

RECHT EN RECHTSPRAAK VANAF 2040

Liber amicorum Fred Hammerstein

ONDER REDACTIE VAN:

ROB VAN GESTEL
JAN VRANKEN

Boom juridisch
Den Haag
2021

DE 'AI-CRATIE' EN EEN ZELDZAME DAAD VAN RECHTERLIJK VERZET¹

Overpeinzingen over rechtspleging zonder rechterlijke macht maar mét 'artificial intelligence'

Ivo Giesen*

Achteraf gezien is het eigenlijk ongelooflijk hoeveel juristen, ook de meest gelauwerde en beste van die tijd, zich nog meenden te moeten verzetten tegen de introductie van de 'dissenting opinion' ...

Achteraf bezien zijn ook zij, juist zij, blij en opgelucht dat het er toch van gekomen is, net voor het te laat was ...

'Als we hadden kunnen voorzien wat er zou gebeuren, dan waren we eerder omgegaan', zei men dan meteen daarbij. Alsof dat er nu nog toe doet ...

Nu, nu het 5 over 12 is en we – gelukkig – heel af en toe, voor heel even, de klok naar 2 vóór 12 kunnen terugzetten ...

1 INLEIDING

Je zou kunnen zeggen: wat doet het ertoe? We gaan met zijn allen toch wel naar de haaien (of tegenwoordig beter: naar de woestijnratten, nu de Sahara blijft oprukken). Aangezien de mens er niet in geslaagd is de klimaatopwarming te stoppen

1. Noot van de redactie: De navolgende bijdrage is pure fictie; enige gelijkenis met bestaande personen, levend of dood, organisaties of daadwerkelijke gebeurtenissen, berust op louter toeval en is zeker niet intentioneel. Met dank aan Elbert de Jong voor zijn opbouwende kritiek.

* Ivo Giesen was ooit, in lang vervlogen dagen, Hoogleraar privaatrecht en Hoofd van het Departement Rechtsgeleerdheid van de Universiteit Utrecht, en verbonden aan het Utrecht Center for Accountability and Liability Law (Ucall). Hij ging in 2040 met vervroegd pensioen; tot die tijd doceerde hij aan de LowLandsUniversity, vestiging Arnhem, het vak 'Privaatrechtsgeschiedenis II: de rechter'. Hij deed dat onder de voorwaarden van het welbekende 'Besluit overgangsregeling overtollige academici in de rechtsgeleerdheid' (te vinden via de European Legislation Identifier, onder ELI:NL:VATJZ:2031:101). Deze bijdrage werd afgesloten op 24 januari 2041; met nadien verschenen rechtspraak hoefde geen rekening te worden gehouden want die week uiteraard niet af van wat er tot dan toe al bekend was. Literatuur was er niet meer, zoals bekend, behalve via ondergrondse juristennetwerken, maar de auteur zweert dat hij zich daarmee nooit zou inlaten; dat zou immers het gezag van De Rechtspraak kunnen aantasten. Met dank aan de Autoriteit Universitair Personeel (AUP) voor de toestemming om deze bijdrage niet in het Chinees of Engels te hoeven schrijven en de filmrechten te mogen verkopen.

toen dat nog kon – in de jaren twintig, en men zelfs nog kans op kans aangereikt kreeg om stevig door te pakken² – en we dus toch met een jaar of vijftig, maximaal, ten onder gaan, maakt het niet meer zoveel uit, eigenlijk. Dat we de boel verkwanseld hebben. Dat we de menselijke maat overal, ook in de rechtspraak, hebben laten ‘uitfaseren’, zoals dat in die tijd genoemd werd. Maar dat is mij net te fatalistisch. Hoop doet leven. Toch? Nou ja, dat dachten we vroeger in elk geval wel nog.

Het doet er dus wel degelijk toe. Die op zich hele kleine, maar – zeker achteraf – gelukkige stap om, na vele decennia discussie, de mogelijkheid van een dissenting opinion, de geopenbaarde afwijkende mening van een individueel lid van het meervoudig samengestelde rechterlijk college dat de uitspraak gewezen heeft, wettelijk open te stellen. Overigens gebeurde het niet om de redenen die men vroeger, rond 2027, nog voor zich zag, maar om redenen die niemand toen nog kon of wilde bevroeden, hoewel de tijdgeest ook indertijd al zwanger was van aanknopingspunten voor de richting die we nadien gegaan zijn.

2 VOORGESCHIEDENIS

In vogelvlucht volgen hier eerst nog even de – bekende en minder bekende – stappen die de wereld sinds De Grote Pandemie van 2020-2021 gezet heeft, voor zover voor ons hier en nu nog relevant:

2020-2021: De COVID-19-pandemie heeft alle hoogopgeleiden, onder wie de rechtsgeleerden, uit kantoor- en academiegebouwen naar thuiswerkplekken gejaagd, en iedereen ‘online-fähig’ gemaakt. Iedereen, dus inclusief de rechterlijke macht, die na een ‘slow start’ (begin 2020 ging alles en iedereen plompverloren dicht, exit openbaarheid; dat leek enigszins ‘over the top’ te zijn,³ zodat vervolgens nog enige tijd ‘fysiek’ geprocedeerd werd) in de jaren erna het momentum greep om de eerder mislukte omschakeling naar digitale rechtspraak versneld door te kunnen voeren.

2023: De rechterlijke macht werkt nu volledig online; gerechtsgebouwen sluiten, al geldt er een overgangperiode van vijf jaar voor ‘bijzondere gevallen’. Rechterlijke ambtenaren werken vanuit huis, waar nodig met videoverbindingen voor partijen, getuigen, deskundigen enzovoort in het kader van de mondelinge behandeling.

2. Toen de Nederlandse Hoge Raad (de voorloper van de Raad voor de Bijzondere Rechtspleging (RBR); toen nog het hoogste rechtscollege van wat toen nog het land Nederland was) uitspraak deed in de zogenoemde Urgenda-zaak (HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier) en de overheid daarmee verplicht werd om de uitstoot van CO₂ veel sterker en sneller te reduceren dan de staat zelf van plan was, lag er een uitstekende kans om (in elk geval in deze contreien van de wereld) iets te doen aan de toen nog relatief milde opwarming van aarde.
3. Hoewel de rechter die handelwijze later goedkeurde, zie HR (strafkamer) 15 december 2020, ECLI:NL:HR:2020:2008 (Openbaarheid en Covid-19). Kritisch over die vroege zelfverkozen sluiting de blog van A. Hammerstein, ‘Overpeinzingen bij een crisis’, www.ru.nl/cpo/verderdenken/columns/overpeinzingen-crisis/, laatst gezien op 24 januari 2041).

2025: President Trump start zijn tweede termijn als president van de Verenigde Staten door (opnieuw) alle eerder gesloten klimaatakkoorden op te zeggen; de gevolgen zijn dramatischer dan gedacht omdat onder andere China, India (inmiddels de grootste wereldmacht), Brazilië, Groot-Brittannië (florerend na de Brexit van 2020) en Rusland volgen en er de facto dus geen akkoord meer bestaat. De opwarming van de aarde neemt sindsdien weer toe in plaats van af. De tot dan gevolgde klimaatmodellen blijken te optimistisch te zijn geweest.

2027: De mogelijkheid van een dissenting opinion wordt ingevoerd onder bezielende leiding van de in 2026 benoemde president van de Hoge Raad, mr. M.J. Borgers. Hoewel menigeen daardoor verrast werd, was dit het sluitstuk van een wetgevingsoperatie, in delen, die gestart is na het rapport van de commissie-Hammerstein (uit 2008!) om de taak van de Hoge Raad te herijken.⁴ Artikel 80a Wet op de rechterlijke organisatie (Wet RO), de civiele cassatiebalie en de mogelijkheid van het stellen van prejudiciële vragen aan de Hoge Raad werden in 2012 ingevoerd, aanvankelijk positief geëvalueerd⁵ en ook breder uitgerold richting belastingrecht, bestuursrecht en strafrecht. Het verlostelsel in cassatie volgde al snel, conform de verwachtingen, en werd geïntroduceerd in 2027,⁶ tezamen met de algemene regeling voor 'amicus curiae'. Die wetgeving, de Wet verlostelsels in cassatie, die in hoofdzaak geïntegreerd werd in artikel 78 Wet RO, vormde het 'haakje' waarmee de wettelijke regeling van de dissenting opinions werd binnengehaald (via wijziging van art. 75 lid 3 laatste zin Wet RO).

2029: Na verhitte debatten in de Verenigde Vergadering der Staten-Generaal wordt besloten dat de 'state of the art' van de benodigde software en hardware om via 'artificial intelligence' (AI) geschillen af te doen, van dusdanig niveau qua kwaliteit is dat invoering van de 'AI'-rechter mogelijk is; de invoering gaat gefaseerd, startend met de zaken die voorheen onder de bevoegdheid van de civiele

4. Zie Commissie normstellende taak van de Hoge Raad, *Versterking van de cassatierechtspraak. Rapport van de commissie normstellende rol Hoge Raad*, Den Haag 2008, ook wel de commissie-Hammerstein genoemd naar haar voorzitter, mr. A. (Fred) Hammerstein, een van de grootste en scherpzinnigste juristen uit die (en onze) tijd. Fred Hammerstein was o.a. raadsheer in de Hoge Raad, regeringscommissaris, voorzitter van talloze onderzoeks- en adviescommissies, maar bovenal is hij een heel fijn en vrijgevig mens. Dat hij in 2039 op 93-jarige leeftijd (alsnog) de NJV Prijs kreeg uitgereikt uit handen van NJV-voorzitter M.A. Overheul voor zijn vele verdiensten voor de juristerij in Nederland, was volledig terecht en hoogstens veel te laat. Overigens, van de hier besproken 'dissenting opinions' verwachtte hij niets op basis van zijn eigen ervaringen als rechter, zo liet hij schrijver dezes lang geleden weten in een e-mail (dat was toen nog een betrekkelijk snelle en informele manier van communicatie tussen mensen); zelfs hij kon toen echter nog niet voorzien wat er nog in het vat zat ...

5. Zie o.a. F.G.H. Kristen e.a., *Art 80a RO gewogen*, Den Haag: Boom juridisch 2021, alsmede I. Giesen e.a., *De Wet prejudiciële vragen aan de Hoge Raad: een tussentijdse evaluatie in het licht van de mogelijke invoering in het strafrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2016.

6. Voor een vroege discussie daarover, zie bijv. de bijdragen van Van Schendel, Asser, Keirse, Franken en Machielse in: A.M. Hol e.a. (red.), *De Hoge Raad in 2025*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2011.

kantonrechter vielen (zaken tot, in die tijd, 100.000 NEuro's⁷), en eindigend met de zwaardere strafzaken in 2031. Omdat deze werkwijze feilloos is, worden de hogerbereopinstanties afgeschaft. De diverse tot dan bestaande hoogste rechtscolleges (Hoge Raad, Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, Centrale Raad van Beroep, College van Beroep voor het bedrijfsleven) gaan tezamen op in de nieuwe Raad voor de Bijzondere Rechtspleging (RBR), geregeld in de nieuwe artikelen 72 e.v. Wet RO. Waar voorstanders de efficiëntie roemen, spreken tegenstanders van de opkomst van de 'AI-cratie' die (een deel van) de democratische rechtsstaat vervangen heeft.

2031: Wat onvermijdelijk leek, bleek dat ook te zijn: wetenschappelijke reflectie op het recht is niet langer noodzakelijk als De Rechtspraak, op een enkele uitzondering na, volledig en feilloos op AI draait en bestuurskundigen en economen de effecten van wetgeving en rechtspraak onderzoeken. Onder het mom dat de verdere dijkverzwaring stevige financiële offers vergt, worden de faculteiten en departementen Rechtswetenschap van de toen nog bestaande universiteiten en hogescholen gesloten. De nu 'overbodige' rechtswetenschappers zijn ondergronds gegaan of gewoon gestopt; een enkeling mag als docent aan een faculteit Historische wetenschap nog het vak Rechtsgeschiedenis doceren.

2032: De Amsterdamse strafrechter Eline Groenendaal schokt de juridische wereld door het AI-gegenereerde vonnis in de strafzaak tegen Peter R. de V., voormalig misdaadjournalist en bijstandsverlener voor slachtoffers in strafzaken, inzake witwassen en fraude via een dissenting opinion 'van context te voorzien' (dixit de medestanders) of 'te ondermijnen' (dixit de tegenstanders). Die schok zat vooral hierin dat een dissenting opinion geworteld is in (menselijke) feilbaarheid, terwijl de basisgedachte van AI-rechtspraak nu juist is dat deze onfeilbaar zou zijn. De RBR, ingeschakeld door de minister van Veiligheid, Antiterrorisme en Juridische Zaken, dr. Roorda, verklaart niettemin na een buitengewone zitting dat dit binnen de regels kan, past en mag.⁸ Dat oordeel biedt de laatste tien Nederlandse rechters – feitelijk aangesteld (een rechter per rechtbank) om de werking van het AI-systeem te monitoren en van input te voorzien waar nodig – de mogelijkheid om (op beperkte schaal) via zo'n dissent te interveniëren in rechtszaken als men meent dat, zoals Groenendaal het verwoordde, 'de menselijke maat te zeer is zoekgeraakt' in De Rechtspraak.⁹ De wat oudere juristen spraken ook wel over de terugkeer van de billijkheidscorrectie.

7. Ik veronderstel verder bekend dat de NEuro in 2024 de euro, het tot dan wettige betaalmiddel, verving nadat de vaststelling van de EU-begroting voor de vierde keer was geveld door een veto van enkele boze EU-lidstaten, Oostenrijk voorop, in verband met de beoogde versterkte verankering en handhaving van de rechtsstaat binnen de EU. De nieuwe munt creëerde een omweg om toch door te kunnen met het 'Europa op iets hogere snelheid', zoals de negen deelnemende landen dat toen noemden.

8. Zie RBR 26 november 2032, ECLI:NL:RBR:2032:1.

9. Zie de genoemde dissenting opinion van Groenendaal, te vinden via Rb. Amsterdam 21 oktober 2032, ECLI:NL:RBAMS:2032:6162, in overweging 2.

2033: De mogelijkheid van dissenting opinions wordt breder opgepakt; al snel verschijnen er enkele 'opinions' per maand, met als risico dat het gezag van De Rechtspraak door mensen wordt ondermijnd; de tien landelijke rechters besluiten hun inspanningen te coördineren. De drie vaste leden van de RBR (mrs. Stevens, Van Boom en Gerbrandy) besluiten om ambtshalve de verschenen dissenting opinions te toetsen en waar nodig aan te passen. De rechtvaardiging die de RBR daarvoor geeft in de beroemde *SnapChat*-zaak¹⁰ ('Dit is de laatste reddingsboei voor menselijke interventie, de laatste plaats waar gewaakt wordt over het systeem dat waakt over onze (mensen)rechten, over ons mens-zijn') wordt de lijfspreuk van alle betrokkenen. De landelijke rechters verwerken vanaf dat moment ook de dissenting opinions in het systeem van De Rechtspraak, hoewel de mate van nuance van zo'n mening vaak lastig in een AI-systeem ('tis 0 of 1') is te verwerken.

3 HOE IS HET ZO VER GEKOMEN?

3.1 Vooraf: een opmerkelijke 'Wende'

Terugkijkend vanaf waar we nu, begin 2041, staan (we tellen enkele dissenting opinions per maand bij de vele duizenden oordelen die De Rechtspraak op basis van AI genereert), rijst onherroepelijk de vraag: hoe heeft het zo ver kunnen komen? Waar kwam deze 'Wende' vandaan, en waardoor werd die mogelijk? Terugkijkend is de voorgaande chronologie van gebeurtenissen, en zeker ook de nieuwverworven rol van de tien (vooruit: 13, als je de leden van de RBR meetelt) rechters en hun dissenting opinions, minst genomen opmerkelijk te noemen. In elk geval zijn de benodigde voorafgaande stappen gezet zonder dat deze vorm van toepassing ooit werd voorzien.

Ik kan die kwalificatie ('opmerkelijk') hier poneren omdat, ten eerste, 'as late as' het jaar 2021 in wat toen nog Nederland was, nog vrij algemeen gedacht werd dat het met die AI, en zeker met de doorwerking daarvan op de rechterlijke macht (er waren toen nog bijna 2500 rechters!) niet zo'n vaart zou lopen. Ook in die tijd werd

10. Zie RBR 4 april 2033, ECLI:NL:RBR:2033:3 (*SnapChat*). E.R. de Jong noemde de uitspraak 'van wezenlijker belang dan welk wetboek dan ook, groter dan de Franse Code Civil, groter dan Lindenbaum/Cohen en Urgenda tezamen'. Zie zijn commentaar in *NTBR* 2033/28, in nr. 9. Echter, S. Kulk sprak in het *NjaiB* (2033/711) van een regelrecht schandaal, een inbreuk op de 'duo politica' zoals die overbleef na de vorming van De Rechtspraak in 2029. Hoe ik zelf in dat debat sta? Zie hierna par. 3.4 en 4.

nog gezegd dat AI de rol van de rechter niet zou (kunnen) overnemen.¹¹ Zo gezien was er dus geen enkele aanleiding om dissenting opinions van stal te halen om de 'meubelen te redden'. Inschattingfouten maken we natuurlijk allemaal, en vaker dan ons lief is – vandaar ook dat we AI steeds meer zijn gaan gebruiken na de rechterlijke dwaling in de zaak Nicky Verstappen – maar dit was natuurlijk wel een stevige misser van vele deskundigen. Na alle eerdere (vaak desastreuze) bezuinigingen binnen de rechtspleging, bijvoorbeeld op de vergoedingen voor de sociale advocatuur, die er in die tijd al doorgevoerd waren, had men kunnen weten dat het per definitie 'effectieve' (lees: goedkope) gebruik van AI snel terrein zou winnen, zelfs als dat op gespannen voet zou staan met de mensenrechtelijke waarborgen¹² die kort tevoren nog zo evident waren.

Ten tweede is dit alles opmerkelijk omdat de dissenting opinion in datzelfde jaar 2021 niet eens bestond in voormalig Nederland. Het toen nog actief zijnde Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) kende wel al van oudsher de mogelijkheid dat een individuele rechter een dissenting (of 'concurring') opinion afgaf. Maar Nederland was zo ver nog niet; er was in een ver verleden veel gesproken en gedebatteerd over de mogelijkheid om dissenting opinions mogelijk te maken, maar tot invoering was men hier nooit over gegaan. Ik licht dat oude debat hieronder nog wat nader toe; dat is niet alleen goed voor ons historisch besef, maar laat ook zien dat het instrument uiteindelijk ver buiten zijn oorspronkelijke domein is ingezet.

3.2 Stap 1 in het debat over dissenting opinions: discursief motiveren¹³

De introductie van de dissenting opinion kan alleen begrepen worden tegen de achtergrond van de toenmalige discussie over de motivering van rechterlijke oor-

11. Zie bijv. A. Berlee, 'Digitalisering en disruptie in het recht en de gevolgen voor de juridische professies', in: A. Berlee e.a., *De toekomst van de jurist, de jurist van de toekomst* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging). Deventer: Wolters Kluwer 2020, p. 166, met diverse verdere verwijzingen; T.F.E. Tjong Tjin Tai, 'Recht tussen mens en techniek', in: A. Berlee e.a., *De toekomst van de jurist, de jurist van de toekomst* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereeniging). Wolters Kluwer: Deventer 2020, p. 184 e.v. Zie verder nog T. van der Linden, 'Met behulp van Algoritmen besluiten nemen over waardige mensen', in: B. de Vries e.a. (red.), *Rechtstheorie en praktijk – een liber amicorum. Beschouwingen rondom het werk van professor A.M. Hol*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 79-91, alsmede (meer vragenderwijs) J. Hage, 'Moeten we computers laten rechtspreken?', in: B. de Vries e.a. (red.), *Rechtstheorie en praktijk – een liber amicorum. Beschouwingen rondom het werk van professor A.M. Hol*, Den Haag: Boom juridisch 2020, p. 71-77.
12. Denk – in die tijd – qua rechtspleging vooral aan (toen nog) art. 6 EVRM, waarin diverse waarborgen voor de toegang tot een faire procedure voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter waren opgenomen.
13. *Noot van de redactie*: Nader bronnenonderzoek heeft ons geleerd dat de auteur van dit stuk in het navolgende deel onbedaarlijk (en wellicht zelfs onbehoorlijk) heeft geput uit eerder eigen werk, met name uit I. Giesen, *Rechtsworming in het privaatrecht* (Monografieën BW nr. A3), Deventer: Wolters Kluwer 2020, nr. 43. Gezien de moeilijkheid dit soort bronnen te achterhalen tegenwoordig, meenden de redactieleden er toch goed aan te doen ook dit deel van deze bijdrage aan de moderne lezer te openbaren.

delen; dat was nogal een *hot topic* in de eerste decennia van deze eeuw. Meer specifiek rees in die tijd de vraag of de rechter niet (meer) discursief zou moeten motiveren, of dat niet beter zou zijn.¹⁴ Dat discursief motiveren betreft, kort gezegd, de gedachte dat niet alleen de argumenten *voor* de gekozen oplossing aan de orde komen, maar dat ook de meegewogen, maar te licht bevonden argumenten *tegen* die oplossing of voor een andere oplossing worden benoemd. Vanuit het perspectief van de civiele rechter zijn er dus voors en tegens af te wegen, en dat wordt dan ook in alle openheid getoond.

Een (uiteraard) oud voorbeeld van discursief motiveren door de toenmalige Hoge Raad biedt een arrest uit 2016¹⁵ over de aard (dwingend recht of regelend recht?) van artikel 7:220 lid 5-7 Burgerlijk Wetboek, hetgeen te zien is aan het gebruik van termen als 'duidt erop', 'daar staat tegenover', 'bij afweging van'. Volgens commentator Drion is er in die tijd bij de Hoge Raad zelfs een tendens zichtbaar naar (meer) discursieve motiveringen.¹⁶

Voor discursief motiveren pleitte toen dat op die manier veel meer, zo niet alles, van de gemaakte afweging bloot wordt gelegd. Zo'n oordeel zegt dan meer over hoe de beslissing tot stand is gekomen, en dat biedt meteen ook handvatten voor anderen die in de toekomst voor gelijksoortige keuzes staan.¹⁷ *Tegen* discursief motiveren pleitte dat de rechter zich daarmee (meer) kwetsbaar zal (moeten) opstellen en dat kan, zo luidde de redenering, zijn rechterlijk gezag en daarmee de legitimiteit (en het draagvlak) van de beslissing en de rechtspraak aantasten. Over die kritiek waren anderen vervolgens overigens op hun beurt weer kritisch.¹⁸

Het voorgaande nadeel betreft enkel nog het – toen heel belangrijke – perspectief van de (uit mensen bestaande) rechterlijke macht. Maar vanuit het perspectief van de justitiabele en dat van de rechtswetenschap was er weinig tegen discursief motiveren aan te voeren. Die werkwijze geeft immers meer, zo niet alle gemaakte afwegingen weer, en zegt dus meer over hoe de beslissing daadwerkelijk tot stand gekomen is. En zeker als het (privaat)recht als zodanig een discursieve grootheid is – althans zo werd gezien, zoals ik dat zelf deed in een tijd dat dat er

14. Zie nader E.R. de Jong e.a., 'Rechterlijke motiveringsstijlen en maatschappelijke acceptatie van uitspraken', *NTBR* 2020/42, p. 312 e.v.

15. Zie HR 22 april 2016, *NJ* 2016/449 (X./Portaal), m.n. r.o. 3.6.3-3.6.4.

16. C.E. Drion, 'Een Grote Kamer voor de Hoge Raad', *NJB* 2016/591.

17. Vgl. C.H. Sieburgh, 'Legitimiteit van de confrontatie van Europees burgerlijk recht en burgerlijk recht van nationale origine', in: *Controverses rondom legaliteit en legitimatie* (Handelingen Nederlandse Juristen-Vereniging), Kluwer: Deventer 2011, p. 210; E. Korthals Altes & H.A. Groen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 7. Cassatie in burgerlijke zaken*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 309.

18. T. Hartlief, 'Wat doet de Hoge Raad anno 2015 in het aansprakelijkheidsrecht', *AA* 2015, p. 926 ('policy'-argumenten expliciet maken, zal het gezag niet aantasten). Zo ook J.C.A. de Poorter & H.J.Th.M. van Roosmalen, *Motivering bij rechtsvorming*, Den Haag: RvS 2009, p. 121.

nog toe deed¹⁹ – dan pleitte dat enkele gegeven al zo stevig voor het gebruik van een discursieve motivering dat de tegenstanders daarvan met zeer aansprekende argumenten hadden moeten komen. Die zijn nooit aangevoerd, als ik het goed zie,²⁰ hoewel uit onderzoek uit de vroege jaren twintig op zichzelf wel duidelijk werd dat een discursieve motivering geen aantoonbare bijdrage levert aan de mate van acceptatie door de burger van een (civielrechtelijke) uitspraak.²¹

3.3 De volgende stap: voor of tegen dissenting opinions?

Het was dus in het licht van dit debat over (rechtsvinding en) de motivering van rechterlijke uitspraken dat de daaraan gelieerde vraag opkwam naar de al dan niet aanvaarding van dissenting (en concurring) opinions. Mag een rechter, lid van een meervoudig samengesteld rechterlijk college, haar of zijn mening geven over de uitkomst en motivering van een zaak, afwijkend of ondersteunend aan het oordeel van de meerderheid van het rechterlijk college?

Daar werd in die periode regelmatig voor gepleit in de literatuur, omdat dat beter inzicht zou bieden in de overwegingen en argumenten van de rechters, zodat een betere beoordeling van die uitspraak mogelijk zou zijn, met alle voordelen van dien, bijvoorbeeld voor de begrijpelijkheid van en de toekomstige omgang met die uitspraak (rechtsontwikkeling). Ook het vertrouwen van het publiek in de rechtspraak zou ermee gediend zijn.²² Maar ook de andere kant van de zaak, onder andere dat het belangrijke geheim van de raadkamer gehandhaafd zou moeten blijven, opdat eventuele onenigheid in de raadkamer op geen enkele wijze naar buiten

-
19. Zie Giesen 2020, nr. 41, in navolging van J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Algemeen deel***, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1995. Ik zie dit als een persoonlijke keuze die evenzeer anders kan uitvallen. 'Discursiviteit' als te verkiezen optie kwam ook al naar voren in I. Giesen & J. Vranken, 'Slotbeschouwing: de eerste resultaten van het experiment', in: J.B.M. Vranken & I. Giesen, *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 174. Anders bijv. echter B.M.J. van Klink, *Rechtsvormen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2010, p. 66-69. Voor het bestuursrecht pleiten De Poorter & Van Roosmalen 2009, p. 121, ook voor discursiviteit. Voor het strafrecht pleit Y. Buruma, 'Zuinig motiveren, maar wel uitleggen', *AA* 2015, p. 150-158, juist voor 'minder' motiveren, maar T. Spronken, 'Over motiveren', *NJB* 2019/2106, daarentegen voor discursief motiveren. In België zijn W. van Gerven & S. Lierman, *Algemeen Deel. Veertig jaar later*, Mechelen: Kluwer 2010, p. 236, voorstander.
20. Zie wel nog Giesen 2020, nr. 47, waarin gerefereerd wordt aan de vraag of het gebruik van een bepaalde motiveringsstijl bijdragen kan aan de mate van acceptatie van rechtspraak. Zie hierna.
21. Zie De Jong e.a. 2021. Uit dat onderzoek blijkt dat er geen empirische aanwijzingen gevonden zijn voor de stelling dat discursief motiveren bijdraagt aan de acceptatie van een uitspraak.
22. De empirie om dit te onderbouwen ontbrak overigens.

zou komen (om zo het gezag van de uitspraak niet te ondermijnen en de rechtseenheid te bewaken), werd verdedigd.²³

Als verdere duiding van de toenmalige discussie: duidelijk was op zich dat er geen noodzaak bestond om dissenting opinions in te voeren. Artikel 6 Europees Verdrag voor de Rechten van de Mens (EVRM) als belangrijk kader en minimumniveau van rechtsbescherming, in vervlogen tijden, noopte er in elk geval niet toe deze mogelijkheid te aanvaarden,²⁴ hoewel het EHRM zelf dit concept wel kende, zoals we al zagen, net als bijvoorbeeld het Supreme Court in Engeland en het Supreme Court in de Verenigde Staten van Amerika (voordat dat in 2025 ontmanteld werd door Trump²⁵), maar anders dan het Hof van Justitie van de Europese Unie.²⁶ Het ook toen al geldende beginsel van openbaarheid van rechtspraak verzette zich er echter ook niet tegen dat het concept wel zou worden ingevoerd.²⁷

3.4 Mijn positie in dat debat

In dat spanningsveld meende ik indertijd dat aangezien de geopenbaarde, afwijkende mening van een individueel lid van een rechterlijk college de discursiviteit van die uitspraak zou vergroten, ik alleen al daarom niet tegen dissenting opinions kon zijn. Dat was ik dan ook niet.²⁸ Mijn positie als wetenschapper, hongerend naar kennis over beslisprocessen in rechterlijke colleges, versterkte die positie.

23. Zie voor een heldere duiding van de voor- en nadelen, ook voor Nederland, M. Van Der Haegen, *Het Hof van Cassatie als lichtbaken van het Belgisch rechtsbestel*, Antwerpen: Intersentia 2020, nr. 489-491, en verder bijv. (voorstanders) W.M.E. Thomassen, 'Het geheim van de raadkamer en de dissenting opinion', *NJB* 2006/498, p. 686 e.v., die de voor- en nadelen schetst; E.H. Hondius, 'Roma locuta, causa non finita', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *Het zwijgen van de Hoge Raad*, Deventer: Kluwer 2009, p. 20-22; H. de Doelder, 'Dissenting opinions en het geheim van de raadkamer', *Trema* 2010, p. 372 e.v.; W. Limborgh, 'De Hoge Raad en minderheidsopvattingen (dissenting/concurring opinions)', *NJB* 2013/1544; C.E. Drion, 'Een Grote Kamer voor de Hoge Raad', *NJB* 2016/591; P. Ingelse, 'Afwijkende opvattingen', in: M. Beckers e.a. (red.), *Motiveren. Over het motiveren van rechterlijke uitspraken*, Nijmegen: AAL 2017, p. 83-88; T. Spronken, 'Over motiveren', *NJB* 2019/2106. Vgl. verder de discussie in *Ars Aequi* tussen Broeksteeg (tegen) en Soeteman en Ernes (voor), zie *AA* 2011, p. 247-252 (in reactie op eerdere bijdragen van de laatste twee). Tegen afwijkende meningen is bijv. Van Klink 2010, p. 69; neutraal: G. Raaijmakers, 'Dissenting opinions', *AA* 1993, p. 4, en M. Adams & D. Broeren, 'Transparantie 2.0', *NJB* 2013/2121, p. 2503.
24. Zie P. Smits, *Artikel 6 EVRM en de civiel procedure*, Deventer: Kluwer 2008, p. 197.
25. We herinneren ons allemaal zijn beruchte tweet: 'If they not ask and do what they can do for ME, I WILL FIRE THEM ALL. I will NEVER lose, LOSERS.'
26. Daarover bijv. M. Zander, *The law-making process*, Oxford: Hart 2020, p. 292-293, p. 305 en p. 387-388.
27. Smits 2008, p. 199. Zie nader I. Giesen, *Mr. C. Assers Handleiding tot de beoefening van het Nederlands Burgerlijk Recht. Procesrecht. 1. Beginselen van burgerlijk procesrecht*, Deventer: Wolters Kluwer 2015, nr. 377.
28. Vgl. al I. Giesen, 'Baby Joost', in: J.B.M. Vranken & I. Giesen, *De Hoge Raad binnenstebuiten*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003, p. 16, alwaar ik nadrukkelijk openliet dat een raadsheer een afwijkende mening zou opnemen; vgl. ook *Asser Procesrecht/Giesen 1* 2015/377, en Giesen 2020, nr. 43.

Ik deed dat wel met enige aarzeling, of nuance wellicht, want ik bracht daar meteen zelf al tegenin dat een daadwerkelijk, echt discursief gemotiveerd arrest een uitspraak van een rechterlijk college oplevert die (na immers alle voors en tegens afgewogen te hebben) echt 'ten einde gedacht is', zodat de positie van de 'dissenter' daarin eigenlijk ook al verdisconteerd is. En dus overbodig zou zijn. Het toestaan van dissenting opinions zou er dan wellicht toe kunnen leiden dat de interne discussie juist niet volledig afgerond wordt in het rechterlijke college ('laat maar zitten, ik schrijf wel een eigen mening'). En als het verkondigen van zo'n afwijkende mening ook nog een vorm van 'reputatie bouwen' zou betekenen, zou dat mogelijk negatieve effect alleen nog maar versterkt worden.²⁹ Aan de andere kant: gedwongen unanimiteit van een rechterlijk college was en is ook niet alles.³⁰

3.5 En toen was de tijd rijp ...

Hoewel er dus ook wel een gezonde mate van scepsis te bespeuren viel ('Het past niet in de werkwijze van de Hoge Raad', hoorde je wel in de wandelgangen³¹), waren de rechtswetenschappelijke commentaren in meerderheid voor de mogelijkheid van dissenting opinions.³² En het gegeven dat stelsels met dissenting opinions niet onder de nadelen daarvan bezweken waren, ondersteunde dat.³³

Vanuit dat perspectief gezien was de uiteindelijke introductie ervan in 2027 in artikel 75 lid 3 laatste zin Wet RO niet opzienbarend, maar eerder in lijn met bijvoorbeeld de uitbreiding van de mogelijkheden, ook in 2027, om van de diensten van een 'amicus curiae' gebruik te maken,³⁴ en van de gelijktijdige introductie van het verlofstelsel in cassatie, zoals hiervoor al genoemd. Al zulke maatregelen waren immers geënt op de steeds belangrijker wordende rol voor de rechtsvorming in het takenpakket van de (hoogste) rechter, net als de dissenting opinion dat is. De tijd was er, kortom, rijp voor.

Uiteraard had (of kon?) toen niemand voorzien dat amper vijf jaar later die dissenting opinions niet meer voor hun oorspronkelijke doel (bijdrage aan de rechtsvorming; discursiviteit brengen) benut zouden worden, maar in feite met een heel

-
29. Enige basis daarvoor was in die tijd te vinden in de empirie over 'dissents' (en de aversie daartegen) die toen in de VS te vinden was, zie L. Epstein, W.M. Landes & R.A. Posner, *The Behavior of Federal Judges*, Cambridge: HUP 2013, p. 255 e.v., waaruit bijvoorbeeld een sterke stijging van het aantal dissenting opinions bij het Amerikaanse Supreme Court bleek, waarschijnlijk in verband met het toegenomen prestige van zo'n afwijkende mening (p. 266-267).
30. Zie Zander 2020, p. 387-388, die de Engelse rechter Lord Neuberger citeert over de nadelen daarvan.
31. Vgl. ook Van Der Haegen 2020, nr. 490 *in fine*, op p. 463 (moeilijk te verenigen met de bestaande rechtscultuur en -traditie).
32. Zo uiteindelijk ook Van Der Haegen 2020, nr. 491, mede omdat de (Belgische) feitenrechters dit steunen, blijkens een enquête van de auteur.
33. Vgl. Zander 2020, p. 387, met daar ook enkele cijfers over de percentages aan dissenting opinions in de VS en Engeland in die tijd.
34. Bij wet van 14 oktober 2020, *Stb.* 2020, 416 (*Kamerstukken* 35550).

ander onderliggend doel zouden worden ingezet: de menselijke maat terugbrengen in De Rechtspraak omdat er nooit een ander correctiemechanisme op AI was bedacht en ingevoerd. Zo kunnen dan apert onredelijk uitvallende AI-oordelen als nog 'bijgeschaafd' worden: bijvoorbeeld naar een passender straf of een billijker schadevergoeding dan het AI-systeem bedacht (had vanwege nog niet eerder meegewogen omstandigheden).³⁵ De bijdrage aan de (daarmee opgebloeide) rechtsvorming die dat tevens met zich bracht voor zover de systemen vervolgens werden aangepast, was daarbij hoogstens onvoorziene bijvangst, en een veel minder tot de verbeelding sprekend belang dan de rechtsbeschermende functie die nu opeens voorop was komen te staan.

4 EEN GELUKKIG TOEVAL ..., MAAR WEL TOEVAL

De introductie van de dissenting opinion bracht dus een naar mijn mening welkome vernieuwing van de rechtspraak, oorspronkelijk als een welhaast onbeduidend radertje in een veel bredere agenda voor de toekomst, geënt op de rechtsvormende taak van de rechterlijke macht, waarop later – in de toekomst, ook nu anno 2041 nog – kon worden en wordt teruggegrepen ten behoeve van de verloren gegane rechtsbescherming 'oude stijl', dat wil zeggen rechtsbescherming langs de meetlat van de menselijke maat. Wat een gelukkig toeval dus, dat die regel voor dissenting opinions net ingevoerd was.

Maar dus ook: toeval. Dat besef, het besef dat de geschiedenis van onze toekomst behoorlijk anders had kunnen lopen als in 2027 niet iemand op het idee gekomen was om afwijkende meningen eindelijk eens te mogen openbaren, maakt een mens nederig, zeer nederig. Zonder het echt te beseffen hebben we onszelf immers een redelijk werkbaar instrument bezorgd om de menselijke waardigheid³⁶ in en via de rechtspraak (enigszins) in ere te kunnen houden, waar dat correctie-instrument door de wetgever vergeten was. Dat die waardigheid bij het restant van wat ooit de rechterlijk *macht* was in goede handen is, bewijst de praktijk van de dissenting opinions sindsdien.

35. Vgl. nogmaals het idee zoals verwoord in de *SnapChat*-uitspraak van de RBR (RBR 4 april 2033, ECLI:NL:RBR:2033:3).

36. Zie m.n. Van der Linden 2020.

Geachte lezer,

Op pagina 106 van deze uitgave treft u een (overigens geheel fictieve) verwijzing aan naar Peter R. de Vries. Deze bijdrage, en de bedoelde passage daarin, was reeds afgerond en het productieproces van het boek was reeds voltooid voor de brute moord op De Vries plaatsvond. De passage zou met de kennis van nu uiteraard nooit in deze bijdrage en in dit boek terecht gekomen zijn.

Ivo Giesen