

Sietske Dijkstra

Mr. S. Dijkstra is rechter in de rechtbank Noord-Nederland, locatie Groningen, en lid van de redactie van *Trema*.

UIT DE REDACTIE

# Wrakingsperikelen: over reservisten, misbruik van recht en de redelijke toeschouwer

Wraking en verschoning hebben ook in 2018 de gemoederen beziggehouden: in de strafzaak tegen Wilders werd dit keer met succes gewraakt, het parket van de Hoge Raad zag aanleiding om cassatie in het belang der wet in te stellen in twee wrakingszaken, en een raadsheer van het Hof Den Haag heeft zich in de art. 12 Sv-procedure tegen de tabaksindustrie verschoond naar aanleiding van de ophief die was ontstaan over een opmerking die hij tijdens een privé-etentje had gemaakt. Zie voor het effect dat wrakingsverzoeken op gewraakte rechters hebben elders in dit nummer van *Trema*.<sup>1</sup>

De Hoge Raad heeft het afgelopen half jaar in verschillende arresten een aantal belangrijke lijnen voor de beoordeling van wrakingsverzoeken gezet en bevestigd. Een eerste is dat de wraking alleen de rechters betreft die de zaak 'behandelen' (de term die ook wordt gebruikt in de wrakingsartikelen in de Awb, Sv en Rv), geen andere rechters of medewerkers. Daarbij moet de term 'behandelen' wel ruim worden opgevat, zo blijkt uit het arrest van 21 december 2018.<sup>2</sup> Dit arrest betreft een wrakingsverzoek tegen alle leden van de strafkamer van de Hoge Raad waaronder de zogenoemde reservisten. Zij behoren niet tot de 'zetel van de zaak', de kamer aan wie de zaak wordt toegewezen, maar wonen wel de beraadslaging in raadkamer bij en kunnen daaraan deelnemen. Dit alles om de rechtseenheid te bewaken. Het behandelen van een zaak is, aldus de Hoge Raad, breder dan het 'behandelen en beslissen' door de zetel.<sup>3</sup> Behandelen kan betrekking hebben op elke vorm van rechterlijke bemoeienis met een zaak.<sup>4</sup> Het wrakingsverzoek was daarmee ontvankelijk voor zover het zich tegen de reservisten richtte, omdat zij een dergelijke bemoeienis met de zaak hadden. De wrakingskamer van de Hoge Raad zag voor de inzet van reservisten in de rechtspraak van het EHRM geen beletsel en de stelling dat sprake is van een ontoelaatbare beïnvloeding van de zetel door de reservisten, werd verworpen. Het is een principiële arrest dat volgt op een debat in de literatuur over de positie van de reservist en de (on)mogelijkheden om deze te wraken.<sup>5</sup>

In de reservistenzaak werd nog eens benadrukt dat een wrakingsgrond zich moet beperken tot de rechterlijke onpartijdigheid; andere aspecten van art. 6 lid 1 EVRM, zoals de onafhankelijkheid van de rechter of het gerecht en diens wettelijke basis, kunnen in (het appel van) de hoofdzaak aan de orde worden gesteld, niet in de wrakingszaak. In de reservistenzaak kwam daarmee de basis te ontvallen aan de wrakingsgrond dat de reservistenconstructie enkel is neergelegd in het 'Protocol deelname aan behandeling en beraadslaging van de Hoge Raad der Nederlanden',<sup>6</sup> vastgesteld door de gerechtshofvergadering van de Hoge Raad op 28 augustus 2017,<sup>7</sup> en niet in de wet. In zijn conclusie wijst procureur-generaal Silvis nog op art. 6 lid 3 Wet RO dat voor andere gerechten een reserverechter voor de meervoudige kamer beschrijft.<sup>8</sup> Deze reserverechter verschilt wel van de Hoge Raad-reservist doordat hij, gelet op wat de wet bepaalt, niet kan deelnemen aan de beraadslaging door de kamer.<sup>9</sup>

In een arrest van 25 september 2018 heeft de Hoge Raad de mogelijkheden van de wrakingskamer verduidelijkt.<sup>10</sup> Als de wrakingskamer van oordeel is dat een verzoek tot wraking van een zittingsrechter moet worden beschouwd als evident misbruik van het wrakingsmiddel, kan ze bepalen dat het verzoek niet als een wrakingsverzoek in de zin van art. 512 Sv heeft te gelden, en dat het zonder zitting buiten behandeling kan worden gelaten, ook als sprake is van een eerste verzoek tot wraking.<sup>11</sup> Hetzelfde geldt als sprake is van een opeenstapeling van wrakingsverzoeken doordat eerst de zittingsrechter en vervolgens de wrakingskamer wordt gewraakt en er evident sprake is van misbruik van recht. Die beslissing kan dan worden genomen zonder de zaak in handen van een andere wrakingskamer te stellen.<sup>12</sup>

In een ander arrest van dezelfde datum werd vastgesteld dat een (strafrechtelijke tussen)beslissing als zodanig geen grond kan vormen voor wraking: wraking is geen verkapt rechtsmiddel.<sup>13</sup> De motivering van een (tussen)beslissing kan alleen tot honorering van een wrakingsverzoek leiden als de beslissing in het licht van alle omstandigheden van het geval en naar objectieve maatstaven gemeten niet anders kan worden verstaan dan als een blijk van vooringenomenheid. Daarvoor is het niet voldoende dat de motivering in de ogen van de wrakingskamer onjuist, onbegrijpelijk, gebrekkig of te summier is, of dat elke motivering ontbreekt. Dit is een andere lijn dan werd gevolgd door het Hof Den Haag in het wrakingsarrest van 18 mei 2018 in de zaak Wilders. De wrakingskamer van het Hof oordeelde namelijk, kort gezegd, dat de tussenbeslissing waarin het verzoek van Wilders tot onder andere het horen van getuigen werd afgewezen, zo summier en onbegrijpelijk was gemotiveerd dat de vrees voor vooringenomenheid objectief gerechtvaardigd was.<sup>14</sup>

De Hoge Raad heeft in de arresten de vaste stramien herhaald. Uitgangspunt bij de beoordeling van een wrakingsverzoek is dat een rechter wordt vermoed uit hoofde van zijn aanstelling onpartijdig te zijn. Voor een succesvolle wraking moet sprake zijn van omstandigheden die een zwaarwegende aanwijzing vormen voor het oordeel dat de rechter jegens de verzoeker een vooringenomenheid koestert of dat bij de verzoeker een op dat punt bestaande vrees objectief gerechtvaardigd is. Dit laatste betreft respectievelijk de subjectieve en de objectieve toets.

De wrakingslat ligt hoog: uit het jaarverslag van de Raad voor de rechtspraak blijkt dat van de in 2017 ingediende 606 wrakingsverzoeken er 16 gegrond werden bevonden. De meningen verschillen of met de arresten van de Hoge Raad de slagingskans van een wrakingsverzoek nog kleiner wordt dan ze al is.<sup>15</sup> Dat de lat hoog ligt, doet recht aan het uitgangspunt dat de rechter wordt vermoed onpartijdig te zijn: meegaan met kale of te ver gezochte stellingen over het ontbreken van onpartijdigheid doet afbreuk aan dat uitgangspunt, en verzwakt daarmee de positie van de Rechtspraak.

Het is wel zaak dat de lat niet te hoog wordt gelegd. Een te hoge lat miskent de opdracht die art. 6 lid 1 EVRM aan de Rechtspraak geeft om de samenleving serieus te nemen. Voor de beantwoording van de vraag of een door de verzoeker geuite vrees gerechtvaardigd is, moet een perspectiefwisseling plaatsvinden: de wrakingskamer moet het insiders perspectief verruilen voor dat van de *reasonable observer*, de redelijke toeschouwer.<sup>16</sup> Geobjectiveerd is die vrees die deze maatman heeft. Bij de verplaatsing in diens schoenen is context van belang: de redelijke toeschouwer is geen geïsoleerde figuur, maar onderdeel van een samenleving, en een kind van zijn tijd. Hij is een representant van die samenleving. De huidige samenleving is er één die kritisch naar gezagsdragers kijkt, waar de verwachtingen van het recht hoog zijn,<sup>17</sup> en waar informatie zich snel verspreidt en gemakkelijk uit context raakt. Uit de ophef rondom de zaak tegen de tabaksindustrie blijkt wel hoe een gedraging van een rechter op een goudschaaltje wordt gewogen en kan worden uitvergroot. Deze cultuur beïnvloedt de perceptie van de maatman. De perspectiefwisseling noopt tot het overdenken van wat voor de insider vanzelfsprekendheden zijn en vereist de bereidheid om kritisch te kijken naar de eigen procedures, praktijken en het eigen gedrag. Hoe komen die eigenlijk over bij de redelijke toeschouwer? Dat kan wel eens anders zijn dan wij denken of bedoelen.<sup>18</sup>

De wrakingskamer kan hiermee voor lastige vragen komen te staan. Misschien is het een idee dat de rechtbanken en hoven in navolging van de Hoge Raad ten behoeve van de uniforme toepassing van het recht op dit punt overstappen op het gebruik van reservisten.<sup>19</sup> Nog wel even een Protocol opstellen.

---

<sup>1</sup> Zie de bijdrage van J.U. de Haes.

<sup>2</sup> Hoge Raad 21 december 2018, ECLI:NL:HR:2018:2397.

<sup>3</sup> Onder verwijzing naar art. 75 lid 2 en 3 Wet RO, waarin de kamersamenstelling wordt bepaald (drie of vijf leden).

<sup>4</sup> Zo oordeelde de Hoge Raad ook al op 25 september 2018, zie ECLI:NL:HR:2018:1770. In Hoge Raad 18 december 1998, ECLI: NK:HR:1998:AD2977, NJ 1999, 271, was al eens vastgesteld dat een rechter die geen bemoeienis heeft met een zaak niet kan worden gewraakt.

<sup>5</sup> Zie onder meer: P. Broere & M. Overheul, 'De Hoge Raad der Nederlanden: een zetel met bijzetstoeltjes?', *AA* 2017, p. 667; M. Feteris, 'Geheim van de raadkamer staat niet aan collegiale afstemming in de weg', *NJB* 2016/1759; U. d'Oliveira, 'Zaakstoedeling en het vleugellamme artikel 17 Grondwet. Een oproep tot formele regelgeving', *NJB* 2016/1474; H. Snijders, 'Onafhankelijkheid en onpartijdigheid van HR-raadsheren buiten de zetel', *NJB* 2016/948.

<sup>6</sup> Via Google beschikbaar.

<sup>7</sup> Het was de vastlegging van een bestaande praktijk, zie procureur-generaal Silvis in zijn Conclusie van 9 november 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1269.

<sup>8</sup> Conclusie 9 november 2018, ECLI:NL:PHR:2018:1269.

<sup>9</sup> Zie over deze figuur ook: J.H. Janssen, 'Reserverechter in (mega)strafzaken; een achterhaald fenomeen?', *Trema*, 2005, p. 13-15, en M. van der Horst, 'De reserverechter in strafzaken: enkele beschouwingen', *Trema* 2003, p. 98-102.

<sup>10</sup> Hoge Raad 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1770.

<sup>11</sup> Art. 515 lid 2 Sv gaf al de mogelijkheid om toekomstige verzoeken op voorhand als misbruik van recht aan te merken.

<sup>12</sup> Kritisch hierover D. Emmelkamp in zijn noot bij *NBSTRAF* 2018/320.

<sup>13</sup> Hoge Raad 25 september 2018, ECLI:NL:HR:2018:1413.

<sup>14</sup> Hof Den Haag 18 mei 2018, ECLI:NL:GHDHA:2018:1211.

<sup>15</sup> *Trouw* 18 oktober 2018, 'Opluchting voor rechters en OM: rechters wraken wordt moeilijker'; F. Mebius, 'Hoge Raad stelt nieuwe grenzen aan wraken. Wraken moeilijker?', *Advocatenblad* 2018/9, p. 16-20.

<sup>16</sup> Zie (bijvoorbeeld) *Commentary on the Bangalore Principles of Judicial Conduct*, nrs. 37, 53, 54 en 56.

<sup>17</sup> Over de hoge verwachtingen van het recht: L.M. Friedman, *Total Justice*, New York: Russell Sage Foundation 1985.

<sup>18</sup> Zie over kloven in de perceptie van burger en rechter van elkaar: A. Klijn, 'Rechter en burger vis-à-vis. Percepties van elkaar en van elkaars meningen', *SSR* 2014.

<sup>19</sup> Het bestuur van een gerecht is op grond van art. 23 lid 3 Wet RO belast met de bevordering van de uniforme toepassing van het recht, en voert daartoe overleg met de gerechtshofvergadering.