eens uitgemaakt wil zien of hij gelijk had. Een beslissing waarvan de niet-eenstemmigheid naar buiten wordt gebracht, zal dan inderdaad, zeker als de minderheidsopvatting sterk gemotiveerd is, minder overtuigingskracht voor hem hebben. Maar ik zie niet in waarom dat een wezenlijk nadeel is, zolang het juridische 'gezag' van de beslissing maar niet wordt aangetast. Omgekeerd zal het voor de verliezende partij juist veelal bevredigend zijn, dat zijn opvatting althans bij een minderheid van de rechters gehoor heeft gekregen, vooral ook omdat hij daardoor mag vertrouwen dat zijn argumenten de volle aandacht van het rechterlijk college hebben gehad.

Het is overigens goed om in dit verband te bedenken dat het openstaan van rechtsmiddelen tegen rechterlijke beslissingen een veel wezenlijker aantasting van hun gezag is, en dat niettemin slechts tegen een zeer klein percentage beslissingen hoger beroep wordt ingesteld en tegen een nog veel kleiner percentage beroep in cassatie. Zou het bekend worden dat een beslissing van de lagere rechter niet eenstemmig is genomen, ertoe leiden dat er meer gebruik gemaakt zal worden van rechtsmiddelen? Het lijkt hachelijk daarover iets te zeggen. Zoals het afzien van appel of cassatie door de in het ongelijk gestelde partij in de hand gewerkt kan worden door zijn onbekendheid met het bestaan van een minderheidsopvatting binnen het rechterlijk college, zo kan ook – ik merkte het al op – de bereidheid tot schikking bij de

(1) Veegens, *Cassatie* enz. 2e dr. (1971) no. 146.

winnende partij tegenover een verliezende partij die in appel is gegaan, worden vergroot wanneer die winnende partij weet dat de beslissing waarvan beroep niet eenstemmig was genomen. (1)

§ 4. *De betekenis voor de samenleving en de rechtsontwikkeling*

Wat het gezag van de rechterlijke uitspraken in de samenleving betreft, zal men een onderscheid moeten maken tussen de vraag van het gezag van rechterlijke uitspraken in het algemeen, en de vraag of een uitspraak van een verdeeld college met bekendmaking van het minderheidsstandpunt minder gezag heeft dan een rechterlijke uitspraak die niet vermeldt of zij eenstemmig dan wel met eenvoudige meerderheid van stemmen tot stand is gekomen.

Wat de eerste vraag betreft lijkt het moeilijk vol te houden dat de mogelijkheid van dissenting opinions of de verplichte vermelding van de stemverhouding het gezag van de rechtspraak in het algemeen zou verzwakken. Niets wijst erop dat het gezag van de rechtspraak in de landen waar het instituut van de dissenting opinions bestaat – Groot-Brittannië, Verenigde Staten, Skandinavië, landen van Latijns-Amerika – minder is dan in landen als Nederland of Frankrijk.

Voor het gezag van een individuele uitspraak zal het wél van betekenis kunnen zijn dat het rechterlijk college over de beslissing verdeeld blijkt te zijn. Maar evenzeer zal dan ook de *gebleken* eenstemmigheid van het college in een controversiële zaak er extra gezag aan kunnen geven. (2) Bovendien zal de vermindering van het gezag door het bekend worden van een afwijkende minderheidsopvatting afhangen van de kracht van de motivering van die minderheidsopvatting, van het gezag van de rechter die deze minderheidsopvatting verdedigt en van de vraag of het minderheidsstandpunt in de lijn van de ontwikkeling ligt zoals deze in de samenleving wordt beleefd, of juist eerder als een achterhoedegevecht zal worden gezien.

In zijn diesrede van 1971 is Jeukens nog een stap verder gegaan: 'Hoe paradoxaal het moge klinken: minder stellig uitgesproken zou een rechterlijk oordeel wel eens meer gezag kunnen krijgen'. (3) Het lijkt me noch onmogelijk noch zeker, maar ook al gaat men niet zover,

(1) Zie de ervaring medegedeeld door Oberlandesgerichtspräsident K. Arndt (1968), *Sitzungsbericht R*, blz. 103.

(2) Zie L. Prakke, *Toetsing in het privaatrecht* (1971), pag. 20.

(3) *Recht en politiek*, diesrede 1971, pag. 14.

dan nog kan in de kans op verminderd gezag geen deugdelijk argument worden gevonden voor de verwerping van de dissenting opinions.

Men kan het gezag van de rechterlijke uitspraak in de samenleving ook zien als een kwestie van rechtszekerheid. Hierop doelde vermoedelijk Trapman, toen hij in 1923 de mogelijkheid van dissenting opinions verwierp met: 'De praktijk verlangt hier zekerheid'. (1) Ik geloof niet dat 'de' praktijk - 'Welke?' ben ik dan altijd geneigd te vragen - in Engeland en Amerika minder zekerheid verlangt dan in Nederland, maar het zou natuurlijk kunnen zijn dat men in Engeland en Amerika eenvoudig niet beseft hoe men op een gemakkelijke manier meer zekerheid kan verkrijgen. Belangrijker lijkt me dan ook dat de rechtszekerheid die door rechterlijke uitspraken wordt verkregen, bepaald wordt zowel door de waarschijnlijkheid dat de rechter zich in latere gelijksoortige geschillen aan zijn eenmaal ingenomen standpunt zal houden, als door de duidelijkheid en toepasselijkheid van dat standpunt voor latere geschillen. Het kan inderdaad zijn dat een dissenting opinion de betrouwbaarheid als precedent van de betreffende beslissing vermindert. Maar dat wil dan nog niet zeggen dat de effectieve betrouwbaarheid van die beslissing, indien het bestaan van een afwijkende minderheidsopvatting niet naar buiten was gekomen, groter zou zijn geweest. Alleen de schijn van betrouwbaarheid kan daardoor mogelijk versterkt zijn. Anders gezegd: men heeft minder mogelijkheid om de precedentwaarde van de rechterlijke beslissingen te beoordelen. Niet de rechtszekerheid, maar een vals gevoel van zekerheid wordt er op zijn hoogst door versterkt.

Overigens, ik wees daar al op, zal de invloed van een dissenting opinion op de precedentwaarde van de meerderheidsbeslissing van allerlei omstandigheden afhangen. Vaak zal zij te verwaarlozen zijn. Het is in de meeste gevallen meer het karakter van de beslissing dan het aantal stemmen waarmee die beslissing is genomen, dat de precedentwaarde ervan bepaalt. Om het schoolvoorbeeld van het arrest van 1929 over de fiduciaire eigendomsoverdracht te nemen: of die beslissing eenstemmig is genomen dan wel met een 3 tegen 2 meerderheid: de Hoge Raad zal er in latere beslissingen niet licht van terug komen.

Bovendien zal een rechterlijk college dat verdeeld is over de juiste beslissing of de juiste motivering, in het huidige stelsel veelal naar een

(1) *R.M.* 1923, pag. 263.

formule zoeken die, door het accent te leggen op de feiten of door het gebruik van een vage weinig zeggende formule, weinig 'meerwaarde' van precedent bezit. (1)

Dit brengt me op de betekenis van de dissenting opinions voor de rechtsontwikkeling. Dat het naar buiten komen van afwijkende opvattingen bij uitspraken van de Hoge Raad enige stimulans kan zijn voor de rechtsontwikkeling, lijkt me niet onwaarschijnlijk. (2) Ongetwijfeld zal de wetenschap en zullen de annotatoren ervan genieten. Maar veel illusies moet men er zich mijns inziens ook weer niet van maken.

Conclusies

Aan het begin van deze katalogus van argumenten voor en tegen de dissenting opinions (en de bekendmaking van de stemverhouding) noemde ik als het zwaarst wegende argument tegen verandering van de bestaande toestand (in sommige kringen pleegt men hier een voorkeur voor het latijn te gaan voelen, door liever te spreken van de 'status quo'): het rationeel niet grijpbare maar daarom niet minder serieuze argument van de traditie. Rationeel even ongrijpbaar lijkt me de weerstand tegen – respectievelijk de voorkeur vóór – een meer naar buitenkomen van de individuele persoonlijkheid van rechters door het instituut van de dissenting opinions: onpersoonlijke of persoonlijke gezagsuitoefening. Er bestaat een sterke Nederlandse traditie van schroom in het exponeren van de individuele persoonlijkheid. Op het gebied van de gezagsuitoefening wordt deze schroom misschien nog versterkt door een soort van burgerlijk instinct dat iedere persoonlijke vorm van machtsuitoefening verdacht doet zijn: geen regering door mensen. En daartegenin de tendentie in later jaren om juist naar de mens achter de ambtsdrager te zoeken, voor een deel bepaald door de behoefte om de eigen angsten voor de anonieme overheid en haar machten te gaan beheersen. Ik geloof dat die voorkeuren en afkeren sterk irrationeel zijn, en irrationeel het wederzijdse wantrouwen op dit punt ten aanzien van elkaars motieven.

Als ik dan nu tot eigen conclusies moet komen, is dat zonder illusie

(1) De term is van H. U. Jessurun d'Oliveira, *De meerwaarde van precedents* (Preadvies voor de Ned. Ver. voor Rechtsvergelijking) 1973.

(2) Vgl. de stelling bij het Leidse proefschrift van Bhadra Ranchod, *Foundations of the South-African law of defamation* (1972).

dat deze wél uitsluitend door rationale motieven zijn ingegeven, maar ook met aarzelingen ten aanzien van randvragen.

Om met wat ik zelf het moeilijkste vind te beginnen: is vermelding van de stemverhoudingen bij de uitspraken van rechterlijke colleges in het algemeen gewenst?

Mogelijke bezwaren betreffende de onafhankelijkheid van de rechter gelden hier niet. Op zijn hoogst wat dat betreft een voordeel bij niet eenstemmige onpopulaire beslissingen: de tegen de volksopvatting ingaande meerderheid profiteert mee van de door de gepubliceerde niet-eenstemmigheid geboden beschutting.

Het belangrijkste voordeel van een verplichte vermelding van de stemverhouding is dat hierdoor de rechters meer gedwongen worden 'kleur te bekennen', ook tegenover zich zelf. Dit voordeel lijkt me belangrijker dan dat van grotere informatie die aldus geboden wordt over de precedentwaarde en – voor beslissingen waartegen gewone rechtsmiddelen openstaan – over de kansen bij appel of cassatie. Wat dat laatste betreft: gezien de wijze waarop rechtbankvonnissen tot stand moeten komen, heeft de al of niet eenstemmigheid van de beslissing weinig voorspellende betekenis voor het hoger beroep, als men niet weet waaróm er geen eenstemmigheid is. Maar misschien vergis ik me daarin. Een essentiële rol zou de vermelding van de stemverhouding gaan spelen, als we daarvan de mogelijkheid van appel zouden gaan laten afhangen, zoals J. H. Scholten voor de oorlog heeft voorgesteld. (1) Maar daarmee zouden we de discussie op een heel ander terrein brengen.

Wat mij er tenslotte toe brengt – niet zonder aarzeling – de verplichte vermelding van de stemverhouding te verwerpen, is de mogelijkheid van misverstanden over de betekenis van de al of niet-eenstemmigheid in een gegeven geval. Eenstemmigheid ten aanzien van het dictum kan er zijn, hoewel er met betrekking tot een essentieel geschilpunt verschil van mening bestond. En omgekeerd kan de niet-eenstemmigheid ten aanzien van het dictum een punt betreffen, waar partijen niet eens aan gedacht hebben. Deze mogelijkheid van misverstand kan de individuele rechter dan weer onder een psychische druk zetten zich met een 'eenstemmige' beslissing akkoord te verklaren, hoewel die eenstemmigheid eigenlijk niet bestaat.

Aan dit bezwaar wordt niet tegemoet gekomen, als men de vermelding van de stemverhouding facultatief zou maken. In dat geval zullen de

(1) *NJB* 1935, 168 e.v.

misverstanden ook nog betrekking kunnen hebben op de redenen die tot vermelding van de eenstemmigheid of de niet-eenstemmigheid, of juist tot niet-vermelding ervan, hebben geleid. Daar komt bij, dat bij een niet verplichte vermelding van de stemverhouding het belangrijkste voordeel van de vermelding verdwijnt: het de rechter dwingen voor zich zelf en voor zijn mede-rechters duidelijk kleur te bekennen.

En nu dan mijn standpunt over het publiceren van dissenting opinions, samen met de beslissing van de meerderheid. Ik zie geen reden onderscheid te maken tussen dissenting en concurring opinions. De laatste, voor zover zij zin hebben, bevatten evengoed een afwijkende mening van die van de meerderheid, zij het niet ten aanzien van het dictum maar ten aanzien van een of meer van de overwegingen waarop het dictum is gebaseerd. En de publikatie van de afwijkende mening is juist van belang voor de overwegingen.

Niet gewenst is de dissenting opinions over zuiver feitelijke vragen. De voordelen verdwijnen hier, en de nadelen wegen zwaarder. Het zal aan de dissenter zelf moeten worden overgelaten te bepalen of zijn afwijkende oordeel wel of niet betrekking heeft op een rechtsvraag (of een 'gemengde' rechtsvraag).

Waarschijnlijk is uit het voorgaande exposé van pro's en contra's al duidelijk geworden – men ontkomt daar niet aan – dat mijn voorkeur gaat in de richting van de mogelijkheid van het medepubliceren van afwijkende meningen. Van de rationele argumenten weegt voor mij het zwaarst: het argument dat dit zal kunnen leiden tot een bredere motivering van het meerderheidsoordeel in tegenspel met de afwijkende opinies, tot een wat meer 'dialogerende' redelijkheid (wat voor mij bijna een pleonasme is), en dat die motivering verrijkt zal worden door motiveringsthema's die nu maar zelden in rechterlijke uitspraken naar buiten treden.

Minder belangrijk, maar niet te negeren, vind ik het argument dat het voor een rechter die zeer fel en principieel tegen een meerderheidsbeslissing was, een unfaire druk kan zijn dat hij naar buiten een schijn van medeverantwoordelijkheid moet dragen – of misschien beter: een kans op medeverantwoordelijkheid – voor een beslissing die hij verwerpt.

Ook niet te verwaarlozen lijkt me tenslotte het argument dat op punten waar het recht in beweging is een dissenting opinion in de richting van die beweging kan voorkómen dat een rechterlijke uitspraak – en dan moet men in dit verband vooral denken aan de uitspraken van de Hoge Raad – de ontwikkeling meer dan nodig zal afremmen: de af-

wijkende mening kan reden zijn om bij een ietwat andere zaak het nog eens bij de Hoge Raad te proberen.

Het spreekt wel bijna vanzelf dat het bij invoering van de dissenting opinion niet gaat om een verplichting tot het openbaar maken van een afwijkend standpunt. In de meerderheid van de gevallen zal er aan zo een openbaarmaking geen enkele behoefte bestaan. Om een voorbeeld te noemen: wanneer bij een Hoge-Raadsbeslissing de meerderheid meent, dat een cassatiegrief feitelijke grondslag mist, terwijl de minderheid het daarmee niet eens is, zal het slechts bij uitzondering zin hebben om die afwijkende mening naar buiten te brengen. Alleen al om deze reden zou het ook kennelijk ongewenst zijn, het uitbrengen van afwijkende meningen (met de daaraan verbonden noodzaak die mening op papier te zetten) tot een plicht te maken.

Anderzijds lijkt het onjuist het bekendmaken van een afwijkend oordeel afhankelijk te stellen van een beslissing van het college. De meerderheid behoort niet de bevoegdheid te hebben een aspirant dissenter de mond te snoeren. Dit zou principieel verwerpelijk zijn, en het zou de verhoudingen binnen het college niet ten goede komen.

Door Leyten is bepleit dat afwijkende meningen in beginsel zonder vermelding van de naam van de dissenter worden gepubliceerd. 'Slechts wanneer hij de wens daartoe uitdrukkelijk te kennen zou geven, omdat het meerderheidsoordeel er één is, waarvan hij zich niet alleen door de zakelijke inhoud van zijn oordeel, maar ook persoonlijk wil distantiëren, is er reden het afwijkend oordeel op naam te stellen'. (1)

Ik ben het daar niet mee eens. In principe behoort degeen die zijn minderheidsoordeel mede gepubliceerd wil zien, daarvoor ook naar buiten de verantwoordelijkheid te dragen. Hoever hij dat oordeel in een min of meer persoonlijke stijl wil formuleren, moet aan hem zelf worden overgelaten. Aan de andere kant zou ik niet willen uitsluiten – juist met het oog op de traditionele afkeer van het 'persoonlijke' in onze rechtspraak – de rechter die daarop stáát, de mogelijkheid te laten zijn afwijkende mening zonder vermelding van naam naar buiten te brengen, maar alleen wanneer zijn mederechters daartegen geen bezwaar maken. Dus het accent net andersom als bij Leyten.

Als men de mogelijkheid van dissenting opinions in beginsel aanvaardt, blijft nog de vraag of men dit wil voor alle rechterlijke colleges en voor alle instanties.

(1) *NJB* 1972, 741

In het algemeen lijkt me er geen reden te bestaan, onderscheid te maken tussen verschillende vormen van rechtspraak en van rechterlijke colleges. Alleen daar waar leden van een rechterlijk college door een belangengroep of andere maatschappelijke groep worden aangewezen, is het beter hun psychologische vrijheid tegenover hun achterban niet onder de druk te zetten die van de mogelijkheid van dissenting opinions zou kunnen uitgaan. (1) Datzelfde geldt voor internationale rechtscolleges waarvan de rechters worden aangewezen door de verschillende landen. Het stelsel van het Hof van Luxemburg verdient in zover de voorkeur boven dat van het Europese Hof voor de Rechten van de mens (Straatsburg) en van het Internationaal Gerechtshof te Den Haag. (2)

Zou men voor het toelaten van dissenting opinions een onderscheid willen maken tussen de lagere instanties en de hoogste instantie, dan moet dat ongetwijfeld zijn om deze mogelijkheid tot de hoogste instantie (dus voor de gewone rechterlijke macht: de Hoge Raad) te beperken, waarvoor als argument kan worden aangevoerd, dat de dissenting opinions van belang zijn voor de rechtsvormende taak van de rechter en dat deze grotendeels bij het hoogste rechterlijke college is geconcentreerd. Maar het belang voor de rechtsontwikkeling is niet het enige argument vóór de dissenting opinion, en er lijkt me dan ook geen voldoende reden te bestaan, aan de individuele leden van lagere rechtscolleges het recht te ontfangen hun afwijkend oordeel mét de uitspraak bekend te maken. Voor de eerste instantie kan de dissenting opinion nog deze bijzondere functie vervullen dat zij in combinatie met de meerderheidsopinie tot een vollediger ontwikkeling van de juridische discussie in appel kan leiden.

Daarmee ben ik gekomen aan het eind van dit preadvies. Mijn standpunt kan als volgt worden samengevat: het is gewenst aan individuele rechters de mogelijkheid te geven, onder hun naam tezamen met de meerderheidsbeslissing hun afwijkend oordeel bekend te maken, en zulks voor alle rechterlijke colleges en alle instanties, met een uitzondering voor die rechterlijke colleges waarvan een of meer leden door maatschappelijke groeperingen worden aangewezen. Het te publiceren afwijkende oordeel moet niet uitsluitend feitelijke vragen betreffen.

(1) Zie het preadvies van De Savornin Lohman, § 4 onder g (ad pag. 61/62).

(2) Dit geldt des te sterker, waar de leden van het Europese Hof en die van het Internationale Gerechtshof niet voor het leven worden benoemd, maar voor een periode van 9 jaar, met mogelijkheid van herbenoeming.

§ 1. *Mogelijkheden van oordeelsvorming*

Er zijn over het onderwerp van dit preadvies, de dissenting opinion, (1) veel grote woorden gesproken. Ik geef enkele voorbeelden:

– ‘Die Oeffentlichkeit muss über die Wahrheit unterrichtet werden, und es muss vermieden werden, den Anschein der Einstimmigkeit oder Fast-Einstimmigkeit zu erwecken, die in Wahrheit nicht existieren. Die Autorität des Gerichtes kann durch die volle Wahrheit nur gesteigert werden.’ (het Zwitserse lid van het Permanente Hof van Internationale Justitie Max Huber, 1929 (2))

– ‘When judges do not agree, it is a sign that they are dealing with problems on which society itself is divided. It is the democratic way to express dissident views.’ (de Amerikaanse opperrechter Douglas, 1948 (3))

– Het is een psychologisch zware last voor de overstemde rechter, dat de uitspraak, waar hij tegen is, mede onder zijn vlag de wereld ingaat. (Prof. Leyten, 1972 (4))

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

(1) Voor de eenvoud zal ik deze aanduiding gebruiken voor de combinatie van vermelding van het stemresultaat en van de mogelijkheid om afwijkende meningen in een afzonderlijk oordeel (dissenting of concurring opinion) te motiveren.

(2) Aangehaald door Prof. Dr. h. c. Ernst Friesenhahn, 47. *Deutscher Juristentag* pag. R 51.

(3) William O. Douglas, The Dissenting Opinion, 8 *Lawyers Guild Review* (1948) pag. 468.

(4) Leyten pag. 698.

the court to have been betrayed.' (de Amerikaanse opperrechter Hughes, 1928(1))

– 'Die Einführung des Systems der dissenting opinion wäre nach allem ein Stück Grosser Justizreform mit kleinen Mitteln!

Die bedeutsamsten Errungenschaften wären: in Ueberwindung der viel beklagten anonymen Entscheidungen von 'Richterbehörden' würden wir zur Herausbildung sichtbarer Richterpersönlichkeiten gelangen und in Ueberwindung der Rechtsfremdheit der Bevölkerung zu einem offenen Verständnis und Engagement für das Recht'. (de Duitse hoogleraar Zweigert, 1968).(2)

In al deze woorden zit wel een zekere waarheid. De vraag is: hoeveel? Niet zoveel als zij suggereren, want ook deze medailles hebben twee kanten. Maar hoeveel wel?

De mogelijkheden om ons hierover een afgerond en goed gefundeerd oordeel te vormen zijn beperkt. Wel is er over het onderwerp veel geschreven, in het bijzonder in de Verenigde Staten en in West-Duitsland.(3) Uit deze literatuur komt een veelheid van argumenten en al dan niet vermeende of geconstateerde effecten naar voren. Men moet hiermee echter wel oppassen. Hoewel in de literatuur vaak nogal stellige meningen worden verkondigd, is op dit terrein – zoals wel vaker in het recht – niets werkelijk meetbaar. Bovendien is het al dan niet bestaan van de dissenting opinion slechts één van de vele factoren, die de kwaliteit van de rechtspraak in een land bepalen. Het is moeilijk, zo niet onmogelijk, om de invloed van deze ene, niet eens zo heel belangrijke, factor geïsoleerd te beschouwen van die van alle andere factoren. Het is daarom al niet gemakkelijk om zich een juist beeld te vormen van de precieze betekenis van de dissenting opinion in de landen, waarin zij bestaat. Nog moeilijker is de beantwoording van de vraag, waarom het ons eigenlijk gaat: wat kunnen wij van invoering van de dissenting opinion in Nederland verwachten? De ervaringen, die in het buitenland met de dissenting opinion zijn opgedaan, zijn

(1) Charles E. Hughes, *The Supreme Court of the United States*, 1st. ed. 1928, pag. 68.

(2) Zweigert pag. D 39.

(3) In deze literatuur komen uiteraard telkens dezelfde argumenten terug. Wie thans nog over dit onderwerp wil schrijven, kan weinig origineels zeggen. De literatuurverwijzingen krijgen onder deze omstandigheden iets willekeurigs. In het algemeen zal ik slechts die vindplaatsen vermelden, waar een bepaald argument of gegeven met bijzondere duidelijkheid of volledigheid wordt weergegeven. Een uitvoerige, zij het nog lang niet volledige, literatuuropgave treft men aan bij Zweigert, pag. D 53-59.

zeker niet zonder meer bepalend voor het resultaat van invoering in ons land. Zowel ons huidige stelsel als de dissenting opinion zijn voor zeer verschillende hantering vatbaar. Het is moeilijk te voorspellen op welke wijze de dissenting opinion in Nederland zou worden toegepast. Om dezelfde reden is buitenlands statistisch materiaal, voor zover aanwezig, van betrekkelijk geringe waarde. De ervaringen in het buitenland kunnen tenslotte beïnvloed zijn door tal van andere – los van de wijze van toepassing staande – elementen, die ook van de Nederlandse situatie kunnen verschillen, zonder dat deze invloed steeds duidelijk kenbaar is.

Bij dit alles worden wij verder, voor wat de waardering van de huidige Nederlandse situatie betreft, in onze oordeelsvorming gehinderd door het bestaande geheim van de raadkamer. Voor rechters geldt deze belemmering overigens in iets mindere mate dan voor niet-rechters.

Het vorenstaande betekent niet, dat het zinloos zou zijn om na te gaan welke theoretische argumenten voor en tegen de dissenting opinion kunnen worden aangevoerd, en om te zien welke ervaringen er in het buitenland mee op zijn gedaan. Het maant wel tot voorzichtigheid bij het trekken van conclusies. Het betekent bovendien dat de mate, waarin de verschillende effecten in Nederland te verwachten zijn, niet dan bij benadering zal kunnen worden aangegeven.

§ 2. *De juridische betekenis van de dissenting opinion*

Vooropgesteld moet worden dat het niet de bedoeling is van invoering van de dissenting opinion om verandering te brengen in de regels betreffende de besluitvorming binnen de colleges, noch in de juridische betekenis van de uitspraak van de meerderheid van een college. Evenals in ons huidige systeem geldt de uitspraak van de meerderheid als de uitspraak van het college, met alle gevolgen van dien. Dit is niet beperkt tot het dictum, maar geldt ook voor de vaststellingen in de rest van de uitspraak. Wel kunnen er zich wat het gezag van gewijsde van vaststellingen buiten het dictum betreft, problemen voordoen als de meerderheid op haar beurt gesplitst is doordat één der rechters een concurring opinion heeft afgegeven. Het is denkbaar dat er dientengevolge ten aanzien van bepaalde vaststellingen, waarop althans minstens één van de rechters het dictum heeft gegrond, geen meerderheid bestaat, of dat onduidelijkheid hierover bestaat. Zelfs is mogelijk, dat de ten aanzien van het resultaat overstemde

rechter(s) het met betrekking tot bepaalde vaststellingen eens is (c.q. zijn) met één van de leden van de meerderheid, zodat ten aanzien van deze vaststellingen toch weer een meerderheid bestaat. Ik zou niet verwachten dat dergelijke problemen zich vaak voor zouden doen. Veel moeilijkheden kunnen bovendien voorkomen worden door een duidelijke inkleding van de uitspraak en de afwijkende oordelen. Op zichzelf is het niet zo erg dat in een volgende procedure nogmaals bewijs zal moeten worden geleverd van feiten, die in de eerdere procedure kennelijk niet volstrekt overtuigend zijn komen vast te staan. (1) Het feit dat de dissenting opinion geen formele, juridische gevolgen heeft, betekent niet dat zij zonder betekenis is. Zij kan in de eerste plaats belangrijke informatie verschaffen over de functionering van een deel van het overheidsapparaat. In de tweede plaats zal zij van invloed zijn op de betekenis van de rechterlijke uitspraken voor de rechtsvorming. Dit is geen gevolg van enige rechtsregel, maar van de omstandigheid dat de betekenis van iedere uitspraak voor de rechtsvorming slechts betrekkelijk is. Daardoor is het mogelijk, dat de betekenis van een bepaalde uitspraak beïnvloed wordt door het feit dat zij al dan niet eenstemmig is, of door de inhoud van een erbij gevoegde dissenting of concurring opinion.

§ 3. *Overwegingen van min of meer principiële aard*

3.1. Van de argumenten, die voor en tegen de dissenting opinion worden aangevoerd, zijn sommige gebaseerd op beginselen of opvattingen van een meer algemeen karakter, terwijl andere beperkt zijn tot de praktische effecten van de dissenting opinion als zodanig. Een strikte scheiding tussen deze twee groepen argumenten is overigens niet aan te brengen. Zij gaan op veel plaatsen geleidelijk in elkaar over. Aangezien echter de meer principiële argumenten door hun aard een bijzonder gewicht kunnen hebben, en bij vele schrijvers ook inderdaad krijgen, is het nuttig deze argumenten eerst aan een beschouwing te onderwerpen.

3.2. Allereerst de argumenten tegen de dissenting opinion. De meest principiële stelling, die tegen de dissenting opinion wordt aangevoerd, is dat zij in strijd zou zijn met het wezen van de rechterlijke uitspraak,

(1) Enigszins anders: Friesenhahn, 47. *Deutscher Juristentag* pag. R 40.

althans zoals dit in rechtsstelsels als het onze is op te vatten. (1) Naar mijn mening is dit een *petitio principii*. Men haalt een konijn uit de hoge hoed, dat men ofwel er eerst zelf in heeft gestopt, ofwel er eerst voor zich door de historie in heeft laten stoppen. Wel is het waar dat de *dissenting opinion* niet noodzakelijk is voor de functie van de rechtspraak in enge zin (het beslissen van geschillen of het berechten van van strafbare feiten verdachte personen door een onafhankelijke overheidsinstantie). Dit betekent evenwel niet, dat zij ermee in strijd is. Als men aanvaardt dat rechterlijke colleges bij meerderheid beslissen, (2) wordt het een vraag van wenselijkheid of men daar van geval tot geval voor uit wil komen.

Een verwant, maar minder principieel gesteld argument tegen de *dissenting opinion* is, dat rechtspraak objectief en (vanuit de rechters gezien) onpersoonlijk dient te zijn, en dat dit ook tot uitdrukking dient te komen in de wijze waarop de rechterlijke macht zijn taak uitoefent. Zo gesteld berust het argument, als ik het goed zie, vooral op een beginsel ontleend aan een overtuiging dat uiterlijke vormen het materiële optreden van mensen kunnen beïnvloeden. Het is dan in wezen hetzelfde argument, als gebruikt wordt om het dragen van toga's te verdedigen. Hoeveel betekenis men aan deze functie van uiterlijke vormen in de rechtspraak wil toekennen, hangt hoofdzakelijk af van het mensbeeld (rechtersbeeld) dat men heeft. In het algemeen hecht men in onze tijd minder waarde aan zulke vormen dan vroegere generaties deden. Geheel zonder grond is de genoemde overtuiging echter zeker niet, en men kon het hier besproken argument nog kortgeleden tegenkomen in het artikel van Leyten, waarin hij zich weliswaar uitsprekt vóór de *dissenting opinion*, maar in beginsel een anonieme publikatie van afwijkende oordelen voorstaat. (3) Zelf geloof ik nochtans niet, dat opheffing van de anonimiteit de objectiviteit werkelijk in gevaar zal brengen.

3.3. Evenmin als er doorslaggevende argumenten zijn tegen de *dissenting opinion*, zijn er overwegingen die principieel dwingen tot invoering ervan.

Wel kan men stellen dat voor het goed functioneren van een democratie openheid van het overheidsapparaat van essentieel belang is,

(1) Vgl. Winkel pag. 416; Zie ook: Fockema Andreae pag. 74/5, 76; Zweigert pag. D 18 e.v..

(2) Zie daarover Fockema Andreae pag. 4 e.v.; Leyten pag. 698 e.v..

(3) Leyten pag. 741.

omdat daardoor publieke controle mogelijk is. Er is geen reden waarom dit niet ook zou gelden voor de rechterlijke macht. Deze openheid kan echter niet onbegrensd zijn. Teveel openheid kan het goed en vlot functioneren van het overheidsapparaat belemmeren of om andere redenen in strijd zijn met het openbaar belang. Er moet dus van geval tot geval een compromis getroffen worden. Daarbij zou ik er echter in navolging van Donner en Van der Hoeven, preadviseurs van de N.J.V. in 1969, van uit willen gaan, dat in beginsel openheid betracht dient te worden, tenzij er goede redenen zijn voor geheimhouding. (1) In dit licht bezien komt de vraag, die wij ons moeten stellen, als volgt te luiden: Zijn er goede redenen om de (toch nog beperkte) openheid, die door de dissenting opinion gegeven wordt, niet toe te staan? (2) Deze vraag dwingt tot een uitputtend onderzoek van de te verwachten effecten van de dissenting opinion.

Een andere min of meer principiële redenering om de dissenting opinion te verdedigen houdt in, dat het in strijd met het democratische recht van vrije meningsuiting zou zijn om de overstemde rechter zonder goede redenen te dwingen zijn mening voor zich te houden. (3) Minder principieel vindt men deze gedachte terug in de bewering, dat de overstemde rechter in gewetensnood kan raken, als hij moet zwijgen over een beslissing waar hij het zeer wezenlijk niet mee eens is. (4) Anderen gaan verder dan dit en vinden dat men in het algemeen niet van hem kan vergen dat een uitspraak mede als door hem gewezen geldt, hoewel hij het er niet mee eens was, ook wanneer er geen sprake is van werkelijke gewetensnood. (5)

Tengevolge van het bestaande geheim van de raadkamer ontbreekt

(1) Vgl. de preadviezen van Mr. A. M. Donner en Prof. Mr. J. van der Hoeven, *Dient de uitoefening van de grondrechten, welke meningsvorming, meningsuiting en informatie betreffen, grondwettelijk nader te worden geregeld?*, Hand. N.J.V. 1969 I (2e stuk), speciaal pag. 41, 91/92, 97, 105; zie ook H. Drion, vermeld door Van der Hoeven, deel II pag. 39.

(2) Vgl. Fockema Andreae pag. 67—73; Zweigert pag. D 15/6 en daartegenin (relativerend) Rudolf Pehle, 47. *Deutscher Juristentag* pag. R 14.

(3) Deze gedachte valt te beluisteren in het citaat van Douglas, aangehaald in § 1; Vgl. ook Zweigert pag. D 29.

(4) Vgl. Leyten pag. 697 e.v.; Fockema Andreae pag. 69; Heyde, *Diss.* pag. 199 e.v.

(5) Edward McWhinney, *Judicial Review*, 4th ed. 1969, pag. 226, heeft het over "The frequent sense of frustration experienced by individual judges sitting on the Privy Council at the display of public conformity and unanimity enforced by its single, *per curiam* opinion practice as to opinion writing".

Vgl. ook Prof. Dr. Philipp Möhring, 47. *Deutscher Juristentag* pag. R 105.

statistisch materiaal over de vraag, hoe vaak situaties van gewetensnood of zware psychische belasting zich voordoen. Zij treden slechts aan het licht, als de spanning de deur van de raadkamer werkelijk doet openbarsten. In Nederland is mij hiervan geen voorbeeld bekend. Wel worden enkele van dergelijke gevallen genoemd in de Duitse literatuur. In § 2 van het Gezamenlijke Gedeelte is al gewezen op de door het Staatsgerichtshof van Bremen bewandelde sluipteg.

Ik vermoed dat het aantal gevallen waarin men werkelijk van ernstige spanningen kan spreken, zeer gering is. Om te beginnen moet men het aantal niet-eenstemmige beslissingen al niet overschatten. In de meeste van deze gevallen zal het verder gaan om zuiver zakelijke verschillen van inzicht, waarin hooguit de nuchtere constatering past dat men een andere beslissing beter had gevonden. Een rechterlijk college kan problemen bovendien voor een groot deel vermijden door de argumenten van de minderheid in de uitspraak volledig recht te doen wedervaren. Er blijft dan een heel klein percentage gevallen over, waarin de overstemde rechter werkelijk een diep-gevoelde behoefte zal hebben om van zijn afwijkende inzicht publiekelijk rekenschap af te leggen. Niettemin, het feit dat deze gevallen zich kunnen voordoen, is een argument om, behoudens contra-indicatie, de dissenting opinion wel toe te laten. Winkel heeft verder gewezen op de kans dat bij een minder homogene samenstelling van de colleges een lid regelmatig op bepaalde punten met zijn collegae van inzicht zal verschillen. Bij gebrek aan publieke uitingsmogelijkheden zou dit tot frustraties en een verlies van persoonlijke betrokkenheid kunnen leiden. (1) Ook hierin schuilt een (beperkt) argument voor de dissenting opinion.

3.4. Al zijn er geen principiële argumenten die dwingen tot invoering van de dissenting opinion, de thans heersende maatschappelijke en rechtstheoretische opvattingen bevatten wel elementen die voor invoering van de dissenting opinion pleiten. Het is geen toeval, dat het bestuur van de N.J.V. dit onderwerp juist nu op de agenda heeft gezet. Allereerst is te noemen een veranderde opvatting van het begrip autoriteit. Veel minder dan vroeger bestaat de bereidheid om het gezag van een rechterlijk college uitsluitend op grond van zijn institutionele autoriteit te aanvaarden. Alom wordt anonieme autoriteit aangevochten. (2) De gezagsdrager moet persoonlijk zijn gezag waar maken. De

(1) Winkel, pag. 407. Winkel zelf komt in zijn beschouwingen overigens toch tot de slotsom dat de dissenting opinion niet behoort te worden ingevoerd.

(2) Vgl. Winkel, pag. 406.

toga, symbool van de onpersoonlijkheid van de rechtspraak, wordt ervaren als een barrière in het contact tussen rechter en justiciabele. De verdachte, die de vraag of hij Jan Jansen is, beantwoordt met de wedervraag 'Ja, maar wie bent u eigenlijk?', zal in onze dagen bij velen begrip ontmoeten. Een zeer persoonlijk zijn pijlen (en loftuitingen, maar dat is gevoelsmatig veel meer aanvaardbaar) richtende recensent van rechters als de journalist Jac. van Veen ondervindt veel waardering. (1) Het is logisch dat de drang naar een zekere 'personalisation du pouvoir' (2) de behoefte doet voelen aan een meer persoonlijke wijze van uiten van de rechters en aan een vergroting van het inzicht in hun opvattingen. (3)

Als tweede belangrijke factor zijn te noemen de rechtstheoretische stromingen, die een steeds verdere accentverschuiving bewerkstelligen van de abstracte rechtsregels naar de billijkheid in het concrete geval. Daarbij worden feiten en recht steeds minder als (onder-)scheidbaar beschouwd. Het 'ius in causa positum', op zichzelf geen nieuwe gedachte, doet sterk opgeld. Dit alles leidt tot verhoogde eisen aan het inzicht dat door de rechterlijke uitspraken wordt gegeven. Hoewel hieraan veel gedaan kan worden door een uitvoeriger motivering van de bestaande collegiale uitspraken, zal bij eenzelfde uitvoerigheid van motivering het bestaan van een dissenting of concurring opinion toch leiden tot een vergroting van het inzicht in de verschillende aspecten van het berechte geval.

Tenslotte is daar de rechtssociologische benadering van de rechtspraak, die studie-objecten zoekt. Vermelding van de stemresultaten en publikatie van afwijkende oordelen zou haar zonder twijfel nuttig studiemateriaal verschaffen om tot een beter inzicht in de rechterlijke werkzaamheden te geraken.

§ 4. *Overwegingen van meer pragmatische aard*

Aangezien algemene beginselen niet tot een duidelijke conclusie leiden, zullen wij ons oordeel hoofdzakelijk moeten vormen op grond van de praktische effecten, die van invoering van de dissenting opinion te verwachten zijn. Hoewel iedere indeling iets kunstmatigs

(1) Zie bijv. de lovende bespreking van Mr. G. E. Langemeijer, *NJB* 1972 pag. 386/7.

(2) L. Prakke, *Toetsing in het Publiekrecht*, diss. Un. v. Amsterdam 1972, pag. 26/7.

(3) Zie echter de in § 3.2. vermelde opvatting van Leyten.

heeft, lijkt het praktisch om deze effecten te onderzoeken uitgaande van de verschillende bij rechterlijke uitspraken betrokken personen: de rechters, de partijen, het publiek in het algemeen, en tenslotte het juridische publiek in het bijzonder.

4.1. De rechters

a. Men noemt wel als voordeel van de dissenting opinion, dat zij tot een verbetering van de kwaliteit van de rechterlijke uitspraken zou leiden doordat de publiciteit de rechters zou nopen tot grotere inspanning en doordat de mogelijkheid van het publiceren van een dissenting opinion zou leiden tot een meer diepgaande discussie over de mening van de tot de minderheid behorende rechter(s). (1) Men moet hiervan echter niet te veel verwachten. Ook na invoering van de dissenting opinion is het mogelijk dat een college de behandeling van een zaak grotendeels overlaat aan één van zijn leden, dat zwakkere rechters zich al te gemakkelijk aansluiten bij een krachtiger collega, dat een zaak niet werkelijk uitputtend wordt doordacht. Vrijwel alles hangt hier, evenals in het huidige stelsel, af van de wijze van toepassing. (2) Natuurlijk is het mogelijk dat van een (ontwerp-)dissenting opinion zoveel overtuigende kracht uitgaat, dat zij de oorspronkelijke meerderheid alsnog van mening doet veranderen. Dit effect kan echter ook zeer goed bereikt worden door een alternatief ontwerp-vonnis in het huidige systeem. Het enige wat met zekerheid kan worden gezegd, is dat de mogelijkheid dat een overstemde rechter zijn oordeel in een dissenting opinion zal neerleggen, zal tegengaan dat zijn collegae zijn mening op lichtvaardige wijze onder de tafel werken. Dit is op zichzelf niet onbelangrijk, vooral niet nu het streven naar een grotere verscheidenheid in de samenstelling van de rechterlijke colleges veld wint. Men moet echter het aantal gevallen waarin dit van belang is niet overdrijven. Zo onduidelijk is ons recht nu ook weer niet. Men mag voorts hopen dat het harmoniemodel in de rechterlijke colleges

(1) Vgl. Fockema Andreae pag. 68/9; Karl Arndt, *Nachlese zur dissenting opinion*, in: *Ius Privatum Gentium (Festschrift für Max Rheinstein)* 1969, pag. 140.

(2) Dit blijkt overtuigend bij lezing van Amerikaanse rapporten over interne besluitvormingsprocedures: het rapport '*Internal Operating Procedures of Appellate Courts*' van de American Bar Association, Section of Judicial Administration (1961), speciaal pag. 9 e.v.; *Minimal Standards of Judicial Administration*, ed. by Arthur T. Vanderbilt (1949), o.m. pag. 440 e.v..

voldoende in ere zal blijven om de genoemde waarborg slechts zelden nodig te doen zijn.

b. In dit verband zou van belang kunnen zijn, dat de publiciteit betreffende de in het college opgetreden meningsverschillen de goede verhoudingen in het college zou kunnen verstoren. Hoewel er enkele gevallen van daverende ruzies in rechterlijke colleges bekend zijn, waarin dit element zonder twijfel een belangrijke rol heeft gespeeld, (1) zijn in het algemeen de ervaringen in het buitenland niet anders dan gunstig. (2) Ook hier hangt vrijwel alles af van de wijze waarop de dissenting opinion wordt toegepast. Zolang daarbij maar de nodige zakelijkheid en tolerantie wordt betracht, zijn gevaren niet te duchten. Het lijkt waarschijnlijk, dat rechters die hierin in het openbaar niet slagen, ook in stilte hun verhoudingen niet harmonisch zouden weten te houden.

c. Het lijkt aannemelijk dat het feit, dat de minderheidsmening in een dissenting opinion afzonderlijk aan het woord komt, een diepgaande bespreking van de verschillende strijdpunten in de meerderheidsuitspraken zal bevorderen. Indien dit juist is, zou als argument voor invoering van de dissenting opinion mede kunnen worden aangevoerd, dat daarvan een gunstige invloed op de wijze van motivering van onze rechterlijke uitspraken zou kunnen uitgaan. Onze verwachting wordt echter door de ervaringen in het buitenland niet gestaafd. In § 2 van het Gezamenlijke Gedeelte is dit al opgemerkt met betrekking tot Zweden en Denemarken. Ook de motivering van Amerikaanse arresten uit de vorige eeuw is aanzienlijk summierder en veel meer als het ware in een paar krachtige penseelstreken op het doek gezet, dan thans gebruikelijk is. (3) Dit suggereert, dat de wijze van motivering in

(1) Bijv. in de U.S. Supreme Court omstreeks het einde van de Tweede Wereldoorlog. Zie hierover Ben W. Palmer, *Dissents and Overrulings: A Study of Developments in the Supreme Court*, 34 *American Bar Association Journal* (1948) pag. 554 e.v.. Zie voorts Edward McWhinney, 31 *Canadian Bar Review* (1953) pag. 615.

(2) Zie Lord Justice Asquith, *J. of the Soc. of Public Teachers of Law*, 1950, N.S. 1, 1947-1951, pag. 353; Stanley H. Fuld, *The Voices of Dissent*, 62 *Col. L. Review* (1962) pag. 929; Karl Arndt, a.w. (zie noot 1 op pag. 57) pag. 139/140.

(3) Vgl. J. Gillis Wetter, *The Styles of Appellate Judicial Opinions*, Leyden 1960, pag. 63 e.v., 146 e.v.; Karl N. Llewellyn, *The Common Law Tradition, Deciding Appeals*, Boston 1960, pag. 35 e.v..

een bepaalde tijd en (juridische) cultuur hoofdzakelijk afhangt van andere factoren dan de dissenting opinion.

d. In Duitsland heeft men nogal hoog opgegeven van de mogelijkheid dat de dissenting opinion tot een verhoging van de kwaliteit van de rechterlijke macht zou leiden. Friesenhahn vat dit argument als volgt samen: 'Die Möglichkeit der Bekanntgabe der abweichenden Meinung anerkennt den einzelnen Richter in seiner personalen Würde als Träger der Rechtsprechung. Sie garantiert die Freiheit der richterlichen Ueberzeugung in höherem Masse und verhilft so zur Entfaltung der Richterpersönlichkeit, die vom Grundgesetz vorausgesetzt wird. Als hervorragendster Ausdruck seiner Unabhängigkeit stärkt sie das Verantwortungsgefühl des Richters'.⁽¹⁾ Het is moeilijk de waarde van dergelijke argumenten te beoordelen. Ik heb echter het gevoel dat er enige valse romantiek en een stuk perspectivische vertekening in zit. Men kijkt tezeer uitsluitend naar common law landen zoals Engeland en de Verenigde Staten (in plaats van naar bijv. Zweden ⁽²⁾), men vergeet dat men als buitenlander vrijwel ongemerkt een weinig representatieve selectie uit de rechterlijke uitspraken te zien krijgt, en men verliest tezeer uit het oog dat de karakteristieken van 'de' rechter in een bepaald land slechts voor een klein gedeelte worden bepaald door het feit dat hij al of niet dissenting en concurring opinions mag afgeven.⁽³⁾ Om de waarde van de hier besproken argumentatie wat beter te kunnen beoordelen, heeft het zin de volgende vraag te overwegen: Zijn de Presidenten van de Rechtbanken van Amsterdam, Den Haag en Rotterdam zoveel betere en zelfstandiger denkende rechters dan de leden van de Hoge Raad? Natuurlijk kan men ook tegen deze vergelijking wel wat inbrengen. De vraag geeft ons echter veel beter vergelijkingsmateriaal dan wanneer men 'de' Nederlandse rechter met 'de' Engelse of met 'de' Amerikaanse rechter vergelijkt. Beide soorten rechters in de vraag behoren tot de top van eenzelfde rechterlijke macht,⁽⁴⁾ de Presidenten doen niet anders dan zelfstan-

(1) 47. *Deutscher Juristentag* pag. R 66/7; Zie ook Rudolf Wassermann, 47. *Deutscher Juristentag* pag. R 81.

Zie echter de kritiek van Dr. Johannes Strelitz, 47. *Deutscher Juristentag* pag. R 71.

(2) Vgl. Wetter, a.w. pag. 39.

(3) Vgl. Arthur von Mehren, *The Judicial Process: A Comparative Analysis*, 5 *Am. J. Comp. Law* (1956) pag. 216.

(4) Vgl. art. 1, lid 1, van de Wet op de bezoldiging van de rechterlijke ambtenaren, waarin de raadsheren in de Hoge Raad in schaal C, de presidenten van de genoemde rechtbanken in schaal D worden geplaatst.

dig voor het voetlicht treden, de leden van de Hoge Raad gaan (als rechter) voortdurend schuil in hun collectivum. Niettemin zal niemand de vraag zonder meer met 'ja' willen beantwoorden.

Blijft over dat het een kundig man een zekere voldoening zal geven, als hij zijn licht niet steeds onder de collegiale korenmaat behoeft te zetten. Men kan verder stellen dat het geprononceerde publieke beeld van de individuele rechters in de hogere rechtscolleges in Engeland en Amerika niet mogelijk zou zijn geweest zonder de dissenting opinion. In hoeverre de rechters ook werkelijk door de dissenting opinion beter worden en in hoeverre invoering van de dissenting opinion (*ceteris paribus*) goede mensen tot de rechterlijke macht zou doen toetreden die daar nu buiten blijven, is weer een volgende vraag. Men verlieze bij dit alles niet uit het oog, hoeveel afhangt van de wijze van toepassing, de stijl der uitspraken, het taalgebruik, enz..

e. Door de dissenting opinion krijgt de buitenwereld in ieder geval wel een duidelijker beeld van de opvattingen en capaciteiten van de verschillende rechters. Voor zover het instituut ook bestaat bij lagere rechtscolleges kan dit nuttige gegevens opleveren voor de selectie voor hogere functies. Vergeleken bij de huidige situatie, waarin het Ministerie van Justitie voor informatie over de taakvervulling van een rechter grotendeels is aangewezen op inlichtingen van de presidenten van de diverse colleges, is dit zeker een verbetering.⁽¹⁾ Men moet hiermee echter wel oppassen. In de eerste plaats is het gemak van formuleren slechts één van de capaciteiten, die iemand tot een goed rechter maken. In de tweede plaats bestaat het gevaar, dat ambitieuze rechters het instituut zouden gaan misbruiken om zichzelf te pousser. ⁽²⁾ In zoverre past een waarschuwing.

(1) Vgl. de Minister van Justitie Mr. A. A. M. van Agt in een interview in *Elseviers Weekblad*, 17 juni 1972, pag. 9: 'Wel is er een wijziging te verwachten in het promotiebeleid. Wij zijn op weg om van de anciënniteitsregels over te gaan op keuzebenoemingen. Maar dat is niet eenvoudig. Je introduceert zodoende namelijk een stuk competitie en dat is een nadeel. Je kunt die overgang dan ook niet à bout portant doorvoeren. Binnen een rechterlijk college wordt, wanneer je de anciënniteitsregels verlaat, het oordeel van de president over zijn rechters zeer belangrijk. Wij kunnen van het departement uit niet zien hoe dat werkt en ook de gerechtshoven kunnen dat niet vanwege het geheim van de raadkamer (vergadering van rechters). Dit zou er toe kunnen leiden, dat de (bijzittende) rechters er naar zullen streven een wit voetje te halen bij de president. In een team kan dat de onderlinge verhoudingen nogal gaan belasten.'

(2) Vgl. Evan A. Evans, *The dissenting opinion - its use and abuse*, 3 *Missouri Law Review* (1938), pag. 134.

f. Wegens de grotere zichtbaarheid van de afzonderlijke rechter tengevolge van de dissenting opinion kan de publieke opinie gemakkelijker vat op hem krijgen. De leus 'divide et impera' kan ook hier opgaan. De vraag rijst of daardoor de rechterlijke onafhankelijkheid op ontoelaatbare wijze in gevaar zou worden gebracht. (1)

Natuurlijk mag men de druk van de publieke opinie, ook op de rechterlijke macht, niet onderschatten. De ervaringen van de afgelopen jaren geven tot zo'n onderschatting weinig aanleiding. De kritiek op de President van de Amsterdamse Rechtbank is weinig mals geweest. Ook de politierechters in de Maagdenhuis-affaire hebben het nodige te horen gekregen. Een aardig voorbeeld van de mogelijkheden van kritiek op het vlak van de collegiale rechtspraak kon men vorig jaar aantreffen in het Utrechtse juridische faculteitsblad 'Iust'. (2) Hierin stelt de advocaat Mr. R. M. Schutte, dat het voor de insider duidelijk is dat in verschillende gevallen van militaire delicten de militaire leden van het H.M.G. de burgerlijke leden, Mrs. van der Ven en Fikkert, gewoon hebben overstemd. Thans is dit een stelling, die geheel voor rekening van Schutte blijft. De in zijn stellingen besloten aanval op de militaire leden zou echter heel wat meer doel treffen, als zij gebaseerd zou zijn op feitelijke gegevens over de stemverhoudingen. Daarmee is niet gezegd dat wij voor de gevolgen van deze kritiek zo bang behoeven te zijn. Een wisselwerking tussen de publieke opinie en de rechterlijke macht is op zichzelf alleen maar wenselijk. Ook thans is druk op de rechterlijke colleges mogelijk. Het enige verschil in een stelsel van dissenting opinion zal zijn, dat deze druk wat meer gericht kan zijn op een enkel individueel lid. Indien de gevolgen daarvan echter zo te vrezen waren, zou het niet verantwoord zijn de kort gedingrechtspraak, waarin het vaak om zeer brandende kwesties gaat, over te laten aan een unus iudex. Men mag ook van de collegiaal rechtsprekende rechters wel zoveel zelfstandigheid van geest verwachten, dat zij zich niet door ongefundeerde kritiek laten beïnvloeden. De grondwettelijke waarborgen van de rechterlijke onafhankelijkheid geven voor het overige de essentiële bescherming, zowel tegenover de publieke opinie als tegenover de overheid. (3)

g. Dit ligt anders bij tijdelijk benoemde rechters, in het bijzonder als zij tevens (al dan niet formeel) bepaalde maatschappelijke groeperin-

(1) Vgl. Fockema Andreae pag. 71; Zweigert pag. D 29 e.v..

(2) Jaargang 6 (1972), pag. 13.

(3) Vgl. Zweigert pag. D 29 e.v..

gen representeren en hun maatschappelijke zwaartepunt in feite in die groeperingen ligt. Te denken valt bijv. aan de leden-werkgevers en de leden-werknemers van de Raden van Beroep, de gewone leden van de Ambtenarengerechten, de bijzondere leden van het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, de tijdelijk benoemde leden van de Pacht-kamers, de raden bij de Ondernemingskamer van het Amsterdamse Hof en de militaire leden van de Krijgsraden en het H.M.G.. Hier ontbreken niet alleen de bovengenoemde grondwettelijke waarborgen van onafhankelijkheid, maar bestaat bovendien en vooral het gevaar dat de solidariteit met eigen kring het zal winnen van de objectiviteit, als de eigen kring daarop een directe controle zou kunnen uitoefenen. (1) In zulke gevallen biedt de anonimiteit van de collegiale uitspraak wel degelijk een noodzakelijke bescherming van de onafhankelijkheid. (2)

h. Tenslotte nog een zuiver praktisch punt, de rechters betreffende: de tijd die een en ander gaat kosten. Het kan natuurlijk zijn, dat de dissenting opinion meer tijd zou kosten doordat de openheid de rechters zou dwingen om hun werk grondiger te doen en om zich meer in te spannen om te trachten het met elkaar eens te worden. Als dat zo zou zijn, zou dit tijd zijn waarop niet bezuinigd mag worden. De tijd waarom het mij nu echter gaat, is uitsluitend de extra tijd die gaat zitten in het schrijven van dissenting en concurring opinions. Men kan niet volstaan met hierop te antwoorden, dat de rechters niet verplicht zijn om hun stem publiekelijk toe te lichten. Een afwijkende stem waarvan de gronden niet blijken, is van weinig waarde. Als de verplichting tot stilzwijgen eenmaal opgeheven is, kan niet van de rechters worden gevergd dat zij uit louter tijdgebrek hun afwijkende inzichten steeds voor zich houden. Gegeven, dat verscheidene rechterlijke colleges reeds thans met een – soms aanzienlijke – achterstand in hun werk te kampen hebben, dwingt dit tot organisatorische maatregelen voordat de dissenting opinion kan worden ingevoerd. Bij colleges, die met een

(1) Dit verschijnsel doet zich bijv. merkbaar voor bij het Internationale Gerechtshof; vgl. R. P. Anand, Role of individual and dissenting opinions in international adjudication, 14 *Int. & Comp. Law Quarterly* (1965) pag. 802 e.v.. Zie verder Dr. Otto Pecher, 47. *Deutscher Juristentag* pag. R 79/80.

(2) Voor rechters- en raadsheren-plaatsvervangers lijkt deze bescherming niet noodzakelijk. Er is geen reden om hen in dit opzicht anders te behandelen dan gewone rechters. Zij kunnen ook als unus iudex zitten. Bovendien zal het een rechter-plaatsvervanger gemakkelijker vallen om niet deel te nemen aan de beredening van zaken, waarin hij als partijdig zou kunnen worden beschouwd.

structurele achterstand in hun werk te kampen hebben, moet iedere niet absoluut noodzakelijke werkvermeerdering worden vermeden.

4.2. De partijen

In § 2 is reeds aangegeven dat de rechtsverhouding tussen partijen uitsluitend wordt bepaald door de beslissing van de meerderheid. Het feit dat de beslissing niet eenstemmig is genomen, zal partijen nochtans niet onverschillig laten. Deze effecten zijn echter zo moeilijk na te speuren en wijzen zozeer in verschillende richtingen, dat zij voor onze oordeelsvorming over de dissenting opinion in feite verwaarloosbaar zijn.

a. Men noemt wel als voordeel, dat uit een dissenting of concurring opinion blijkt dat de zaak goed van alle kanten bekeken is. (1) Dit zou de onvrede van de verliezende partij met de uitspraak kunnen verminderen. Ditzelfde effect kan echter even goed bereikt worden door in de collegiale uitspraak de argumenten van de verliezende partij volledig recht te doen wedervaren.

Het feit dat althans één van de rechters het met hem eens was en zich kennelijk voor zijn zaak heeft ingezet, zal soms de verliezer wel voldoening kunnen bieden. Er zijn echter even goed gevallen denkbaar, waarin het gebrek aan eenstemmigheid de verliezer alleen maar het gevoel zal geven een onbillijk lot te hebben getrokken in de loterij van het recht. Wie naar zijn eigen mening ten onrechte tot een zware straf is veroordeeld, zal deze uitslag vermoedelijk alleen maar als extra onbillijk ondergaan, wanneer blijkt dat zelfs een van zijn rechters zijn daad niet strafbaar vond. Ook zal een partij, die in twee instanties met 2-1 gewonnen heeft, er weinig vrede mee kunnen hebben als hij vervolgens door de Hoge Raad met 3-2 naar huis gezonden wordt, hoewel na deze uitslag de totaal-stand nog altijd 6-5 in zijn voordeel is.

b. Een gebrek aan eenstemmigheid in een uitspraak van een lager college zal de neiging bij de verliezende partij vergroten om in hoger beroep te gaan. (2) Daarbij zal hij soms in een dissenting opinion wel-

(1) Vgl. Harlan F. Stone, C. J., *Dissenting Opinions Are Not Without Value*, 26 *J. of the American Judicature Society* (1942) pag. 78.

(2) Mr J. H. Scholten heeft in *NJB* 1935, pag. 168 e.v., voorgesteld om de dissenting opinion te gebruiken als middel tot bezuiniging, door beroep slechts toe te

kome ammunitie kunnen vinden. Ervan uitgaande dat de rechters hun werk met zorg en verstand hebben gedaan, schuilt in deze mogelijkheden geen enkel kwaad. Voor zover men een toeneming van het aantal beroepen op zichzelf een kwaad ding vindt, bedenke men dat een gebleken eenstemmigheid bij het lagere college juist weer als een rem zal werken.

c. De wetenschap dat de uitspraak al dan niet eenstemmig was, zal van invloed zijn op de bereidheid tot schikking, als van de uitspraak beroep mogelijk is. Afhankelijk van de juistheid van de uitspraak zal dit in verschillende richtingen kunnen werken. Het moet als een gunstig effect worden beschouwd in die gevallen, waarin het gebrek aan eenstemmigheid in wezen berust op de wenselijkheid van een tussenoplossing (bemiddelend vonnis).⁽¹⁾

4.3. Het publiek in het algemeen

Hier komt één van de belangrijkste vragen aan de orde: schaadt publicatie van de stemverhouding en van dissenting en concurring opinions het gezag van de rechterlijke uitspraak en, meer in het algemeen, van de rechtspraak? In beginsel is het antwoord op het eerste deel van de vraag: ja. In hoeverre dit ook moet leiden tot een bevestigende beantwoording van het tweede deel, is minder gemakkelijk uit te maken.

a. Het is niet te ontkennen dat de wetenschap, dat niet alle rechters zich achter een uitspraak hebben gesteld, deze minder gezag doet hebben, dan wanneer de beslissing unaniem zou zijn geweest. Een afzonderlijke motivering van de minderheidsstem versterkt dit effect nog. Tracht de motivering van een uitspraak te overtuigen dat de uitspraak juist is, een dissenting opinion tracht juist de onjuistheid aan te tonen.

Hiervóór is reeds aangegeven dat dit geringere gezag kan leiden tot onvrede en onbegrip bij de verliezende partij, die het gevoel kan krijgen dat hem niet zozeer recht is gedaan alswel dat hem een ongunstig toeval heeft getroffen. Dit gevoel kan overslaan op anderen die zich

laten van niet-eenstemmig gewezen beslissingen. Dit voorstel verliest uit het oog, dat hoger beroep tevens de functie heeft om fouten en onvolledigheden in de procesvoering te corrigeren.

(1) Vgl. Arndt, a.w. (pag. 57, noot 1) pag. 134/5.

aan zijn kant voelen staan. In zaken waarbij een groot publiek zich betrokken voelt, kan dit tot wijdverbreide onlustgevoelens aanleiding geven. Een frequente herhaling van dit soort ervaringen zou, vooral als er geen duidelijke lijn in zou zitten, bij brede kringen de overtuiging kunnen doen postvatten dat het recht niet meer dan een loterij is.

b. Men kan ook een tegengesteld geluid vernemen, nl. dat het vertrouwen in en het aanzien van de rechterlijke macht door de openheid juist versterkt zal worden. De openheid zal, zo meent men, het publiek ervan doordringen dat de rechtspraak in handen is van gewetensvolle, zelfstandig denkende mensen, die niets te verbergen hebben. Dit kan alleen maar bevorderlijk zijn voor de belangstelling voor en het gezag van de rechtspraak. De fictie van eenstemmigheid, die aan het huidige systeem ten grondslag ligt, verhindert een juist begrip van het rechtsgebeuren. (1) Het feit dat rechters het, zoals alle mensen, niet altijd met elkaar eens zijn wanneer het om belangrijke besluiten gaat, zal duidelijk maken dat de rechtspraak geen tovenarij is, maar eerlijk, oprecht mensenwerk van de beste soort. Weliswaar zal men in het begin misschien wat moeten wennen aan de plotseling aan het licht tredende realiteit, dat veel belangrijke beslissingen niet eenstemmig zijn (en dit niet kunnen zijn), maar men zal dit al spoedig aanvaarden. (2)

c. In beide meningen zit wel een stuk waarheid. Wat het overwegende effect zal zijn bij invoering van de dissenting opinion in Nederland, is moeilijk te voorspellen. Vrijwel alles zal afhangen van wat door de dissenting opinion aan onzekerheden en verschillen van inzicht aan het licht zal worden gebracht. Het geheim van de raadkamer staat een oordeel hierover in de weg. Het zal bovendien in ieder tijdsgewricht verschillend kunnen zijn. In een tijd, waarin aan de persoonlijke overtuiging en aan de billijkheid in het concrete geval een overheersende betekenis wordt toegekend, zal de dissenting opinion vermoedelijk tot grotere spanningen aanleiding geven dan in tijden, waarin de rechtszekerheid meer op de voorgrond staat.

Men hoede zich voor de illusie, dat deze spanningen kunnen worden weggenomen door het publiek te doordringen van de juistheid van het

(1) Zie hierover Winkel pag. 417/8.

(2) Vgl. Zweigert pag. D 17; Prof. Dr. Dr. h. c. Ernst Friesenhahn, 47. *Deutscher Juristentag*, pag. R 51 e.v. en R 66; Dr. Johannes Strelitz, idem pag. R 72 e.v..

beginsel, dat de principes van democratische besluitvorming ook in de raadkamer worden toegepast. Daarvoor hebben de spanningen een te reële grondslag. Natuurlijk zal het gevoel, dat een bepaalde beslissing niet met een krappe meerderheid genomen had mogen worden, in veel gevallen louter op onbegrip berusten en terug te voeren zijn op niet meer dan onvrede met de beslissing zelf. Dit betekent evenwel ten eerste niet dat het altijd materieel juist zal zijn, dat de meerderheid de bezwaren van de minderheid naast zich neer heeft gelegd. Een democratie berust op het beginsel 'leven en laten leven' en één van de belangrijkste taken van het recht is om dit beginsel te verwezenlijken. Een dissenting opinion kan een aanwijzing zijn, dat aan deze eis niet is voldaan. In bepaalde gevallen zal immers de meerderheid ervan af moeten zien om door middel van een stemming haar wil te doen zegevieren. In de tweede plaats pretendeert het recht een zekere mate van vastheid en berekenbaarheid te hebben. In gelijke gevallen moet gelijk worden beslist. Het vertrouwen in deze pretentie wordt geschokt, als de rechterlijke beslissingen telkens weer eenstemmigheid blijken te missen.

Deze spanningsvelden zijn ook nu al in het recht aanwezig. Zij zouden door de dissenting opinion alleen veel openlijker aan het licht komen. Op zichzelf is hier echter niets tegen. Bezinning op problemen, als hierboven aangegeven, kan alleen maar nuttig zijn.

d. De genoemde bezwaren en spanningen moeten overigens niet worden onderschat. Een sinds de vorige eeuw vrijwel onafgebroken vloeiende stroom geschriften over de dissenting opinion in de Verenigde Staten legt daarvan getuigenis af. (1) Telkens weer wordt gewaar-

(1) Zie, behalve de elders in dit preadvies aangehaalde literatuur, onder meer: Redactionele noot, Dissenting Opinions, 20 *American Law Review* (1886) pag. 428 e.v.; Emlin McClain, Dissenting opinions, 14 *Yale Law Journal* (1905) pag. 191 e.v.; Ben W. Palmer in een serie van negen artikelen met verschillende titels in de *American Bar Association Journal*, vol. 34 (1948) pag. 554 e.v., 677 e.v., 761 e.v., 887 e.v., 1000 e.v., 1092 e.v., vol. 35 (1949) pag. 12 e.v., 101 e.v., 189 e.v.; R. Dean Moorhead, Concurring and Dissenting Opinions, 38 *American Bar Association Journal* (1952) pag. 821 e.v.; Roscoe Pound, Cacoethes Dissentiendi: The Heated Judicial Dissent, 39 *American Bar Association Journal* (1953) pag. 794 e.v.; Bernard Schwarz, *The Supreme Court*, 1957, pag. 354 e.v. (in een hoofdstuk getiteld 'Dissentio ad Absurdum'); *Learned Hand, The Bill of Rights*, 1958, pag. 72/3; Karl M. ZoBell, Division of opinion in the Supreme Court: A history of judicial disintegration, 44 *Cornell Law Quarterly* (1958-1959); William E. Hirt, In the matter of dissents inter judices de iure, 31 *Pennsylvania Bar Association Quarterly* (1959-1960)

schuwd tegen een teveel aan dissenting en concurring opinions, maar ook telkens weer voelen anderen (vooral rechters) zich verplicht om de dissenting opinion tegen de aanvallen te verdedigen. De meeste kritiek richt zich op de U.S. Supreme Court (vooral sinds de Tweede Wereldoorlog), maar zij is allerminst tot dit college beperkt. Opvallend is evenwel, dat eigenlijk niemand het probleem wil oplossen door de dissenting opinion af te schaffen. Men wil dat de rechters zich meer moeite geven om een gemeenschappelijke noemer (of desnoods twee noemers, maar liefst niet meer) te vinden. Men wil dat de rechters de inschikkelijkheid betonen om niet van alles een breekpunt te maken. Men wil dat de rechters zich meer richten naar de precedenter en minder naar hun persoonlijke overtuigingen. Men bepleit echter niet, dat rechters in werkelijk belangrijke kwesties, waarin overeenstemming niet mogelijk is, hun afwijkende inzichten niet naar buiten mogen laten blijken.

Aldus pleit men in zekere zin voor een tussenstelsel: de wet moet de rechters vrijlaten om hun afwijkende mening naar buiten te doen blijken; de rechters moeten deze vrijheid in wijs beleid gebruiken, zich inspannen om tot overeenstemming te komen, en zich achter de uitspraak van het college opstellen als er geen goede reden is om er zich publiekelijk van te distancieren. Dit standpunt komt bijv. duidelijk naar voren in de volgende passage uit Charles Evans Hughes' boek over *'The Supreme Court of the United States'*, waarvan hij Chief Justice was:

'There are some who think it desirable that dissents should not be disclosed as they detract from the force of the judgment. Undoubtedly, they do. When unanimity can be obtained without sacrifice of conviction, it strongly commends the decision to public confidence. But unanimity which is merely formal, which is recorded at the expense of strong, conflicting views, is not desirable in a court of last resort, whatever may be the effect upon public opinion at the time.' (1)

Indien de dissenting opinion zo wordt toegepast, lijkt er weinig reden om bevreesd te zijn voor een ongunstige publieke reactie, ook al zullen

pag. 256 e.v.; Percival E. Jackson, *Dissent in the Supreme Court, a Chronology*, 1969.

Ook ten aanzien van het Internationale Gerechtshof kan men dergelijke klachten vernemen. Zie bijv. R. P. Anand, 14 *Int. and Comp. L. Quarterly* (1965) pag. 789; E. Hambro, 34 *Nordisk Tidsskrift for Int. Ret* (1964) pag. 189.

(1) t.a.p., 1st ed. 1928, pag. 67.

er altijd wel individuele gevallen overblijven van onbegrip en onvrede over het ontbreken van eenstemmigheid bij bepaalde beslissingen.

e. Een tweede factor die in dit verband een rol speelt, is de manier en toon, waarop de rechters van hun afwijkende inzicht blijk geven. Zoals in § 2 van het Gezamenlijke Gedeelte al is vermeld, permitteren de Amerikaanse rechters zich vaak een vrij directe aanval op de uitspraak van de meerderheid, die in sommige gevallen zelfs kan ont-aarden in een aanval op de meerderheid zelf. Deze stijl leidt vaak tot zeer leesbare en gemakkelijk aansprekende lectuur, maar het is soms moeilijk om niet aan te nemen dat de rechterlijke macht afbreuk doet aan zijn eigen aanzien. Twee vrij recente voorbeelden mogen dit illustreren:

'Only one stark fact emerges with clarity out of the confusing welter of opinions and thousands of words written in this and two other cases today. That fact is that Ginzburg, petitioner here, is now finally and authoritatively condemned to serve five years in prison for distributing printed matter about sex which neither Ginzburg nor anyone else could possibly have known to be criminal.' (Mr. Justice Black, dissenting in *Ginzburg v. United States*, U.S. Supreme Court, 1966, 86 Sup.Ct. 942)

'What is the use of talking about „Stare Decisis” or increased litigation, or the terrible backlog of cases, if a majority of this Court bury Stare Decisis at their daily or weekly or monthly *wish or whim*?' (Bell, Chief Justice, dissenting in *Rietmeyer v. Sprecher*, Supreme Court of Pennsylvania, 1968, 431 Pa. 284, 243 A. 2d 395)

Men zou hieraan vele voorbeelden kunnen toevoegen. Daartegenover staat echter een grote meerderheid van dissenting opinions die wel binnen de grenzen van de betamelijkheid blijven. (1) De gedachte dringt zich overigens op, dat dit soort excessen verband houdt met een meer algemene neiging tot extremen (zowel ten goede als ten kwade), die eigen is aan de Amerikaanse cultuur.

f. Ik zou de mogelijkheden van misbruik niet willen gebruiken als argument tegen de dissenting opinion. De kans dat ijdelheid, zelfoverschatting, gebrek aan relativiteitszin en andere kleine, menselijke eigenschappen door de dissenting opinion een extra kans krijgen de

(1) Aldus ook Fuld, 62 *Columbia Law Review* (1962) pag. 926.

kop op te steken, is geen reden om de deur van de raadkamer gesloten te houden als ware deze een doos van Pandora. Een zeker vertrouwen in de gematigdheid en zelfbeheersing van de Nederlandse rechter lijkt trouwens wel op zijn plaats, al maant de algemene neiging tot polarisatie tot voorzichtigheid bij dergelijke oordelen. De verstandige rechter zal zich bovendien realiseren dat een dissenting opinion in zekere zin steeds een bewijs van falen is, falen nl. om zijn collegae te overtuigen. Dit dwingt tot bescheidenheid bij het gebruik van de dissenting opinion.

4.4. Het juridische publiek in het bijzonder

Hier komt aan de orde de betekenis van de dissenting opinion voor de rechtsvorming en voor de rechtswetenschap.

a. In § 2 is al aangegeven, dat het voor de toepassing van het beginsel 'stare decisis' in principe geen verschil maakt of een uitspraak eenstemmig is gedaan of slechts berust op een meerderheidsbesluit. Gelijke gevallen moeten gelijk worden behandeld. De rechtszekerheid vereist dat de rechter trouw blijft aan een eenmaal uitgezette lijn. De rechter, die zijn standpunt eenmaal verworpen zag, zal er in een volgende zaak rekening mee moeten houden dat het recht mede bepaald is door de uitspraak, waar hij het niet mee eens was.

Dit maakt, dat het afgeven van een dissenting of concurring opinion lang niet altijd zinvol is voor de rechtsvorming. Op een gebied waar vastheid van regels van essentieel belang is, zal een dissenting opinion doorgaans meer kwaad dan goed doen. Zij suggereert een onzekerheid ten aanzien van de toepasselijke rechtsregels, die er in feite niet (meer) is. Het beginsel 'stare decisis' geldt echter niet zonder beperkingen. In deze beperkingen schuilt de voornaamste betekenis van de dissenting opinion voor de rechtsvorming.

Een dissenting opinion kan aangeven, dat de lijn die in de uitspraak besloten ligt, niet zonder bedenkingen is en dat hij niet (nog) verder moet worden doorgetrokken. Het minderheidsoordeel kan verder betekenen, dat het recht op het betreffende gebied onzeker of in beweging is, en dat men dus uit de uitspraak niet te veel consequenties moet trekken, of dat men met veranderingen rekening moet houden. Een goed gemotiveerde dissenting opinion kan van dit alles niet alleen een teken zijn, maar kan deze ontwikkelingen ook bevorderen. De

waarschuwendende werking, die aldus van dissenting opinions uitgaat, bevordert tot op zekere hoogte de rechtszekerheid, omdat het ontstaan van een onjuist beeld van het recht wordt voorkomen. Dit kan er ook toe bijdragen dat de rechter zich vrijer voelt om tot een geleidelijke koerswijziging over te gaan. Als in een dissenting opinion bij een vorige uitspraak het waarschuwingssignaal is gehesen dat veranderingen op til zijn, verliest het argument, dat de verandering in strijd zou zijn met de rechtszekerheid, aan kracht. (1)

In het uiterste en voor de schrijver van de dissenting opinion meest bevredigende geval zal de afwijkende mening ertoe bijdragen, dat de rechtspraak alsnog omgaat. Als lichtende voorbeelden worden in dit verband nogal eens genoemd een tiental gevallen waarin belangrijke dissenting opinions van de al in § 2 van het Gezamenlijke Gedeelte genoemde rechter Holmes na kortere of langere tijd tot 'the law of the land' zijn verheven. (2) Het is overigens moeilijk om de betekenis van de dissenting opinion in dit opzicht te beoordelen. In vrijwel alle voorbeelden die gegeven worden, gaat het om gevallen waarin de betrokken uitspraak ook uit andere hoeken ernstige kritiek te verduren heeft gekregen. Het lijkt in het algemeen niet waarschijnlijk, dat die kritiek zou zijn uitgebleven als de dissenting opinion niet geschreven zou zijn. Dit betekent natuurlijk niet, dat van een overtuigend geformuleerde dissenting opinion geen grote invloed kan uitgaan. Enige voorzichtigheid bij het gebruiken van het hier beschreven argument is echter wel geboden. (3) Men moet bovendien niet vergeten, dat het belang van de rechtszekerheid ertoe dwingt om zuinig te zijn met dergelijke frontale koersveranderingen. Verder bedenke men, dat een krachtige,

(1) Een directere manier om dit probleem te lijf te gaan zou zijn de invoering van het zgn. 'prospective overruling': de rechter past in de hem voorgelegde zaak gewoon de tot dan toe aangenomen regels toe, maar kondigt aan dat hij dit een volgende keer niet meer zal doen; vgl. Carl H. Fulda, *Prospective Overruling of Court Decisions in Germany and the United States*, 13 *American Journal of Comparative Law* (1964) pag. 438. Het is hier niet de plaats op deze gedachte in te gaan: een geleidelijk omgaan van een rechtscollege 'via' dissenting opinions doet er echter enigszins aan denken.

(2) Zie Leyten, pag. 699, die ook nog andere voorbeelden noemt. Zie ook ZoBell, 44 *Cornell Law Quarterly* (1958-1959) pag. 195 e.v.. Op het door Leyten en ZoBell genoemde getal van 173 dissenting opinions van Holmes (gedurende 30 jaar) wordt door Zweigert, 47. *Deutscher Juristentag* pag. R 128, een verfijning aangebracht door de aantekening dat niet al deze afwijkende oordelen rechtsvragen betroffen.

(3) Aldus ook Evans, 3 *Missouri Law Review* (1938) pag. 129; ZoBell, a.w. pag. 211; Fuld, 62 *Columbia Law Review* (1962) pag. 927.

frontale aanval op een bepaalde regel het bezwaar heeft dat daardoor overduidelijk komt vast te staan, dat het geldende recht heel anders is dan men zou willen. (1)

Een dissenting of concurring opinion kan tenslotte aspecten uit de zaak naar voren halen, die in de meerderheidsuitspraak (te) weinig aan bod zijn gekomen. Dientengevolge kan het minderheidsoordeel bijdragen tot een beter en vollediger inzicht in de zaak. Dit is voor de rechtswetenschap van veel belang. De rechtspraktijk, die in het algemeen behoefte heeft aan gemakkelijke verstaanbaarheid van het recht, zal er wel eens wat moeite mee hebben. Bickel wijst er overigens op, dat juist het hier besproken aspect de overstemde rechter wel eens kan doen besluiten om zijn mening niet bekend te maken. Hij zal hiertoe met name besluiten, als de beslissing van de meerderheid weliswaar berust op, of een aanzet is tot een door hem onjuist geachte regel, maar dit nochtans uit de motivering niet duidelijk blijkt. In zo'n geval kan het verstandig zijn om niet in een dissenting opinion de aandacht op de regel te vestigen, en te hopen dat de regel vanzelf een stille dood zal sterven. (2)

Men ziet het, dissenting opinions kunnen zeer verschillende betekenissen hebben voor de rechtsvorming. Zij kunnen zelfs zonder betekenis zijn: de overstemde rechter kan gewoon ongelijk hebben of een mening huldigen die toch nooit recht zal worden. Niettemin, de ervaringen in het buitenland met de invloed van de dissenting opinion op de rechtsvorming zijn in het algemeen positief. Er is daarom alle reden om aan te nemen dat invoering ook in Nederland een verrijking van het recht zou betekenen. Alles hangt echter, zoals gezegd, af van de wijze van toepassing en dus van de kwaliteiten van de rechterlijke macht die de dissenting opinion moet toepassen.

b. Vele van de zojuist besproken, gunstige effecten van de dissenting opinion worden voor een deel ook wel bewerkstelligd door besprekingen van de rechtspraak in noten, artikelen in vakbladen en andere

(1) Roger J. Traynor, *Some Open Questions on the Work of State Appellate Courts*, 24 *Un. of Chicago Law Review* (1957), pag. 218.

(2) Vgl. Alexander M. Bickel: *The unpublished opinions of Mr. Justice Brandeis*, 1957, Phoenix edition 1967, pag. 30.

Dit werk bevat interessante beschouwingen over de vele, verschillende factoren die het besluit om al of niet een dissenting opinion af te geven kunnen beïnvloeden.

wetenschappelijke publikaties. (1) De dissenting opinion heeft echter op twee manieren een waarde, die aan de vakliteratuur ontbreekt:

- Zij ontlokt een extra bijdrage tot de rechtsvorming aan hen, die zich bij uitstek in de merites van de zaak hebben verdiept. Zonder de dissenting opinion is deze bijdrage slechts mogelijk via wetenschappelijke publikaties van een meer algemeen karakter, waartoe geen enkele rechter meer dan incidenteel de tijd en energie zal kunnen vrijmaken.
- Het is waardevol, als de betrekkelijke waarde (of, zo men wil, onwaarde) van een uitspraak terstond bij haar geboorte in het licht wordt gesteld.

c. De betekenis van de dissenting opinion is niet voor ieder deel van het recht even groot. Waar het gaat om min of meer technische wets-toepassing, zal een dissenting of concurring opinion slechts zelden wat tot de rechtsvorming kunnen bijdragen. Naarmate een onderdeel van het recht minder gevormd is, zullen niet alleen verschillen van inzicht vaker voorkomen, maar zal ook het naar buiten blijken daarvan van grotere waarde kunnen zijn voor het recht. In het bijzonder zullen dissenting en concurring opinions grote betekenis kunnen hebben, als het gaat om beslissingen waarop de wereldbeschouwelijke of politieke opvattingen van de rechters grote invloed hebben (of kunnen hebben). Niet voor niets speelt de dissenting opinion bij een 'policy-making body' als de Supreme Court in Amerika zo'n grote rol. Dergelijke beslissingen zullen natuurlijk vaker voorkomen, als toetsing van wetten aan de grondwet geoorloofd is, maar ook zonder dat zijn er legio gevallen waarin zeer wezenlijke vragen aan de orde komen.

Prakke heeft nochtans naar voren gebracht, dat ten aanzien van toetsing van wetten dissenting en concurring opinions een bijzondere waarde kunnen hebben, die samenhangt met een speciale betekenis van die toetsing. Deze betekenis zou nl. niet in de eerste plaats liggen in het wegsnoeien van wetten die de toets niet kunnen doorstaan ('the checking work of judicial review'), maar vooral in 'the legitimating work of judicial review', het duidelijk maken dat en waarom aangevochten wetten wel in overeenstemming met de grondwet zijn. Het slagen hiervan hangt vooral af van het gewicht van de betrokken beslissing en die kan gunstig worden beïnvloed door de dissenting

(1) Aldus S. J. M. van Geuns, bespreking van Fockema Andreae, Th. 1935 pag. 284/5.

opinion, mits verstandig gehanteerd. (1) Dit veronderstelt wel dat de dissenting opinion inderdaad tot een meer diepgaande motivering leidt.

d. Een enkel woord moet nog gewijd worden aan de concurring opinions. Het feit dat een rechter aankondigt dat hij het weliswaar eens is met het resultaat, waartoe de meerderheid komt, maar niet met de redenen die zijn mederechters daarvoor aanvoeren, verzwakt uiteraard de betekenis en het gezag van de meerderheids-uitspraak. In zoverre staat de concurring opinion op één lijn met de dissenting opinion.

Indien echter de concurring opinion een toch al krappe meerderheid ten aanzien van het resultaat uiteen doet vallen ten aanzien van de gronden, ontstaat een onzekerheid en een onduidelijkheid, die voor het gezag van de uitspraak en van de rechtspraak in het algemeen niet gunstig zijn, en waarmee de rechtsvorming doorgaans evenmin gediend zal zijn. Het kan zelfs zijn dat de splitsing zodanig is, dat uit de uitspraak geen enkele meer algemene conclusie kan worden afgeleid. De enige die wat aan zo'n uitspraak heeft, is de rechtgeaarde docent. Het antwoord, dat uit een rechtsbeslissing geen enkele conclusie getrokken kan worden behalve dat de heren het oneens waren, is zo onverwacht, dat met een desbetreffende vraag succes gegarandeerd is.

Deze gevaren manen tot een voorzichtige toepassing van de mogelijkheid een concurring opinion af te geven. Niettemin kan zij onder omstandigheden gerechtvaardigd en zelfs van waarde zijn. Dit stelt echter hoge eisen aan haar motivering. Een concurring opinion die de lezer in de onzekerheid laat over de bedoeling van de betrokken rechter, tast slechts het gezag van de uitspraak aan en verdient afkeuring. (2)

e. Zal de beoefenaar van de rechtspraktijk wel eens – al dan niet terecht – klagen over de vertroebelende werking van dissenting en concurring opinions, de theoreticus zal hier minder last van hebben. Voor de beoefenaar van de rechtswetenschap zal de dissenting opinion welkom en interessant studiemateriaal opleveren, niet alleen voor wat betreft de materiële inhoud van het recht, maar ook met betrekking tot

(1) L. Prakke, *Toetsing in het publiekrecht*, diss. Un. v. Amsterdam, 1972, pag. 19/20.

(2) Zie over deze problemen: B. E. Witkin, *Appellate Court Decisions, A Syllabus for Panel Discussions at The Appellate Judge's Conference*, American Bar Association 1966, pag. 66; vgl. ook Henry J. Abraham, *The Judicial Process*, 2nd ed. 1968, pag. 207.

de besluitvormingsprocessen in de rechtscolleges. Ook de docent, die bij zijn onderwijs gebruik maakt van jurisprudentiestudie ('case method'), zal de verscheidenheid aan meningen met vreugde begroeten. (1) 'Oh boy! How the law professors do love dissenting opinions!', constateert Evans tevreden naar aanleiding van de resultaten van een kleine enquête naar de waardering van de dissenting opinion onder verschillende groepen juristen. (2)

§ 5. *Conclusie en uitwerking*

5.1. Opheffing van wettelijke beletselen

Hiermee hebben wij ons overzicht van de te verwachten effecten van de dissenting opinion en van de voor en tegen invoering daarvan pleitende argumenten voltooid. De conclusie kan niet eenduidig zijn, maar het is wel mogelijk om met een zekere marge een resultante van alle in verschillende richtingen werkende argumenten aan te geven.

Er blijken geen goede redenen te bestaan om het wettelijk verbod van de dissenting opinion te handhaven. Mits verstandig toegepast, blijkt de dissenting opinion verscheidene gunstige gevolgen te hebben. De belangrijkste hiervan zijn:

- het is voor de individuele rechter bevredigend, als hij van zijn hart geen moordkuil behoeft te maken wanneer de meerderheidsbeslissing ernstig tegen zijn overtuiging indruist;
- de dissenting opinion geeft de buitenwereld een duidelijker beeld van de opvattingen en kwaliteiten van de individuele rechters;
- als dit beeld gunstig is, zal dit duidelijkere beeld het vertrouwen in en het aanzien van de rechterlijke macht alleen maar kunnen bevorderen; of het beeld gunstig zal zijn, hangt af van de wijze van toepassing;
- een goede dissenting of concurring opinion verhoogt de betekenis van de uitspraak voor de rechtsvorming.

Daartegenover staan echter verschillende bezwaren, of juister: gevaren. De voornaamste hiervan zijn:

- de bovengenoemde gunstige gevolgen hangen in sterke mate af

(1) Mr. J. van Baars noemde op de vorige vergadering van de N.J.V. de dissenting opinion zelfs een vereiste voor een succesvolle toepassing van de door hem bepleite case-method.

(2) 3 *Missouri Law Review* (1938) pag. 127.

- van een verstandige toepassing van het instituut; een onverstandige hantering kan op bijna alle punten een averechts effect hebben;
- de dissenting opinion kan in bepaalde gevallen de onafhankelijkheid van de rechters in gevaar brengen;
- indien de dissenting opinion een teveel aan meningsverschillen aan het licht zou brengen, zou dit afbreuk doen aan het gezag van de rechtspraak.

Met uitzondering van de beïnvloeding van de onafhankelijkheid kunnen al deze gevaren ondervangen worden door een goed beleid van de rechter zelf. Of men hierop durft te vertrouwen, hangt grotendeels af van het vertrouwen dat men in de (huidige en toekomstige) rechterlijke macht wil stellen. Het lijkt evenwel weinig rationeel om aan mensen, aan wie men wel de rechtspraak toevertrouwt, op dit beperkte punt het vertrouwen te onthouden.

Wanneer men het accent legt op het beleid van de rechter ten aanzien van het al dan niet openbaren van zijn eigen opvatting, komt aan de vermelding dat een bepaalde uitspraak namens het gehele college wordt gedaan een beperkte betekenis toe. Deze vermelding behoeft dan immers niet te betekenen, dat alle rechters het werkelijk eens waren. Zij kan ook niet meer inhouden dan dat een minderheid van de rechters weliswaar zelf de zaak anders had willen beslissen, maar het opportuun geoordeeld heeft om zich zonder commentaar bij de mening van de meerderheid neer te leggen. Ook dit is een soort van stem. Maar het heeft geen zin te verhelen, dat de aldus door de dissenting opinion bereikte openheid slechts betrekkelijk is. Tenzij de collegiale uitspraak een tipje van de sluier oplicht, zal de ware betekenis van de naar buiten gepretendeerde eenheid schuil gaan in het geheim van de raadkamer. Niettemin zal een bewust gekozen eenheid meer inhoud hebben, dan de thans door de wet opgelegde schijn van eenheid.

5.2. Facultatief karakter

Uit het vorenstaande volgt, dat de wet het al dan niet vermelden van afwijkende meningen en het al dan niet motiveren daarvan volledig vrij moet laten. Het verplicht stellen van de vermelding van het stemresultaat zou zinloos zijn. Zoals gezegd, ook het besluit om zich stilzwijgend bij de meerderheid neer te leggen is een vorm van stem. Het bloed kruipt toch waar het niet gaan kan. Een verplichting tot motivering van een afwijkende stem zou evenmin zinvol zijn. Vaak zal al uit

de uitspraak van de meerderheid duidelijk zijn, wat de redenen voor een afwijkende mening moeten zijn geweest. Wel zal natuurlijk de rechter, die een afwijkende stem bekend maakt, zich ervan moeten vergewissen dat zijn motieven niet in het onzekere blijven.

Men kan zich nog afvragen, of het besluit om zijn afwijkend oordeel openbaar te maken, uitsluitend moet worden genomen door de betreffende rechter zelf. De uitspraak, waarvan hij het gezag en de betekenis gaat aantasten, of althans beïnvloeden, is niet de zijne.⁽¹⁾ Niettemin meen ik, dat het niet in overeenstemming zou zijn met de ratio (of rationes) van invoering van de dissenting opinion om de mederechters over de bekendmaking van het afwijkend oordeel te doen beslissen.

5.3. Tijdstip van bekendmaking; naamsvermelding

Het minderheidsoordeel wordt openbaar gemaakt als onderdeel van de uitspraak van het college. Het moet vanzelfsprekend aan de overige leden van het college bekend zijn voordat een definitieve beslissing in de zaak wordt genomen. De vrijheid om van afwijkende inzichten blijk te geven, geeft niet de vrijheid om dit nog te doen na het uitspreken van het vonnis of arrest.

Een volgende vraag is, of bij de bekendmaking van het afwijkende oordeel tevens de naam van de betreffende rechter moet worden vermeld. Leyten heeft ervoor gepleit om dit in beginsel niet te doen (zie hierboven § 3.2.). Ik vind dit weinig consequent en een miskennis van een groot deel van de ratio van invoering van de dissenting opinion.

5.4. Feitelijke- en rechtsvragen; strafrecht

De negatieve invloed die van een dissenting of concurring opinion kan uitgaan, noopt ertoe deze te beperken tot vragen van meer algemeen belang. Bekendmaking van afwijkende oordelen die uitsluitend betrekking hebben op de feiten van het geval, is daarom in het algemeen af te raden. Het zou evenwel onjuist zijn de dissenting opinion

(1) Vgl. de op pag. 23 vermelde regel van de 'Criminal Division of the Court of Appeal' in Engeland.

formeel te beperken tot rechtsvragen. In de eerste plaats zou men door zo'n regel onnodig problemen scheppen, omdat het onderscheid tussen feiten en recht vaak uiterst subtiel is, naar de cassatierechtspraak leert. In de tweede plaats zijn gevallen denkbaar, waarin zelfs een kwestie van zuiver feitelijke aard – bijv. de vraag, of het bewijs van een bepaald feit geleverd is, of zelfs de strafmaat – de overstemde rechter van zoveel betekenis voorkomt, dat hij zich gedrongen voelt tot spreken. Ik zou hem daartoe de vrijheid willen laten.

Evenmin zou ik bepaalde delen van het recht voor de dissenting opinion willen afsluiten. Men zou hier in het bijzonder aan het strafrecht kunnen denken. Het gezagsmoment van de rechterlijke uitspraak is in dit deel van het recht van uitzonderlijk belang. Dit dwingt tot grote terughoudendheid bij het gebruik van de dissenting opinion. Anderzijds komen in het strafrecht vragen van zo wezenlijke betekenis aan de orde, dat een goede dissenting of concurring opinion juist hier van groot belang zal kunnen zijn. Ik zou daarom ook hier willen vertrouwen op het wijs beleid van de rechter.

5.5. Bij welke colleges?

a. Het gevaar, dat de openbaarheid, of zelfs maar de mogelijkheid van openbaarheid, de onafhankelijkheid beïnvloedt van de rechters, ten aanzien van wie de grondwettelijke waarborgen van onafhankelijkheid ontbreken en van wie bovendien het maatschappelijke zwaartepunt buiten de rechtersfunctie ligt, acht ik doorslaggevend. Alleen al de overweging dat beïnvloeding mogelijk zou zijn, beïnvloedt de onafhankelijkheid. (1)

Mijn huiver is vooral gebaseerd op de bindingen met maatschappelijke groeperingen, die sterk betrokken zijn bij de door het college berechte zaken. Het element dat een benoeming tijdelijk is en mogelijkzins in de toekomst niet verlengd zou kunnen worden, is naar mijn smaak van minder betekenis.

De dissenting opinion komt dus niet in aanmerking voor het grootste deel van de administratieve rechtscolleges en voor de militaire gerechten (zie § 4.1. sub g).

b. Er is geen principiële reden om de dissenting opinion te beperken

(1) Vgl. Dr. Otto Pecher, 47. *Deutscher Juristentag* pag. R 80.

tot de hoogste rechtscolleges. Wel zal de dissenting opinion in de rechtspraak van de hogere colleges een belangrijker rol kunnen vervullen dan bij de lagere colleges wegens het grotere aantal principiële vragen dat aan de orde komt. Aan de andere kant kan een dissenting of concurring opinion van een lagere rechter een bijzonder effect hebben, doordat zij aanspoort om de zaak nog eens voor een hogere instantie uit te vechten of doordat zij bijdraagt tot de oordeelsvorming van de hogere rechter.

Niettemin kan het verstandig zijn om de dissenting opinion niet meteen in te voeren bij alle colleges, die daarvoor in aanmerking komen, maar te beginnen met de Hoge Raad. Indien deze proef goed bevalt, kan men ook andere colleges op dit punt vrijlaten. Indien daarentegen de ervaringen bij de Hoge Raad teleurstellend zouden zijn, mag men rustig aannemen dat het instituut nergens in Nederland tot bloei kan komen. Geen ander rechtscollege biedt betere waarborgen voor een verstandige toepassing en bij geen ander rechtscollege kan de betekenis van de dissenting opinion voor de rechtsvorming groter zijn. Juist daarom is er alle reden om te verwachten, dat teleurstellingen ons bespaard zullen blijven.

Men mag van de dissenting opinion geen wonderen verwachten. Zij kan niet meer dan een bescheiden bijdrage leveren tot verbetering van de rechtspraak. Deze bijdrage is evenwel allerm minst zonder belang. Invoering van de dissenting opinion bij de komende herziening van de rechterlijke organisatie verdient dan ook aanbeveling.