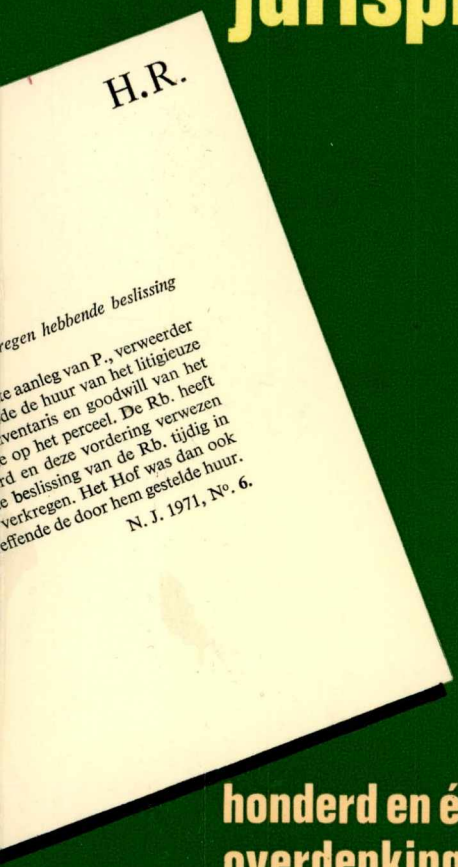
Jan Leyten

De achterkant van de jurisprudentie


H.R.

regen hebbende beslissing

te aanleg van P., verweerder
de de huur van het litigieuze
ventaris en goodwill van het
e op het perceel. De Rb. heeft
rd en deze vordering verwezen
e beslissing van de Rb. tijdig in
verkregen. Het Hof was dan ook
effende de door hem gestelde huur.

N. J. 1971, No. 6.

honderd en één korte overdenkingen, opgeluisterd door lange citaten, voorzien van voorwoord en inleiding ten behoeve van juristen en andere ontwikkelde personen

Tjeenk Willink - Zwolle

De ACHTERKANT van de JURISPRUDENTIE

Omslagontwerp: Pieter J. van der Sman g.v.n.

ISBN 90 271 0787 4
© 1972 W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle
Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd en/of openbaargemaakt door middel van druk, fotokopie, microfilm of op welke andere wijze ook, zonder voorafgaande toestemming van de uitgever.
No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher

JAN LEYTEN

De ACHTERKANT van de JURISPRUDENTIE

honderd en één
korte overdenkingen, opgeluisterd
door lange citaten, voorzien
van voorwoord en inleiding,
ten behoeve van juristen en
andere ontwikkelde personen

TJEENK WILLINK · ZWOLLE · 1972

Aan: mijn moeder en mijn vrouw

«Car j'essaierai de vous ennuyer
le moins qu'il se peut en ce genre d'écrire»
PASCAL

Inhoud

Voorwoord ix
De misère der verwachtingen (-Introductie-college juridische faculteit Groningen, 29 augustus 1972) xi

1. „Michael Kohlhaas" en het rechtsgevoel (18-2-'72) 1
2. De parabel van de sloot (18-1-'72) 2
3. Lundstedt had altijd pech (6-1-'72) 3
4. BEEST BOVIGUS BESTAAT (20-1-'72) 4
5. Het ongeval, bezien vanuit het gezichtsveld van het slachtoffer (I) (8-1-'72) 5
6. Niemand is verplicht zichzelf te belasten (II) (9-1-'72) 6
7. De gelaarsde kat en de Romeinse curie (11-1-'72) 7
8. Gebed inzake de hoogwaardigheid der wetten (14-1-'72) 8
9. Dear Justice (15-1-'72) 9
10. De toch niet opgegeten dochter Johanna (22-8-'72) 10
11. De raadselachtige raadsman (11-7-'72) 12
12. Een kritisch advocaat uit 1956 (16-5-'72) 14
13. Kritische rechters in de Duitse Bondsrepubliek (1-7-'72) 15
14. Proceren is duur (29-8-'72) 16
15. Het advocaten-tarief (6-2-'72) 18
16. Procederen of schikken (5-2-'72) 20
17. De titulatuur der rechterlijke macht (27-5-'72) 21
18. Walging en effectiviteit (10-5-'72) 22
19. Waarschuwing: er wordt echt geschoten (3-1-'72) 23
20. „Van Harentwege verpleegd" (5-4-'72) 24
21. De gewetensbeslissing van de rechter (30-5-'72) 26
22. Verboden te zwemmen (2-2-'72) 27
23. Structureel geweld en taalvervuiling (21-8-'72) 29
24. Het Nederlands Juristenblad, afl. van 19 september 1944 en 20 oktober 1945 (4-5-'72) 30
25. Sick jokes (26-8-'72) 31
26. Een multiple-choice vraag (tentamen rechtsgeschiedenis) (10-4-'72) 32
27. De verachte middenweg (1-2-'72) 33
28. Leve Domela Nieuwenhuis (I) (3-3-'72) 34
29. Leve Domela Nieuwenhuis (II) (4-3-'72) 36
30. 'If men were angels' (28-5-'72) 38
31. Leve Thomas van Aquino (doctor angelicus) (29-5-'72) 39
32. De financiële beloning van intellectuelen (7-2-'72) 41
33. Rechts en links (23-1-'72) 43
34. Liberalisme èn socialisme (4-4-'72) 44

35.Arbeid en kapitaal (21-2-'72) 45
36.Utopie en Ideologie (12-7-'72) 47
37.Hijmans en de opleiding tot jurist (21-5-'72) 49
38.De „motivatie" van de juridische student (15-6-'72) 51
39.Aanwijzingen voor beginners (17-1-'72) 53
40.Tentamen: inleiding rechtswetenschap (6-6-'72) 54
41.Een juridische dissertatie met onbeschaafd woordgebruik (10-7-'72) 56
42.Het argumentum a contrario bij Willem Paap en William Shakespeare (8-7-'72) 58
43.Veblen en Keynes (31-1-'72) 60
44.Annie (2 ×) (7-6-'72) 61
45.Erasmus als profeet (26-2-'72) 63
46.De 5-4 rechtspraak in de Verenigde Staten (I) (8-2-'72) 64
47.Plessy v. Ferguson en Brown v. Board of Education (II) (9-2-'72) 65
48.Fortas (III) (10-2-'72) 66
49.Fortas en echtgenote (IV) (11-2-'72) 67
50.De 'Juvenile Courts' en Fortas (V) (12-2-'72) 69
51.Fair play, maar dan... (VI) (13-2-'72) 71
52.Morris Kent naar Nederlands recht (VII) (14-2-'72) 73
53.Het einde van Fortas (VIII) (15-2-'72) 74
54.Miranda v. Arizona (IX) (16-2-'72) 76
55.De verdachte heeft het recht: niet te antwoorden (31-3-'72) 78
56.Wat is het duurst: huwen of hokken? (14-5-'72) 80
57.Militair strafrecht (15-5-'72) 81
58.Het natuurrecht in de praktische politiek (20-6-72) 82
59.Het probleem van de wilsvrijheid voorgoed opgelost (9-7-'72) 84
60.Jaartallen in het recht (10-1-'72) 86
61.Jean-Jacques Rousseau en de feiten (21-1-'72) 87
62.Taal-analyse en de Staatscourant (19-1-'72) 89
63.De grondwet als persoonlijke hobby (22-1-'72) 90
64.Doodvonnissen in de ochtend s.v.p. (24-1-'72) 92
65.Rechtspraak en advocatuur in de achttiende eeuw (26-1-'72) 93
66.De beginselen en het hek (16-1-'72) 94
67.Analytische en/of functionele rechtsleer (3-2-'72) 95
68.Rechtsvinding inzake abortus (2-1-'72) 96
69.Actualiteiten uit 1889 (4-1-'72) 97
70.Vrijheid, gelijkheid en broederschap (7-1-'72) 98
71.De eeuwige crisis (5-1-'72) 99
72.Tijdverdrijf, tijdens ziekte, van genieën (1-5-'72) 100
73.Universiteit en recht (19-5-'72) 101
74.Het rechtsgeleerde tranendal van Jozef Esser (14-6-'72) 102
75.De rechter en zijn gehoor (13-6-'72) 104
76.De actio popularis (4-2-'72) 106
77.Recht en onverschilligheid of: anarchie binnen de orde (20-5-'72) 108

78. De onrechtmatige overheidsdaad (17-2-'72) 110
79. De onsterfelijkheid van Von Kirchmann (13-1-'72) 112
80. Rechtstheorie in het lang (17-5-'72) 114
81. Het faillissement van de wetshistorische interpretatie in drie (internationale) bedrijven (28-2-'72) 115
82. Zeer extensieve interpretatie I (11-6-'72) 117
83. Geen belang, geen actie—in het strafrecht II (12-6-'72) 119
84. What is justice? (4-7-'72) 121
85. Formalisme en finalisme in de rechtsvinding (12-1-'72) 122
86. De aard van de zaak (25-1-'72) 124
87. Rechter en wet I (8-6-'72) 126
88. Rechter en wet II (9-6-'72) 127
89. Slecht recht—geen recht (10-6-'72) 129
90. Moral conservatism and consequentialism I (1-6-'72) 131
91. Misbruik van penumbra II (2-6-'72) 133
92. Utilitarisme op lange termijn III (3-6-'72) 135
93. Feitelijke en morele 'possible worlds' IV (4-6-'72) 137
94. Devlin, Hart en Von Jhering I (23-5-'72) 139
95. De categorische imperatief II (24-5-'72) 141
96. Ongelijke gevallen ongelijk behandelen I (27-1'72) 143
97. Gelijkheid behoeft geen verklaring II (28-1-'72) 144
98. Gelijkheid in een 'affluent society' III (29-1-'72) 145
99. Vrijheid en gelijkheid IV (30-1-'72) 147
100. Een bekentenis vol schaamte (30-8-'72) 148
101. Wat niet gebeurt (31-8-'72) 150

Voorwoord

Sinds jaar en dag heeft de kantoorboekhandel aan rechters, advokaten en andere ontwikkelde juristen, die geabonneerd zijn op het weekblad: de Nederlandse Jurisprudentie *met bijbehorende kaarten*, bijzonder slechte afnemers. Krachtens een diepingewortelde gewoonte plegen deze immers het grootste deel van hun schriftelijke beroepsontboezemingen toe te vertrouwen aan de achterkant van vorenvermelde jurisprudentiekaarten. Dat dit mogelijk is zonder de op die kaarten vereeuwigde jurisprudentie kwijt te raken is gevolg van een zo ingewikkelde stand van zaken, door de uitgeverij Tjeenk Willink, Zwolle, moedwillig in het leven geroepen, dat ik ze alleen voor insiders duidelijk zou kunnen maken en dat slag volk begrijpt het ook zonder mijn uitleg. Het is, kort gezegd, een kwestie van: overtolligheid door druk-concentraat.

Als advocaat, subst.-griffier en rechter heb ik de achterkant van de overtollige kaarten in volle omvang benut. Daar kwam een eind aan, toen ik—om aanvechtbare redenen—besloot aan een universiteit te gaan doceren, waarmede het probleem geschapen was, hoe nu nog emplooi te vinden was voor de achterkant. Colleges kun je niet op kaarten vastleggen, want dan heb je er zoveel nodig, dat ze constant in de war raken en studenten hebben geen bijzondere aanleidingen nodig tot kritiek op hun „leermeesters".

Het heeft enige tijd geduurd voor er een einde kwam aan een ergerlijke vorm van verkwisting: het zo maar weggooien van overtollige kaarten. Dat einde kwam, toen ik ontdekte, dat je dingen, die je in een schrift opschrijft met de bedoeling ze terug te vinden, altijd op het verkeerde moment terugvindt. Een schrift is een onding, laat dat gezegd zijn. Om een lang verhaal te verkorten: op deze wijze had ik voor de achterkanten een zo veeleisende functie gevonden, dat Tjeenk Willink soms—kwantitatief—duidelijk tekort schoot.

Ik leg door de publikatie van dit boekje verantwoording af van mijn nieuwe gebruik van de achterkanten in de periode van 1 januari tot en met 31 augustus 1972. In een moderne demokratie dient zoiets niet in het geniep te gebeuren. De beperkte omvang van een kaart dwong mij wijdlopige beschouwingen tot een kern terug te voeren, die zich liet inpassen in een oppervlakte van 16 bij 12 cm. Juristen, als zij eenmaal begonnen zijn, weten meest van geen ophouden. Maar voor het onvermijdelijke zwicht de jurist, ook als dit zich betrekt op het oppervlak van een te beschrijven kaart.

Er staan in dit boekje veel citaten. Het eerste bevindt zich reeds in de ondertitel en is ontleend aan prof.dr.L.Bender (hoogleraar

aan de juridische faculteit van het Angelicum, kerkelijk internationaal instituut van hoger onderwijs te Rome), die in 1948 een boek uitgaf kortweg genaamd „Het Recht" met als ondertitel: „rechtsphilosophische verhandelingen voor juristen en andere ontwikkelde personen".

Wat een tijd moet dat geweest zijn voor onze vrij recente voorgangers toen men van het a-priori uitging, dat *zij* in elk geval ontwikkelde personen waren.

Het tweede citaat zich bevindend op de achterkant van het titelblad is van Pascal en geeft voor deze rijkdom aan citaten een duidelijke verklaring. Heel veel van wat ik zou willen zeggen, is al gezegd en vaak zo gezegd, dat ik het niet verbeteren kan. In een tijd waarin de meeste mensen, waaronder juristen, het zo druk hebben, dat zij geen tijd hebben om te lezen, en dus maar opnieuw gaan ontdekken, wat al enige tijd uitgevonden is, maar later zoekgeraakt, welke werkzaamheid echter (daargelaten de heilzaamheid van het resultaat) nòg meer tijd vergt, in zo'n tijd wordt er—heel in het algemeen gesproken—wel veel belangrijks geschreven, maar het is meestal ook bar vervelend. Die klip der verveling heb ik trachten te omzeilen door van velen het beste opnieuw in herinnering te brengen.

Dit boekje bevat geen voetnoten.[1] Men zou ook kunnen zeggen, dat het uit niets anders bestaat.

Wie zou ontdekken, dat de gedachten, in dit geschrift ontwikkeld, niet steeds consistent zijn, behoeft mij dat niet te melden. Ik ben mij ervan bewust, dat ik mij bevind aan de achterkant van de jurisprudentie. Daar toont de jurist zich ambivalent, onzeker—maar, naar ik hoop, authentiek—worstelend met een materie, die aan de voorkant als zijn in kracht van gewijsde gegane beslissingen op de kaart staan vermeld.

9-9-'72

[1] Over de hinderlijke werking van voetnoten, zie Hart: 'Concept of Law', pp. VII-VIII.

De misère der verwachtingen

(Introductie-college, juridische faculteit Groningen,
29 augustus 1972.)

1. U hebt, dames en heren, alle U verstrekte andersluidende berichten ten spijt, gekozen voor een uitzonderlijk moeilijke, academische opleiding. Deze daad van moed, hoezeer ook in heilige onschuld verricht, dient geprezen te worden, maar alvorens gij gelukwensen in ontvangst wenst te nemen, zult gij wellicht willen vernemen, waaruit van Uw bijzondere moed is gebleken. Ik ga proberen daarover iets te zeggen.

2. De studie van het recht, die leidt tot de hoedanigheid van meester in de rechten (tenzij gij na Uw kandidaats de vrije studierichting verkiest om U te laten inlijven bij het wat chaotische leger der doctorandussen) staat alom bekend als bijzonder simpel. Waaròm dat zo is, weet ik niet en zelf heb ik haar nooit zo ervaren. Ik zie ook niet in op wèlke rationele gronden een geschiedenis- of talenstudie intrinsiek moeilijker zou zijn dan die van het recht. Er zijn er bovendien maar weinigen, die een dergelijke uitspraak kunnen doen vanuit vergelijkende ondervinding en dan nog blijft het de vraag of zo'n uitspraak reële waarde heeft. Onderzocht zou moeten worden of hun natuurlijke aanleg hen niet disponeert ten gunste van de rechtenstudie. Statistische gegevens, die over een relevant tijdsbestek als uitkomst bieden, dat de groep studenten, die het recht kiest, gemiddeld een intellectueel lager niveau heeft dan die van welke andere academische studie dan ook, heb ik nimmer onder ogen gehad en evenmin is mij met feiten aangetoond, dat percentsgewijze, meer studenten in het recht de eindstreep bereiken dan bij de andere studies het geval is. Maar àls ik mij daarin vergis, àls die gegevens er dus wèl zijn, dan nog zou moeten worden onderzocht (ik spreek in ernst) of de veelgesmade opleiding in het recht niet zò voortreffelijk is ingericht (vergeleken tenminste bij die van andere opleidingen) dat zij de handicap van een wat zwakkere begaafheid beter weet te overwinnen. Haar dat als gebrek aan te rekenen, lijkt mij zeker ongeoorloofd. In ieder geval moet ik U als mijn persoonlijk oordeel geven, dat inzicht in de werking van het recht (en de daaraan ten grondslag liggende kennis van het recht) een zaak is, die veel geestelijke inspanning vergt.

Toch is hier, welk vertrekpunt wij ook kiezen ten aanzien van de *technische* moeilijkheidsgraad van de studie in het recht, reeds de eerste reden te vinden, waarom gij door het recht te kiezen als object van Uw studie, een daad van moed hebt gesteld; de voltooiing van deze studie wordt, misschien terecht, waarschijnlijk ten onrechte, aangemerkt als een prestatie van weinig opzienbarende

waarde. Als gij met de meesterstitel op zak, straks deze universiteit verlaat, zal U niet het bewonderend gefluister van een opgetogen omgeving begeleiden. In de kring der academici wordt U niet eerbiedig een plaats ingeruimd, zoals dat voor anderen wèl gebeurt. Gij moet U, ook temidden van Uw collega-juristen zo'n plaats nog veroveren in een harde werkelijkheid met langdurige aanlopen, stages, bijscholingen in dezelfde tijd dat Uw universitaire collega's, die andere studieterreinen kozen volwaardig meedoen, soms zelfs méérwaardig, als leraar, als theoloog, als arts of als wiskundige.

3. Een tweede reden, waarom de rechtenstudie zo'n zware opgaaf is, ligt in de omstandigheid, dat gij de vereiste examens moet doorstaan zonder dat ge ook maar de geringste belangstelling voor de stof, die er aan ten grondslag ligt, in het openbaar moogt tonen. Dat begint er al mee, dat gij eerst hóórt, later met kennelijk welgevallen láát horen, dat ge aan de rechtenstudie begonnen zijt als uitkomst van een negatieve selectie; alle andere studiebereiken waren voor U onbereikbaar of lagen U niet, „daarom bent U maar rechten gaan studeren".

Het is dan ook, sinds jaar en dag, Uw dure plicht de grootste minachting voor al wat met recht van doen heeft, ten toon te spreiden en ge moogt ook alleen in het geniep studeren, wat echter—stel U gerust—alléén geldt voor de examenstof. Gij zult dezer dagen ongetwijfeld met ouderejaars collega's kennismaken, die, in overrompelende getale de studiestof van het eerste jaar binnen 14 dagen onder de knie kregen en door Nijmegen waait al jaren het gerucht, dat iemand aldaar voor het doctoraal-rechten (net niét cum laude) is geslaagd, hoewel hij bij vergissing in dat vak geëxamineerd werd, daar hij zeven jaar lang Nederlands had gestudeerd. Dit doordringende gebrek aan engagement met betrekking tot het onderwerp Uwer studie, dat gij (zolang Posthumus niet regeert) tenminste 5 jaar moet volhouden, is een eis, die U door Uw omgeving wordt opgelegd met onverzettelijke tirannie en deze verhindert in het algemeen ook, dat gij met Uw docenten in Uw studietijd enige andere relatie aangaat dan die welke een enkele keer onder daartoe geëigende biologische omstandigheden tot een huwelijk leidt.

Als sommigen Uwer mij tegenwerpen, dat ik wat aan het overdrijven ben, beken ik dat volgaarne, onder toevoeging dat dit overdrijven een karaktertrek is van de jurist, zoals ik straks nader hoop aan te tonen. Deze ongeïnteresseerdheid, behorend tot de beroepshouding van de juridische student, maakt de desondanks niet te vermijden studie vanzelfsprekend uitzonderlijk moeilijk, niet alleen voor diegenen, die echt van het begin af aan geen interesse hadden maar ook voor hen die de hen van alle kanten aangeprate houding interioriseren, zodat zij weldra echt zonder interesse studeren en dit niet behoeven voor te wenden.

Ik kan overdreven hebben, de kern van mijn betoog is—min of meer wetenschappelijk—bevestigd in een sociologische studie, af-

komstig van de bekende West-Duitse socioloog en politicus Rolf Dahrendorf, welke studie, geschreven in het Engels en gepubliceerd in België, ook voor de Nederlandse jurist niet onbelangrijk is. In zijn artikel: „Rechten-fakulteiten en de Duitse upper-ten", schrijft Dahrendorf o.m. (ik vertaal): „Het is een stereotiep grapje onder oudere scholieren, dat zij, die niet weten wat zij willen, rechten gaan studeren" en: „Het recht is waarschijnlijk wel het enige studieterrein, waarop de studenten elkaar proberen te overtroeven met bekentenissen omtrent hun gebrek aan belangstelling in het vak ... de meerderheid der rechten-studenten houdt nooit op de gek te steken met de stof, die zij moeten leren en blijft vaststellen, dat het allemaal zo vervelend is"... tenslotte om het Nijmeegs verhaal enige schijn van redelijkheid te geven: „Mede gezien de grote aantallen juridische studenten, komt niet zelden voor, dat zij hun hoogleraren voor het eerst tegenkomen in het examen-lokaal". Bij ons is dit, zoals U zult ondervinden, de enige plaats waar je ze meestal niet ziet, want het is—in grote trekken—en ik spreek als insider, een gevoelig volkje.

Ik mag U—even terzijde—niet onkundig laten van de verklaring, die Dahrendorf geeft voor de zich toch maar steeds zich aaneenrijgende 'large numbers' van rechten-studenten. Heel eenvoudig: zij aspireren, volgens Dahrendorf, daarmee een plaats aan de top van de politieke wereld of van het bedrijfsleven. Zij zijn dus allerminst zonder motivatie. Ze moeten er echter, ik ben nu zelf aan het woord, in Duitsland rekening mee houden, dat een van die plaatsen aan de politieke top inmiddels door de socioloog Dahrendorf bezet is.

4. Derde reden, waarom ik U, kiezend voor de studie van het recht moed toeschrijf en toewens: niet alleen de voltooiing van Uw studie is onvoldoende om het stadion van enthousiasme op zijn kop te zetten, ook Uw beroepsbezigheden straks als jurist zullen in de gemeenschap, waarin gij werkt, tenzij er veel gaat veranderen, bèst genomen een koele waardering, maar vaak ook ijskoude afkeer ontmoeten. De jurist als advocaat, als officier van justitie, als rechter, als bestuursambtenaar, als bedrijfsadviseur, als politicus, op de populariteit van een eenvoudige huisarts te plattelande, van de rechtshalf van een middelmatig elftal uit de eerste divisie behoeft *hij* niet te rekenen. Dat juristen slechte christenen zijn, gelijk Luther vol vuur uitriep, zal velen thans niet zó meer afschrikken als toen. Ook de meesters in het recht, die op volstrekt *a-juridische* terreinen roem, althans erkenning vonden, doen aan dit alles niet af. Slechts mag het ons enige voldoening geven, dat velen door hun juridische opleiding toch niet belemmerd werden in indrukwekkende prestaties, bijv. op het gebied van de literatuur. Misschien mag ik hier, om uiteenlopende redenen, Montaigne en Montesquieu àmper, Rousseau in het geheel niet vermelden, maar Goethe zal in deze rij toch wel een ereplaats verdienen en binnen niet te anti-

quarische Nederlandse verhoudingen kunnen de namen genoemd worden van Marsman, Nijhoff, Bordewijk, van Bloem, Keuls en Coenen, van Paep, Pauwels, Herzberg, Verdaasdonk en van die merkwaardige journalist, later rechtbankpresident: Van Viersen Trip met zijn gekke parodie op het eigen rechtsbedrijf: de gelaarsde kat. De medische wereld kan daar na Slauerhoff genoemd te hebben samen met Vestdijk, niet zo heel veel méér tegenover stellen.

Vanaf Thrasymachus, die het tegen Socrates opnam, heeft het rechtsbedrijf mèt zijn beoefenaren in een kwade reuk gestaan. De taak en de stijl van de jurist waren en zijn een blijvend plechtanker, waartegen het onbehagen zich afzette en afzet, al kan daar dan weer tegen aangevoerd worden, dat een zo beroemd literator als Stendhal gedurende lange tijd iedere ochtend stukken uit de Napoleontische Code civil las om zijn stijl op peil te houden en dat de geserreerde taal van een geslaagd vonnis een in zich zelf afgerond geheel is van koele pragmatische schoonheid. Maar het is waar, dat niemand geroerd wordt door de taal van de huidige wetgeving. Vergelijkt u maar eens de beeldende kracht van een uit 1838 stammend artikel inzake distributieve rechtvaardigheid, te weten 705 BW dat bepaalt: de ruiming van gemene sekreten moet beurtelings dàn over het éne en dàn over het àndere erf geschieden, met de hinderlijke geheimtaal grenzend aan wartaal van een recent artikel als 40*a* van de Onteigeningswet: Bij de bepaling van de waarde van grond als bouwgrond wordt niet gelet op de bij een bestemmingsplan juist aan het onteigende gegeven bestemming, maar worden alle lasten en baten van het plan volgens de ter plaatse geldende regelen over de in het plan begrepen gronden verdeeld.

De taal, de stijl en de denkvormen moesten het van oudsher ontgelden, maar óók de handel en wandel van de jurist zelf. Ik denk, dat ik dit als bekend mag veronderstellen. In de sfeer van het *sacrale* stuiten wij op de H.Ivo aan wie de katholieke kerk de kwalificatie meegaf: „advocatus sed non latro, res miranda populo". In de sfeer van het *banale* is het niet anders. In een oud, wat pikant verhaal lezen wij dat er op de deur wordt geklopt van een slecht huis, waar adellijke losbollen met drieste deernen samen zijn. Men vermoedt dat de politie aan de deur is en als er wordt aangedrongen zegt de baron moedeloos tegen zijn mannelijk medeplichtige: „ik zal maar open doen, want dat volk is niet van het geslacht der advocaten, die in het opstellen van hun salaris zetten: aangebeld en niemand thuisgevonden, een gulden zestien". Hierop valt slechts aan te merken, dat volgens het thans nog geldende art.29*a* van de wet van 1843 betreffende advocaten-salarissen een dergelijk besogne anno 1972 voor *f* 1,80 in rekening kan worden gebracht en zelfs voor *f* 3,60 als men méér dan een uur blijft bellen.

5.Een vierde oorzaak, waarom het niet meevalt, rechten te studeren is deze: zomin als de juristen er in geslaagd zijn een door allen

aanvaarde omschrijving van het begrip recht te vinden (Kant) evenmin is het hun gelukt een door allen of tenminste zeer velen aanvaard kader te vinden, waarbinnen *de opleiding tot jurist zich moet voltrekken.* Zolang er—tenminste op het continent—sprake is geweest van een opleiding tot jurist op grotere schaal, is die opleiding vergezeld gegaan van de kritische mededeling, dat zij volstrekt niet deugde. Men zou kunnen menen, dat deze kritische begeleiding pleit voor de belangstelling, die de rechtenstudie steeds bij juristen en pedagogen genoot en dat zij aldus de gelegenheid kreeg, zich snel aan het voorgestelde nieuwe peil aan te passen en het oude kleed af te leggen. Dat is echter een te gunstige voorstelling van zaken en wel om twéé redenen: Allereerst omdat een in het recht op zich aanvaardbaar verschijnsel, zich hier minder acceptabel uitwerkte, ik bedoel dat de roep om vernieuwing bij sòmmigen, de drang naar behoud van het oude bij vèlen bovenmatig stijfde. Maar vooral—want uiteindelijk breekt het nieuwe, dat zich *wáár* maakt, toch wel door—de roep om vernieuwing van het onderwijs was vaak in zich zelf verdeeld en vóór iets was bereikt bevochten meest de vernieuwers elkaar op leven en dood, nu ja op de dood tenminste van hun hervormingsplannen. Vaak ook werden in zich heilzame herzieningsvoorstellen verpakt in zo extreme theorieën, dat men om de theorieën de praktijk verwierp. Een duidelijk voorbeeld hiervan te onzent was I. H. Hijmans.

Het gaat hier echter niet om de historie van de rechtenopleiding, maar om de werkelijkheid van nu. En dan kan men vaststellen, dat de rechtenopleiding momenteel opnieuw een hevige crisis doormaakt. Ik zie geen kans deze belangrijke en ingewikkelde kwestie hier enigszins volledig te behandelen. Ik wijs slechts op een viertal punten.

a. Anders dan wel is gesuggereerd lijkt het mij waarschijnlijk dat in de nabije en ook in de wat verder afgelegen toekomst de kwalitatieve en vooral de kwantitatieve impact van recht en rechtsregel op het maatschappelijk leven nog aanzienlijk zal toenemen. De zelfs maar gebrekkige beheersing van een zo in ingewikkeldheid en vérwikkeldheid toenemende samenleving, die over zoveel mechanische, psychologische, biologische en biochemische middelen beschikt, welke het leven zowel kunnen veraangenamen als ontmenselijken eist, zolang de mens zelf niet aanmerkelijk beter en ànders is geworden, toenemende dwangregeling van het recht. Maar dit zal meer en meer een recht moeten zijn, dat zich kenmerkt doordat het op *snelle wijze* functioneert in de gemeenschap, zolang dat nodig is en even snel verdwijnt als het disfunctioneel wordt. Deze taak zal het recht slechts kunnen vervullen, denk ik, wanneer het binnen een ruim en vrij vaag kader van wettelijke mogelijkheden in handen wordt gelegd van hen, die het recht snel en efficiënt zijn functionele betekenis kunnen geven. Wij zijn geneigd deze mensen als rechters aan te duiden. In feite zetten zij de laatste stap in dit proces, maar ook andere juristen, advocaten,

welzijnsambtenaren enz. zijn hierbij broodnodig. Rechtspraak en administratie naderen elkaar en daarmee de controle op deze in oorsprong zo verschillend behandelde terreinen. Op de nieuwe functies, die het recht, naast oude die het behoudt, wellicht in de nabije toekomst meer en meer zal moeten vervullen, op dit *flexibele* recht, dat wij in de sfeer van bijv. de geldeconomie en de financiële arbeidsverhouding reeds veelvuldig tegenkomen, zal het onderwijs in het recht zich moeten instellen en het zal daartoe vernieuwingen moeten ondergaan.

b. Die vernieuwing van het rechtsonderwijs zal, naar mijn oordeel niét, zeker niet vooral haar uitdrukking moeten krijgen in het aanleren van vaardigheden. In een dit jaar voor de NJV uitgebracht preadvies van de juridische onderwijsdeskundige Crombag wordt van de noodzakelijk geachte grondige herziening van het juridisch curriculum d.i. het opleidingsprogram gezegd: „Centraal zal in het nieuwe curriculum moeten komen te staan het oefenen van de studenten in een reeks voor de beroepspraktijk belangrijke vaardigheden. Het kennispakket dat men in de opleiding aan de studenten aanbiedt, zal zodanig van samenstelling en vormgeving moeten zijn, dat het *ondergeschikt* is aan en *past* bij wat de hoofddoelstelling van de opleiding behoort te zijn: vaardigheidstraining" (pp. 59 en 60).

Vanzelfsprekend kan ik het niet bewijzen, maar ik ben ervan overtuigd, dat de vaardigheidstraining, die inderdaad aan onze universiteiten maar weinig, ik wil wel toegeven te weinig aan bod komt, vrij snel en vrij redelijk in *een* latere beroepspraktijk wordt aangeleerd. Nu kan men aanvoeren, dat het toch pure tijdswinst is indien die vaardigheid reeds tijdens de studie zou kunnen worden aangeleerd. Mijns inziens echter kán dit niet, in ieder geval slechts voor een klein deel het geval zijn en wel omdat Crombag in het bovenaangehaalde citaat ten onrechte spreekt van „voor *de* beroepspraktijk belangrijke vaardigheden". Die allesomvattende beroepspraktijk van de jurist is echter een pure fictie. De vaardigheden die de jurist, welke ambtenaar van de burgerlijke stand wordt, zich moet eigen maken, zijn wezenlijk andere dan die van de jurist, die zich met waterstaat bezighoudt. De afdeling wetgeving van het Ministerie van Justitie vraagt van zijn juristen andere artes dan de advocatuur. Een goed advocaat is niet hetzelfde als een goed rechter en het omgekeerde geldt in nog sterkere mate, minstens mede omdat binnen hetzelfde rechtsbedrijf waaraan zij deelnemen van elk van hen andere vaardigheden worden vereist, vaardigheden zelfs die, zoals straks nog zal blijken, vanuit elkaar niet verdragende grondhoudingen het aanschijn nemen.

Er is echter méér in de vaardigheidstheorie, dat aangevochten kan worden. Zoals U gehoord hebt moet in de opvatting van Crombag de kennis ondergeschikt worden gemaakt aan de vaardigheid. Die uitspraak kan alleen maar zin hebben—en dus door Crombag alleen maar gedaan zijn—, wanneer onder kennis wordt

verstaan: een kennen van het begrippen-apparaat waarmee het recht werkt. Hoezeer ook aangevochten—zoals in recht en filosofie welhaast alles geponeerd èn aangevochten is—van het onderscheid tussen zakelijke rechten en personele vorderingsrechten zal men notie moeten hebben, voor men met het recht handwerk kan gaan bedrijven. Dat is volkomen waar. Maar de studie van het recht wordt niet volmaakt opgedeeld tussen dèze kennis van het begrippenapparaat en de vaardigheden die de rechtsbeoefenaar nodig heeft. Om het recht niet te doen verstarren tot een desnoods bijna vlekkeloze techniek zonder meer is iets anders nodig. De rechtsdogmatiek in enge zin, zijnde een overigens nuttige en nodige uiteenzetting van het in wetten en rechtspraak bestaande systeem zal aan *waarden*, die zich met wisselende kracht en afwisselend doen gelden, moeten worden getoetst. Wat mij betreft zijn daar ook enkele waarden bij, die als minimale voorwaarden voor een menswaardig bestaan bij iedere wisseling overeind behoren te blijven om aan te duiden waar functionele en wisselende waarden hun grens vinden en tot onwaarde worden, maar over het natuurrecht—zijn eeuwige wederkeer en even eeuwige ter-doodverklaring—zal ik het hier niet hebben.

Wat gezegd wil zijn is dit: buiten het onvermijdelijke leren van de taal van het recht, zijn begrippenapparaat, dat geen hemel meer is, zijn systeem, is naar ik denk, in de opleiding van de rechten-student vooral nodig: het aankweken van de ontvankelijkheid voor het optreden van wisselende en blijvende waarden, het betrekken van het verschijnsel recht en van de concrete rechtsregels en rechtsbeslissingen in de stroom van het maatschappelijk leven, het aftasten van regel en beslissing op hun *echtheids*gehalte in de wereld, waarin zij gaan gelden. Wanneer men die opdracht verbindt met de hiervoor vermelde tendens *van een deel van het recht* tot snelle veroudering, snelle opkomst en snelle verdwijning, zal men de toenemende betekenis van het aankweken dezer gesteltenis wellicht met mij onderkennen en misschien ook be-amen, dat vergeleken daarmee het aankweken van vaardigheden een in tijdsorde en betekenis secundaire aangelegenheid is.

c. Als derde punt met betrekking tot het rechtenonderwijs mag het volgende vermeld worden. De benadering van dat deel van het recht, dat in hoge mate flexibel behoort te zijn, is in niet geringe mate pragmatisch. Dat betekent echter allerminst dat dit recht onbeduidend is—naar mijn smaak is het in toenemende mate onmisbaar—, maar het houdt wel in, dat men om met Luhmann te spreken, de afzonderlijke rechtsverschijnselen die—wat overdreven gezegd—soms eendagsvlinders zijn, niet met het heilig respect moet behandelen dat vroeger voor alle recht werd opgeëist. Dit soort recht is belangrijk omdat het triviaal, alledaags is en we hoeven er de hoge hoed niet bij op te zetten, noch de toga aan te trekken als we ermee gaan werken. Het geldt hier eerder: jasje uit en de mouwen opgestroopt.

Maar ook dit functionele, flexibele recht, dat zich in het heden manifesteert, dringt zich aan ons op vanuit situaties, die in het verleden hun oorsprong en rechtsvorming vonden. Dit is niet zonder betekenis voor de rechtsvorming van vandaag, want mensen zijn op gewoonten toegericht en de gewoonte: dat is niet anders dan het verleden tot norm uitgegroeid. Wie die werkelijkheid overboord zet, enkel vanuit das Gebot der Stunde als een geïsoleerd en gesteriliseerd fenomeen, snijdt de levensband af. Behoud en vernieuwing strijden in het recht die wonderlijke tweestrijd, die nimmer een definitieve overwinnaar of verslagene te zien geeft. De rechtsopleiding is in het geheel niet te vergelijken met het kweken van groenten des winters in verwarmde kassen. De geschiedenis van het recht is immers het recht zelf en meer nog geldt dat voor het denken over het recht van het verleden. De opleiding zou mijns inziens de tendens om het recht a-historisch en onwijsgerig te behandelen geen kans moeten geven maar—en dat volgt ook uit mijn verhaal—: historie vàn en nà- en méédenken over het recht zouden in de opleiding veel minder als afzonderlijke vakken, veel meer in eenheid met de studie der bestaande rechtsgebieden moeten worden behandeld.

d.Een vierde en laatste aspect van de rechtenopleiding beweegt zich op een minder zwaarwichtig niveau. Ik heb U gesproken over het gebrek aan „motivatie", wat van U verwacht wordt bij het begin van Uw studie. Ik hoop van harte, dat U begrepen hebt, dat de toonaard waarin die opmerkingen geplaatst waren, gemeenlijk wordt aangeduid met het woord: ironie. Maar dat neemt niet weg, dat het een veel voorkomend verschijnsel is, dat rechtenstudenten haast zonder verwachtingen aan hun studie beginnen. Dit is niet alleen een gevolg van het steeds weer te voorschijn gehaalde schrikbeeld van het recht als de verzamelsom van te memoriseren, als los zand aan elkaar hangende teksten in gè- of verbiedende vorm. Het komt óók omdat de rechtenstudie een der weinigen is waar men vroeger toen er gymnasium voor vereist werd, in zijn middelbare studies in het geheel niet mee in aanraking kwam, eenvoudig omdat de ordening der presente samenleving daar niet gedoceerd werd en thans voor atheneumleerlingen en gymnasiasten met een keuze-pakket nog maar ten hoogste heel summier en fragmentarisch. Het verdient in dit verband echter aandacht, dat er licht begint door te breken vanuit het verkeersrecht waarin reeds op de basisscholen theoretisch en praktisch onderricht wordt gegeven. Het is een voorbeeld van recht, dat zich in onze maatschappij als broodnodig aandient voor iedereen van elke leeftijd.

Maar hoe dit zij, vrijwel virginaal in dit opzicht tijgt de middelbare scholier van juni in augustus of september naar de collegebanken en werkgroep-stoelen van het eerste rechtenjaar. En naar men zegt, bestaan er bij maagden soms vrij veel vooroordelen tegen bevruchting. Als vierde taak van het onderwijs in het recht—en speciaal van het onderwijs in het eerste jaar—en mis-

schien zelfs heel bijzonder van het onderwijs dat zich als inleiding aandient, zou ik deze willen noemen: de idee, dat het recht, en misschien zelfs dat de studie van het recht een droge, saaie affaire is, waar men zich doorheen moet worstelen, zou aan het wankelen gebracht moeten worden bij de meest ontvankelijken voor deze wankelpartij. U hoort dat ik mij voorzichtig uitdruk. Voorzichtiger dan zo iemand als Justus Wilhelm Hedemann, die in 1927 in de tweede druk van zijn »Einführung in die Rechtswissenschaft«, na van het recht vooropgesteld te hebben dat »viele Unberufene ihr Trockenheit nachsagen. In Wahrheit aber ist sie (de rechtswetenschap) voll glühendes Leben« als eerste doel van de inleiding in het recht vermeldt dat het er om gaat de »Sprödigkeit«, dat is zo ongeveer de onechte verschijningsvorm, de aanstellerij van de juridische stof te overwinnen, interesse in en plezier aan het recht op te wekken en (maar dat is op deze plaats van minder belang) het zelfstandig denken te bevorderen (p. 13).

Ik ben het daar bijzonder mee eens, maar het probleem is, dat door het zo te stellen verwachtingen met betrekking tot de docent in het leven worden geroepen, waaraan hij—uitzonderingen daar gelaten, waaronder naar ik aanneem Hedemann behoorde—niet kan beantwoorden. Want het recht kan pas boeiend worden, nadat het weinig enerverende maar broodnodige begrippen-apparaat is toegelicht. Ik kan mij moeilijk voorstellen, dat een medisch student, die wordt ingelicht omtrent de ligging van de twaalfvingerige darm, daardoor plezier krijgt in de geneeskunde, maar hij zal straks veel verdriet hebben en nog meer verdriet bezorgen als hij, omdat hij tijdens de eerste les niet heeft opgelet, deze gesitueerd acht even boven de rechterlong. Zo mag een docent in de Inleiding die zijn studenten serieus neemt, niet veronderstellen dat zij met van opwinding vertrokken gezichten zijn verhandeling toejuichen over het onderscheid tussen de begrippen: wet in formele- en wet in materiële zin, maar hij zal hen hierover toch moeten inlichten. Ik moet dan ook bekennen, dat ik soms colleges geef, die ik ernstig heb voorbereid en waarvan de inhoud niet volstrekt onbelangrijk lijkt, maar waarbij ik mij na afloop toch afvraag, hoe het komt, dat ik niet als de jonge paarden in de wei staande in slaap ben gevallen en gaat het andere keren, naar mijn gevoelen wat beter, dan nopen de luidruchtige, hoogst zichtbare geeuwen uit het midden van de zaal mij weldra tot bezinning en bescheidenheid.

En tóch, zo meen ik, zal de opleiding in het recht erop gericht kunnen en moeten zijn de legende, die aan het recht vooraf gaat omtrent zijn doodse verveling en onnozelheid te overwinnen. Dat behoeft niet altijd te betekenen dat men het recht bewondert of er plezier áán heeft, men kan er ook plezier òm hebben. Er is trouwens een heel andere geesteshouding waarin onverschilligheid over dat saaie recht overwonnen moet worden: die, krachtens welke het bestaande positieve recht als onrecht wordt beschouwd, als sanctionering van de onrechtmatige belangen van een heersende klasse.

Deze houding veronderstelt, indien zij althans enig recht op authenticiteit wil claimen, tenminste een sterke, zij het dan negatieve, belangstelling vóór—en dus ook kennis vàn—dat recht. Het recht is een wonderlijk fenomeen, het is alleen jammer dat wij, juristen, de juristenstand, de gave om ons te verwonderen meestal snel hebben afgeleerd als we ze ooit al bezaten, omdat we alsmaar bezig zijn met vaststellen, met toepassen, met uitwerken van dat recht, waar je, als je er onbevangen naar keek zo om zou moeten lachen of misschien huilen dat je doodgewoon aan het vaststellen, het toepassen etc. niet meer toekwam.

Ik ben zo vrij dit aan een voorbeeld dat ik vorige week onder ogen kreeg te illustreren.

In Nijmegen, gelijk elders, worden reeds geruime tijd de tentamens en examens die voor het recht moeten worden afgelegd, in verband met de grote aantallen deelnemers, *schriftelijk* afgenomen. Tot onze verbijstering bemerkten wij, dat het niet uitgesloten moest worden geacht, dat het verschijnsel dat meestal wordt aangeduid als spieken, en dat zijn hoofd- en dagelijks verblijf—naar ieder aannam—had op middelbare en aanverwante scholen, zich daarmee ook tot de universiteit had uitgebreid. Die verbijstering was, dit tussen haakjes, geheel ten onrechte, want gebaseerd op een feitelijke toestand binnen het maatschappelijk bestel: universitaire examens zijn mondeling, die tot het verleden behoort en die wij gemakshalve als norm bleven aannemen, die ook onder wezenlijk andere omstandigheden: schriftelijke examens, gehandhaafd zou blijven. Wij waren slaaf van de gewoonte. Maar wij zijn inmiddels geëmancipeerd. Wat nu te doen? Scherper controle? Akkoord. Maar hoe bereikt men dat? Door meer surveillanten bij de examens in te schakelen. Akkoord. Maar als zij allemaal gaan zitten slapen? Dat mag niet. Goed, maar als ze het toch doen? Iedereen heeft zeer vermoeiende avonden. Kortom: het verlangen kwam op naar een reglement omtrent het toezicht, waardoor, binnen de Nijmeegse universiteit de surveillance „wettelijk" geregeld zou zijn. U hoeft maar geringe fantasie te hebben om zo'n regeling zich te zien uitbreiden over alle landelijke universitaire examens als onderdeel van de wet op de universitaire bestuurshervormingen (WUB). Wat lezen we nu in een concept-regeling betreffende de surveillance bij examens?

Ik citeer met zorg:

„De surveillanten zien oplettend toe, dat iedere kandidaat met eigen werk bezig is en zij bewegen zich hierbij zo onopvallend mogelijk door de zaal. Zij onthouden zich van het lezen van welke lektuur dan ook en beperken de konversatie tot het hoogst noodzakelijke".

Wat is de sanctie indien de surveillant zich niet aan deze regels houdt? Schrik niet, het ís hard: dan mag hij nooit meer surveillant zijn.

U herinnert zich misschien dat ik straks terloops beweerde dat het tot de karaktertrekken van de juridische mens behoort, dat hij overdrijft. En hier is—om met de televisie-reclame to spreken—het bewijs:

Men kan zich voorstellen dat een surveillant, die ter surveillance binnenkomt en gaat lezen tot hij weggaat, op grond van het vaststaande feit, dat er gespiekt wordt, zijn taak slecht vervult. Hoe moet men dat nu in een juridische vorm verbieden? Een gewoon mens zou zeggen: hij moet opletten, dat er niet gespiekt wordt en laten merken dat hij oplet. Maar, zo repliceert de jurist, hoe kan je zo'n vage norm hanteren: is het voldoende om twee keer te niezen en een keer de zaal door te lopen? Laten we dus aan alle onzekerheid een eind maken; zo'n surveillant moet zich drie uur lang *onopvallend* door de zaal bewegen. Als hij dat doet, zal het hem niet meevallen intussen te lezen, maar misschien—we komen hier aan een interpretatie-probleem—mag hij een deel van de tijd wel uitzitten of minstens uitstaan, mits hij zo nu en dan maar onopvallende controle-tochten houdt. Als dit juist is staat ook vast dat hij tijdens het zitten of staan niets mag lezen. Maar waar staat nu dat hij in die rustperioden niet mag gaan schrijven aan zijn dissertatie, een uiltje mag knappen omdat het gisteren zo laat werd of zijn ochtendgymnastiek eindelijk eens helemaal ten uitvoer mag brengen? Om het niet te lang te maken: zo'n regeling van de surveillance in wettelijke vormen is onmogelijk, tenzij zij onmogelijke eisen aan de betrokkenen stelt (3 uur onopvallend, speurend, blijven lopen). Zij zal als zij toch wordt vastgesteld haast nooit naar de letter kunnen worden toegepast maar dan dreigt het gevaar dat zij *soms* om dieper liggende redenen wèl zo wordt toegepast en daarmee komt de ongelijkheid in de wereld. Een groot aantal overeenkomsten, met name eenzijdig opgestelde standaardovereenkomsten, vertoont dergelijke trekken. De andere partij: huurder, huurkoper, persoon die vervoerd wordt of wiens goederen worden vervoerd, de verzekerde wordt opgezadeld met een hoeveelheid verplichtingen, waarvan men in doorsnee niet aanneemt dat zij zullen worden nagekomen terwijl men aan dit niet nakomen meest ook geen sancties pleeft te verbinden. Maar als het erop aankomt kan het *wèl*, en gebeurt het *soms*.

Nog twee andere zaken maken zo'n regeling tot iets waarover men zich verwonderen moet en ook deze ziet men regelmatig in echte rechtsregelingen terug:

I.De regeling die ten doel heeft de beteugeling van fraude bij examens, maakt het nodig dat er *op de surveillance zelf controle wordt uitgeoefend*, tenzij men van een aangeversstandpunt uitgaat (de studenten: wij spiekten en hij liet het toe, de andere surveillant: mijn collega bewoog zich *opvallend* door de zaal). Zo blaast zich een hiërarchisch apparaat tot in het oneindige op, want moet de toezichthouder op de surveillanten nu en dan ook niet gecontroleerd worden??

II.De enige sanctie die mogelijk is, is niet alleen een bijzondere *beloning* voor de betreffende tekort-schietende surveillant (hij hoeft zich nooit meer drie volle uren in tijgersluipgang door een volle zaal te bewegen) maar heft in uiterste consequentie het instituut van de surveillance en van het doen van examens ook op. Als ieder zijn zin volgt, zal iedereen zo slecht surveilleren, dat hij het niet meer mag. De bijkomende straf van ontslag uit de militaire dienst heeft hier iets van weg. Onder bepaalde omstandigheden zou zij tot opheffing, bij gebrek aan mankracht van het leger kunnen leiden.

U weet misschien niet meer, dames en heren, dat het thema dat onder handen is zich bezig houdt met de vierde reden, waarom de rechtenstudie zo'n moeilijk vak is: de uiteenlopende opvattingen omtrent de juiste inrichting van de juridische opleiding. Uit wat ik naar voren heb gebracht en de wat polemische opmerkingen, die ik op dit stuk maakte ten aanzien van andere bestaande opvattingen hierover, blijkt reeds van de divergenties. Dit kan het de rechtenstudent moeilijk maken zijn weg te vinden. Zeker wanneer pluraliteit van mogelijkheden inzake opleiding niet door de docenten als vanzelfsprekend wordt aanvaard en het patent van enige, ware en juiste opleiding tijdens de opleiding wordt geclaimd door een richting. In dat geval moogt ge kiezen, maar als gij daartoe niet in staat zijt, laat U dan niet door machtsargumenten overtuigen. Leer van de geschiedenis, dat er weinig zaken, die als onfeilbaar werden aangeduid, in de toekomst dat etiket konden blijven voeren. Leer dat de mens, ook die welke als opleider van juristen door het leven gaat, feilbaar is en ten beste *op zoek* naar het beste.

6.Er is nog een vijfde kenmerk van de juridische werkzaamheid, dat, speciaal ook in onze tijd, het vak en de studie van het vak bemoeilijkt. In een wereld van zwart-wit verhoudingen, in een samenleving, waarin ieder onmiddellijk wordt ingedeeld bij links of rechts, waar de verzuchting wordt geslaakt, dat het uit moet zijn met al die nuanceringen en dat men maar te kiezen heeft of anders wel zal horen, wat men kiezen moet in zulk een polaire wereld, is het voor de jurist een zware en ondankbare taak zich staande te houden, want zijn beroep brengt mee, dat hij de grijze tussentinten, het verworpen: en toch, in zijn bestaan opneemt. Nu weet ik dat vaak is gezegd dat de jurist *van nature* conservatief is, maar dat is evenmin waar als de stelling, o.a. door Glastra van Loon geponeerd, dat sociologen *van nature* links zijn. Het is natuurlijk dwaas, wanneer ter weerlegging van deze stelling zou worden aangevoerd dat mensen als Lenin (Marx óók een beetje), Fidel Castro en bij ons Troelstra een juridische opleiding hebben gehad. Zo goed als het persoonlijk temperament van dominees, boekhouders en klokkenmakers hen een linkse signatuur kan geven, geheel afgezien

van hun beroep, zo kan hen dat óók—bij een zelfde beroep—bestempelen tot reactionairen door dik en dun.

Waar het hier om gaat is: welk mensentype het juridisch bedrijf oplevert, anders gezegd: welk type het nodig heeft en dus—krachtens een natuurlijke wet—aantrekt en vormt.

Ik geloof dat de beroemde Amerikaanse rechtsgeleerde Roscoe Pound het gezegd heeft: het recht moet stabiel zijn en toch naar alle kanten open. Zulk een verschijnsel vraagt mensen, die, waar dl regels verstarren, doorbraken durven te forceren, en waar de reges te zeer verdunnen en labiel worden, zich inzetten voor de versteviging daarvan. Het recht is een structuur en structuur is slechts bestaanbaar bij de gratie van onwrikbare fundamenten en stevige optrekken. Maar het recht is een structuur, die gericht is op de gerechtigheid en de vastheid van de structuur kan de gerechtigheid in de weg staan, zoals een opperste maat van gerechtigheid in deze zeer onvolmaakte wereld de structuur kan vernietigen en daarmee, zo meen ik althans, de mogelijkheid tot gerechtigheid. De jurist, die zich van zijn taak bewust is, is dan ook een fundamentele twijfelaar, van wie in de praktijk nochtans voortdurend gevraagd wordt heel concrete beslissingen te nemen, een keuze te doen tussen mogelijkheden, *die tegengesteld zijn en waarvan hij er toch geen principieel verwerpt.* Dat die levenshouding, zeker in het huidige tijdsbestek over kan komen en vertaald kan worden als halfslachtigheid, draaierigheid, onbestendigheid, vlees noch vis, lauw, zal hij in veel gevallen voor lief moeten nemen. Is het geen wonderlijke zaak, dat—ik denk nu aan Engeland—dezelfde barrister (advocaat) die vorig jaar de verdachte van een moordaanslag door dik en dun verdedigde, elk bewijs van het feit aan het wankelen trachtte te brengen, iedere getuige die tegen verdachte verklaarde aan een genadeloos kruisverhoor onderwierp, is het niet wonderlijk dat diezelfde barrister *dit* jaar in een moordzaak als vervolger optreedt en alles wat ten nadele van de verdachte kan strekken, genadeloos uitbuit? Toch is het inherent aan de echte juridische geesteshouding, die twee tegengestelde waarden onderkent èn aanvaardt: die van de gemeenschap om repressief op te treden tegen het individu, dat haar orde in gevaar brengt; die van het individu, wiens vrijheid zijn hoogste goed is, dat opperste bescherming verdient, als het door het machtige staatsapparaat in gevaar wordt gebracht.

Is het op zich óók geen vreemde zaak—en wij kunnen nu ook de Nederlandse rechtswereld in de beschouwing betrekken—dat vele en goede rechters gerecruteerd worden uit de beroepsgroep der advocaten? Welk een fundamenteel verschil in geesteshouding is er niet tussen de advocaat en de rechter! De eerste, de partijman, die met alle geoorloofde middelen van wetskennis, rhetorica en heel vaak overdrijving of reductie, tracht om het partijstandpunt te doen zegevieren. De rechter, die vanuit een zo hoog mogelijk opgevoerde neutraliteit, de argumenten moet wikken en wegen om zo

het intrinsiek beste standpunt (los van alle bijvoegsels) te vinden en de vrede tussen partijen, die door de advocaten in opperste oorlog waren verwikkeld, te herstellen? Toch is het inherent aan de echte juridische geesteshouding, die twee tegengestelde waarden onderkent en beide aanvaardt: die van het conflict, van de agressie, de strijd, en die van vrede, verzoening, onherroepelijke beslissing.

En hebben velen er geen moeite mee, dat een en dezelfde advocaat, desnoods te zelfder tijd, twee procedures voert, twee arbeidsgeschillen en in het ene treedt hij op voor de werkgever, in het ander voor de werknemer? Zijn het in onze klasse-bewuste maatschappij niet twee onverenigbare werelden, waarin hij zich gelijktijdig beweegt? Ik ontken het niet, maar toch kan hij dit doen als hij twee tegengestelde waarden onderkent en beide aanvaardt: die van de arbeid en die van het kapitaal. Aan dit laatste voorbeeld kan men overigens illustreren, dat de juridische geesteshouding wordt belaagd: meer en meer komt de tendens op scheidingen aan te brengen: men spreekt van de sociale advocaat, die zich geheel inspeelt op de belangen van de arbeid. De andere advocaat, die nog geen naam heeft en die niet perse a-sociaal behoeft te zijn, staat voor de belangen van het kapitaal: hij dient de n.v., de b.v. en de 200 van Mertens met hun gevolg. Al begrijp ik de tendens wel, dat neemt niet weg dat ik ze betreur.

7. De zesde en laatste reden, die mij voor ogen is gekomen, om aan te geven welk een moeilijke taak gij op Uw schouders hebt genomen toen gij hebt gekozen voor de rechtenstudie ligt weer op een geheel ander terrein: het recht werkt met algemene regelingen, het recht is: algemene regeling (of die nu in wetten, in gewoonte, in arresten of in beginselen zijn neergelegd). Die algemene regelingen ontlenen echter hun waarde aan hun toepassing op zeer concrete, individuele feiten. Een algemene regeling, hoe voortreffelijk óók, is een dood ding, als het zich niet laat toepassen.

Maar die concrete, individuele feiten, hoezeer enerzijds *onderworpen* aan algemene regelingen, stijgen daar anderzijds ver boven uit. Het werkelijke leven, de stroom der feiten daarin, wordt wel beïnvloed door algemene regelingen, *maar allerminst daardoor bepaald.* Daarmee hangt samen, dat de gerechtigheid, die van het recht uitgaat ten hoogste het fundament is, de voorwaarde voor een goed, een zinvol bestaan, maar dat goede, zinvolle bestaan niet tot stand brengt. Daarvoor moeten heel andere krachten in individu en maatschappij gaan werken.

Wat is al met al beschouwd de betekenis van het recht in het leven van een mens, vergeleken bij de andere factoren die dat leven bepalen en richting geven?

De in 1949 gestorven Duitse rechtsgeleerde Gustav Radbruch geeft in zijn prachtige, voor iedere jurist leesbare werk: Rechtsphilosophie, hiervan een pregnant voorbeeld: voor de jurist (den

»Rechtsmenschen«) zou de nalatenschap van Goethe bestaan uit zijn geboorte-akte en zijn overlijdensakte, zijn akte van toelating tot de advocatuur, zijn huwelijksakte en de geboorte-akte van zijn zoon, de eigendomsbewijzen van zijn huis en zijn vakantiewoning, de contracten met uitgevers betreffende zijn boeken en tenslotte de akte die zijn benoeming tot »Geheimrat« inhield. Geen onbelangrijke zaken, maar wel armetierig als we de rest van dit leven bekijken. Niet anders is het met de gewone mens, wiens juridische attributen nog minder omvangrijk zijn dan die van Goethe. En we weten het toch allemaal: het recht stelt het feit van het huwelijk vast, maar de getrouwden moeten het huwelijk leven, het recht vindt niets uit, het beschermt hoogstens het uitgevondene, het recht schrijft geen boeken, het recht verwekt geen kinderen en draagt ze niet onder het hart. Zonder het recht is geen zinvol menselijk leven mogelijk, maar met alleen recht is zulk een leven evenzeer onmogelijk. Het corpus iuris is het corpus Christi niet.

Zo komt er een tweede fundamentele twijfel zich voegen bij die, welke de jurist reeds *binnen* zijn beroepsbezigheden blijvend begeleidt: het is de twijfel aan het beroep zelf. Iedere goede jurist heeft een kwaad geweten, zei Radbruch. Dat komt omdat hij steeds moet kiezen tussen meerdere mogelijkheden, die hij geen van alle principieel verwerpt. Nu komt er nog iets bij: het is maar een armzalig mens, het is zelfs niet meer dan het probeersel van een mens, die alleen jurist is. Een goed jurist, ik citeer opnieuw Radbruch, zal ophouden een goed jurist te zijn als hij niet op ieder moment van zijn beroepsvervulling tegelijk met de noodzakelijkheid ook de »Fragwürdigkeit« van zijn beroep zou onderkennen. Ons juristen is de moeilijkste aller taken opgelegd: »An unsern Lebensberuf zu glauben und doch zugleich in irgendeiner tiefsten Schicht unseres Wesens immer wieder an ihn zu zweifeln«.

8. Ik heb, naar ik vermoed en hoop, geen overspannen verwachtingen met betrekking tot de rechtenstudie bij U gewekt. Want ik hield mij vooral bezig met de moeilijkheden waarvoor U zult worden gesteld. Ik hoop echter ook dat ik U niet heb afgeschrikt. Het zijn niet altijd de 'great expectations' die de beste ondergrond vormen voor een zinvolle toekomst. Reeds Dickens leerde ons dat in zijn gelijknamige boek. Want de advocaat Jaggers, die de mededeling kwam doen, dat er voor Pip grote verwachtingen in het vooruitzicht stonden, had het over een aardig vermogen, dat hem te wachten stond. En wat daar aan werkelijke verwachtingen uit resulteerde, weet de toegewijde lezer maar al te wel.

Geen overspannen verwachtingen dus, want op het moment, dat daarvan sprake is is het onheil nabij. Mag ik dat nog aan een zeer recent voorbeeld demonstreren, alvorens deze voordracht af te sluiten?

In 'The Sunday Telegraph' van 16 juli jl. werd Eagleton, de toen nog niet gecompromitteerde 'running mate' van de demokratische

kandidaat voor het Amerikaanse presidentschap aan de vele Engelse lezers van die krant voorgesteld. Het is vaak boeiend, maar lang niet altijd zo simpel als in dit geval, volstrekt achterhaalde gebeurtenissen of standpunten terug te volgen tot op het moment, waarop zij als aanvaarde vaak toegejuichte werkelijkheid doorbreken. Wanneer de momenten van aanvaarding en verwerping in tijd zeer dicht bij elkaar liggen, plegen wij te spreken van een catastrofe of een schandaal. Lopen zij, temporeel, ver genoeg uit elkaar, dan worden wij zelfgenoegzaam en generatie-bewust en dan hebben wij het over een evolutie vanuit krochten van onwetendheid naar een verlicht en rationeel beschavingsniveau.

Volgens het eigen verslag van Eagleton nu, was zijn eerste reactie op het verzoek van Mc Govern om hem als tweede man en mogelijke vice-president te assisteren: 'you are kidding', je maakt een grapje, je houdt me voor de gek. Een Mc Govern die *toen* geweten had wat hij *nu* weet, niet alleen aan feiten rondom de psychische gezondheidstoestand van Eagleton, maar vooral aan reacties van derden op die feiten, zou daarop vol vreugde in het Amerikaans, hebben geantwoord: „Fijn dat je dat meteen inziet" en daarmee mogelijk (ik bevind mij nu in het rijk der voorspellingen) de basis hebben gelegd of de belemmering hebben weggenomen voor een verkiezingszege die hem (nogmaals: dit is pure speculatie) nú kan ontgaan omdat hij toen het gebrek aan serieuze bedoelingen achter zijn verzoek, met kracht en verontwaardiging tegensprak. Met zoveel kracht tegensprak, dat Eagleton—zo luidt het verhaal in de krant—zich er, ik denk zonder al te veel moeite, van liet overtuigen, dat er geen sprake was van een 'joke' en vervolgens gretig antwoordde: 'Okay, senator, I'll say yes before you change your mind'. Dat dit niet alleen de juridische betekenis had van een zeker tijdige, zelfs wat overhaaste aanvaarding van een aanbod, maar ook een uitspraak was van een zeldzaam sterke voorspellende kracht, is voor ons allen duidelijk geworden, omdat wij de kans kregen de feiten op de voet te volgen: weldra immers zòu Mc Govern van gedachte veranderen. Maar voor hij dat deed zou er nog een fase komen, waarin hij zijn oorspronkelijke gedachte: Eagleton als running mate te aanvaarden niet simpel handhaafde en vasthield maar deze gedachte zelfs tot in het letterlijk absurde hypertrofieerde. U herinnert zich wel de uitspraak van Mc Govern, gedaan nadat de eerste, overdreven, berichten over Eagleton's mentale conditie waren gelanceerd, dat hij, Mc. Govern, voor *duizend* procent achter deze benoeming bleef staan. In ons spraakgebruik en in dat van de V.S. geeft echter al *honderd* procent vertrouwen de absoluut volle maat aan. Wie zijn of haar melkkan dan wel benzinetank voor honderd procent gevuld wenst te zien, krijgt een geheel volle kan, een nèt nìet overlopende tank. Wordt er dan nog eens negenhonderd procent bijgeschonken, dan komt die ruime rest—ik neem het gewone geval—op de grond terecht. De huisvrouw, de automobilist die om duizend procent vulling *vragen*, meer nog de

melkman en de tankbediende, die duizend procent vulling *geven*, zij worden niet alleen als zonderlingen beschouwd, maar kunnen ook best last krijgen met de wet: wegens verkwisting dreigt curatele, en wordt minstens in het ene geval een uiterst brandgevaarlijke situatie geschapen, in beide gevallen is er sprake van milieuverontreinigende toestanden enz.

Zo zien wij hier aan de werkelijkheid een boeiend, maar verontrustend verschijnsel gedemonstreerd: alvorens de bevestiging in een negatie overgaat, pleegt zij zich nog eenmaal op te blazen tot ver buiten de haar van nature toegewezen grenzen. Elke ballon die meer dan vol geblazen wordt, klapt en wordt—onder tranen en teleurstelling—tot absolute negatie van de bolvorm der ballon. Er is altijd iets bedenkelijks aan de hand, wanneer degene, die ons *redelijk* vertrouwen schonk, die *niet zonder* verwachting ons tegemoet trad, om met ons te werken, om ons op te leiden of wat dan ook, zich te eniger tijd genoopt ziet *extreme* verwachtingen, *uitzonderlijk* vertrouwen jegens ons uit te spreken. Wees dan op Uw hoede, want op dat schijnbaar glorieuze moment vol verwachtingen, staan de voeten van hen, die U als lijk het huis der werkelijkheid uit zullen dragen, reeds voor Uw deur. Leer dàt, zoniet van Hegel dan toch van Eagleton.

9. Dames en heren, ik heb getracht wat redenen op te sommen en uit te werken die Uw keuze voor de rechtenstudie stempelde tot een moedige daad, een gelukwens waard. Misschien heb ik er enige over het hoofd gezien, misschien ook waren er sommige, die U zich voordien nog niet scherp realiseerde. U kunt nog terug zonder noemenswaardige schade. Als echter de moeilijkheden die ik U opsomde wel begonnen te lijken op een kataloog van de misère der verwachtingen, toch vlei ik mij met de hoop, dat ik heb aangetoond, dat er allerminst grond is om dit (ik parodieer lichtelijk Marx) tevens te zien als de verwachting der misère.

Geen 'great expectations' wederkerig stel ik in het vooruitzicht aan wie de studie van het recht aanvangen en die het de aanvangers moeten leren, want grote verwachtingen kondigen maar te vaak de ineenstorting aan. Wèl is er grond vóór en noodzaak tót een redelijke mate van vertrouwen, wederkerig, tussen studenten en docenten, en als die gelijk te verwachten is—nu en dan, zo hier als elders, het zij aan de ène het zij aan de àndere zijde—toch wordt beschaamd, dan rest: 'Mutual forgiveness for each vice', want: 'such are the gates of paradise'.

1. „Michael Kohlhaas" en het rechtsgevoel

»Das Rechtsgefühl aber machte ihn zum Räuber und Mörder«.

Zulk een kort zinnetje, aan het begin van een kleine roman kost—met recht—minstens één nacht rùst van de jurist, die te laat (niet alleen op de avond maar ook in zijn leven) kennis maakt met de paardenhandelaar Michael Kohlhaas, door Heinrich von Kleist (1777-1811), levend in een tijd van omwenteling en verschrikking, flonkerend tot leven gebracht vanuit een andere woelige tijd (midden van de 16de eeuw).

Het onrecht, dat Michael Kohlhaas werd aangedaan, begon met het wederrechtelijk eisen van een paspoort, toen hij met een gespan paarden door Saksen wilde trekken. Het eindigde met het vermoorden van zijn vrouw Liesbeth, toen deze, als vroegere geliefde van een der machtigen, die Kohlhaas het leven zuur maakte, voor hem bij die man in de bres wilde springen, èn met het schenden van een hem plechtig gegeven amnestie. Daartussen speelt zich een verbijsterende opeenstapeling af van intrigues en rechtsvervalsingen, gevolg van familiebanden en hoge protecties, waarop degenen, die zich aan het recht van Kohlhaas vergrepen, een beroep deden. Dientengevolge krijgt Kohlhaas zijn recht niet. Kohlhaas, wiens rechtsgevoel »das einer Goldwaage glich« aldus werd gekrenkt, kent daar maar één reactie op: hij stelt zich aan het hoofd van een bende, die op gruwelijke wijze op schuldigen en onschuldigen wraak neemt. »Verstoszen, antwortete Kohlhaas, nenne ich den, dem der Schutz der Gesetze versagt ist«.

Eerst nog werd Kohlhaas, de man die recht zoekt en het niet kan krijgen, omdat degenen bij wie hij het moet halen corrupt zijn: »ein unnützer Querulant«. Zo kenschetst hem een beslissing van de rechtbank te Dresden. En die kenschetsing verbittert hem tot in de kern van zijn ziel.

Von Kleist is wel de eerste, die in de persoon en de lotgevallen van Michael Kohlhaas de thans opnieuw ontdekte waarheid tot leven heeft gebracht, dat querulanten niet bestaan, of, zo zij bestaan, niet geboren maar gemaakt zijn.

»Kohlhaas aber ... wandte sich zu dem Schafott, wo sein Haupt unter dem Beil des Scharfrichters fiel. Hier endigt die Geschichte vom Kohlhaas«.

En hier begint voor de lezer, die jurist is, de bezinning op die gruwelijke tweespalt waarin rechtsbedeling en gerechtigheid uit elkaar gaan.

18-2-'72

2. De parabel van de sloot

Iemand vertelt mij, wat verbijsterd, dat hij onlangs met zijn vrouw met vakantie was in een der mooiste provincies van het land, ik weet niet welke. Zij wandelden daar naar hartelust, omdat zij daarvan hielden en velen wandelden daar evenals zij. Maar toen gebeurde er op zekere dag iets ongewoons, aldus mijn zegsman. Op een bepaald punt midden in het wandelgebied stond een bordje:

„Verboden de sloot te betreden, art.480 Wetb.v.Strafr."

Hij ziet voor hem een aantal wandelaars stilstaan, een bescheiden aanloopje nemen (sommige, wat oudere dames nemen de rokken wat op, voor de jongere is dat niet mogelijk) om vervolgens een betrekkelijk simpele sprong te maken. Een èchte ge-uniformeerde politie-agent liep kwasi-onopvallend in de buurt rond. Het echt-opvallende was echter, dat er geen sloot viel te bekennen. Mijn vriend en zijn vrouw, pientere typen, sprongen dan ook niet. De agent kwam op hen af. „Mevrouw", zo sprak hij vastberaden, „U bent niet over de sloot gesprongen". Deze, die een vrouwelijke hekel aan boetes heeft, antwoordde verontschuldigend, dat zij schoenen met hoge hakken aanhad—wat niet waar was—en dat zij daarom niet had kunnen springen. Als redelijk functionaris anno 1972 nam de agent met deze fictieve schulduitsluitingsgrond zonder nader onderzoek genoegen. Dezelfde vraag werd vervolgens tot de man gericht, want voor het strafrecht geldt de eenheid in het huwelijk slechts beperkt (art.316 Sr. bijv.). Deze heeft iets één-dimensionaals over zich: hij is nuchter en daarbij nog eerlijk ook. Hij repliceerde dan ook, dat er geen sloot was om over te springen. Deze subjectieve opvatting kon hem natuurlijk niet redden. Dat hij een proces-verbaal kreeg verwonderde hem waarschijnlijk als enige.

Een sloot is er als de wet het zegt, niet als het individu haar waarneemt. Dat laatste zou immers tot grove rechtsonzekerheid leiden, ja tot pure willekeur, want wanneer is een diepte niet diep genoeg meer om sloot te heten? Ik spreek niet van greppels, want dat maakt de zaak nog verwarder. Duidelijk is in ieder geval, dat waarneembaarheid met het blote oog daarvoor geen vereiste is. Want waar houdt die waarneembaarheid op en over wiens blote oog gaat het? Sommige mensen zien geen barst.

Is dit verhaal ongeloofwaardig? 'Why sometimes I've believed as many as six impossible things before breakfast', (Lewis Caroll, Through the looking glass).
18-1-'72

3. Lundstedt had altijd pech

Lundstedt's 'Legal thinking revised' (1956), is het posthume meesterwerk van een maniak. Wáár hij tegen vocht, hoeft men niet lang te raden. Op de pp. 285-287 heb ik het «bête noire» geteld: het compareert daar zeven maal en heet met kleine varianten: 'legal ideology'. Het bijvoeglijk naamwoord 'metaphysical' is in deze impopulariteitsrace een goede tweede plaats toebedacht.

Maar Lundstedt vocht bovendien een meer persoonlijke strijd uit. Want hij achtte zich miskend en niet zo'n klein beetje. Zelfs Wertheim, die hem als meester erkende, irriteerde die eindeloze gelijkhebberij.

Het meest releverend staaltje van absoluut egotisme lijkt mij het volgende:

In een inleiding somt Lundstedt de namen en lotgevallen op van zijn weinige echte getrouwen. Daartoe behoorde, zo schrijft hij, Pfeffer, die uit Duitsland naar Nederland uitweek, waar hij 'at last was hanged by Hitler's hangmen'. Ook Lunau was een discipel van Lundstedt:

'As I have already said, Pfeffer—this hard working, veracious man—was murdered by Hitler's hangmen. And Lunau went into exile. He had a narrow escape from the nazi's in France. *With some of the most zealous adherents of mine I have, thus, had back luck*' (blz. 13).

6-1-'72

4. Beest Bovigus Bestaat

De in 1886 gestorven romeinsrechtelijke rechtshistoricus Philipp Eduard Huschke is de uitvinder van de bovigus, dat is het dier, dat het rund (bos-bovis) aandrijft als het voor de ploeg staat. Dit dier is nooit gezien, ook niet door F.E.Huschke, maar hij bewijst, dat het moet bestaan, omdat de mens anders zelf zo'n rund zou moeten aandrijven, wat niet mogelijk is omdat een dergelijke taak rechtens de mens niet past. Bovendien volgt het bestaan van bovigus uit het feit, dat Servius Tullius het Romeinse volk in vijf klassen heeft ingedeeld. Daarmee moeten uiteraard 5 huisdieren corresponderen en met het blote oog kon Huschke er maar vier waarnemen. De Bovigus is dùs de vijfde.

Alle juridische grootheden uit het Duitse taalgebied hebben, zo ernstig ze meest waren, ons tranen willen doen lachen om die idiote bovigus van die idiote Huschke, die zijn, alleen door hem zèlf niet onderkende zotheid zo ver doorvoerde, dat hij in een naschrift een correctie aanbracht op een eerder geuite mening omtrent de aard van het werktuig, waarmede de bovigus de bos tot ploegen (en eggen) aandreef.

Maar dàt wij lachten en bleven lachen kwam niet, zoals zij in hun verwaandheid dachten, omdat wij hèn zo geestig en Huschke zo dwaas vonden. Want terwijl Von Jhering (Scherz und Ernst), Bekker (Ernst und Scherz), Von Bülow (Heitere und ernste Betrachtungen) en niet te vergeten *Ernst* (Samuel) Fuchs ons trachten te vermaken met dat onzinnige beest en ons overtuigend bewijzen, dat het er niet *kan* zijn, hebben zij, tot onze grote hilariteit, niet in de gaten, dat Beest Bovigus achter hen het toneel op loopt en er netjes voor zorgt telkens op tijd achter de coulissen verdwenen te zijn als zij zich omdraaien, om duidelijk te maken, dat het er niet is. En die heren, als de politieman in het jan-klaassen spel, maar volhouden, dat bovigus er niet is, omdat hij er alleen maar moet zijn. Doch vanaf onze toeschouwersplaats weten wij het allen: BEEST BOVIGUS BESTAAT.

Wie het vatten kan, vatte het.
20-I-'72

5. Het ongeval, bezien vanuit het gezichtsveld van het slachtoffer (I)

Op 27 mei 1971 besliste de strafkamer van het Amsterdamse Hof (NJ 1972, no.2) dat strafbaarheid wegens doorrijden na een *ongeval* (art.30 van de Wegenverkeerswet) ook dan bestaat als men doorrijdt na iemand *opzettelijk* te hebben aangereden. Een andersluidende beslissing van de Amsterdamse rechtbank werd daarmee vernietigd. Wie zal zich daarover verwonderen?

In ieder geval niet de Engelse student in 'jurisprudence', die in 1910 aldaar de kwestie reeds in de geest van het Hof zag uitgemaakt. Onder de thans vervangen Workmen's Compensation Act van 1906 eiste de weduwe van een bankbediende, die tijdens het vervoer van bankgeld werd beroofd en vermoord, schadevergoeding. Maar die wet sprak van schadevergoeding als gevolg van een '*accident*'. Volgens de gedaagden was het kenmerk van een accident nu juist 'absence of intention'. De Engelse rechter, die toch zeker in die tijd de statute law zeer grammaticaal placht uit te leggen, kwam er op een knappe manier onder uit, zonder teleologie zelfs, zoals het Amsterdamse Hof, terecht, toepaste.

Of iets een ongeval—dus een 'unintentional fact' is (men ziet dat de rechter meegaat met de omschrijving van gedaagden)—dat kan men van twee kanten bekijken: van de kant van de dader en van die van het slachtoffer. Bezien nu van de kant van het slachtoffer is een moord ten volle een ongeval:

'The intention of the murderer is immaterial: so far as any intention on the part of the victim is concerned, his death was accidental, and although it is true that one would not in ordinary parlance say, for example, that Desdemona died by accident, this is because the horror of the crime dominates the imagination and compels the expression of the situation in terms relating to the crime and the criminal alone' (Nisbet v.Rayne and Burn).

8-1-'72

6. Niemand is verplicht zichzelf te belasten (II)

Maar, zo zal menigeen zich afvragen, hoe kwam zo'n Amsterdamse rechtbank in deze tijd aan een zo onmogelijke beslissing? Die gedachte kan postvatten, waarbij men zich dan echter niet realiseert, dat het Amsterdamse geval wèl evenals het Engelse cirkelt rond de uitleg van het begrip ongeval-accident, maar dat het niet *dezelfde* empirische cirkel is, waarbinnen de interpretatie moet plaatsvinden.

Het lijkt waarschijnlijk, dat de rechtbank geworsteld heeft met het ongeschreven beginsel van Nederlands (en Engels) strafrecht, dat niemand aan zijn eigen veroordeling behoeft mee te werken.

Gesteld dat in dit geval door de dader voorafgaande aan het doorrijden een opzettelijke doodslag was veroorzaakt (in werkelijkheid was er sprake van: opzettelijke vernieling van de auto), zou het dan niet vreemd zijn, dat hij strafrechtelijk verplicht is daarna ter plaatse te blijven om zich en zijn voertuig te laten identificeren? Zijn „collega", die op een meer gebruikelijke wijze zich aan het leven van een ander vergrijpt, kan toch ook niet gestraft worden omdat hij niet bij het lijk van zijn slachtoffer op de politie wacht?

Dat dit argument: niemand behoeft zichzelf te belasten, minder zwaar weegt als het ongeval het gevolg is van een culpoos verkeersdelict of een overtreding, lijkt verdedigbaar. In die gevallen immers zal men de geringere gevolgen, die het zich zelf belasten, in strafrechtelijke zin heeft, gemakkelijker op de koop toe kunnen nemen en achterstellen bij ordening van het wegverkeer en het belang van schaderegeling dan wanneer het gaat over een misdrijf, en met name een halsmisdrijf.

Toch denk ik, dat de rechtbank, als zij zich bij haar beslissing door dit beginsel liet leiden, en daarom de bedrijver van een opzettelijk misdrijf niet strafrechtelijk verplicht achtte na zijn daad zich bekend te maken, terwijl de gewone verkeersovertreder dat wel moet, het beginsel te dogmatisch heeft toegepast, te zeer als ware het een wetsregel. Het autoverkeer geeft gelegenheid tot snelle en anonieme verdwijning. Als de wet hierom deze verdwijning strafbaar stelt—terwijl zij normaliter aan iedere verdachte de vrijheid geeft om te maken, dat hij ongemerkt wegkomt—dan is er geen maatschappelijk aanvaardbare reden aan te halen, waarom de categorie van opzettelijke „ongeval"-veroorzakers, die een extra verwijt treft met betrekking tot de ongevalsveroorzaking, een vrij heenkomen zou moeten worden gegund.

9-1-'72

7. De gelaarsde kat en de Romeinse curie

G.W.van Vierssen Trip, rechtbankpresident te Rotterdam uit vroeger dagen, is de auteur van een juridische satire: de gelaarsde kat, vertelling van een merkwaardige strafzaak. Tien jaar geleden kwam het in derde druk uit, voorzien van een luchtig voorwoord van Enschedé, die ooit ook als rechter iets met strafzaken te maken had in Rotterdam. Het is, naar mijn smaak, na een sterke inzet, een langzamerhand mislukkende en aan het einde geheel mislukte satire en ik kan er geen passage in vinden, die ik de moeite van het citeren waard vind, die niet reeds door Enschedé in zijn voorwoord is aangehaald.

Van dit „fijngebouwde heertje met een deftig gezicht (voortreffelijk rechter, degelijk jurist), hoffelijk in zijn optreden en zelden boos" is mij toevallig ook een artikel bekend, dat hij schreef in het maandblad de XXe Eeuw, jaargangen 1907 en 1908, toen Trip nog journalist was. Het is het vàk, dat de mens maakt. Dat artikel: de scheiding van kerk en staat in Frankrijk, bevat dan ook behoorlijk geharnaste taal gericht tegen katholieken, al moet erkend worden, dat hij ook daarin nooit doorslaat op de wijze, die wij thans kennen.

Trip is actueel als hij vaststelt:

„Van streng katholiek standpunt beschouwd was dat verschil van gevoelen tusschen Paus en bisschoppen onbelangrijk. De bisschoppen hebben niets te zeggen. De Paus beslist. En de Paus beslist niet alleen over de daden van de priesters, maar ook over de meening van de priesters der kerk.... Het moderne begrip openbaarheid in het overheidsbestuur behoort bij de Roomsche Kerk niet thuis... . De Paus spreekt en daarmee uit".

Trip's Paus heeft iets weg van onze Hoge Raad. „Roma locuta, causa finita", kun je ook vertalen: de beslissing van de Paus heeft gezag van gewijsde.

11-1-'72

8. Gebed inzake de hoogwaardigheid der wetten

Het voegt mij thans een gebed in te lassen. Het is van Melanchton en heet: „Oratio de dignitate legum".

Het is hooguit bestemd voor plechtstatige, ouderwetse juristen met dooraderde gelaatstrekken. Ik dien het dus onvertaald te laten. Vertaald zou het trouwens belachelijk voorkomen. En het is verheven. De pas daartussen wordt bij vertaling gezet.

Ik vind het ronduit prachtig, maar ik kan er niet meer in geloven. Wat niet wil zeggen, dat ik het tegendeel geloof.

Nam mihi aspicienti legum libros et cognita pericula Germaniae, saepe totum corpus cohorrescit, cum reputo quanta incommoda secutura sint, si Germania propter bella amitteret hanc eruditam doctrinam juris et hoc curiae ornamentum...

Non igitur deterreamur periculis, non frangamur animis... nec possessionem studii nostri deseramus...

Itaque Deus flectat animos principum ac potentium ad hujus doctrinae conservationem, magnopere decet optare bonos et prudentes.

Nam hac remota, ne dici potest quanta in aulis tyrannis, in judiciis barbaries, denique confusio in tota civilitate secutura esset, quam, ut Deus prohibeat, ex animo petamus.

14-1-'72

9. Dear justice

Juliet Lowell heeft rechtsteksten verzameld in haar 'Dear Justice', die te weinig bekend zijn geworden. Een kleine poging om daar verbetering in te brengen volgt hier:

'I want a divorce. I suspect my husband of carrying on with other women. In fact, I don't even think, that he is the father of our last child.

Please help me to get an annullment. I never was really married. My husband was a complete failure. I remained entirely innocent the whole three years we were together. In fact I did not even know what an erection was until I saw my attorneys.

I am glad to say my husband, who was reported missing, is now dead.

Today in court the opposing attorney used the phrase: „Res ipsa loquitur" (the thing speaks for itself). What I want to know is—what the hell does it say?

When you appeal for reversal of my death-sentence, please do a good job as this means a lot to me.

Don't pay attention to Ma's complaint, that my husband sits around all day and don't work. Sure I make the living but he sure makes the living worthwhile.

Question: Is there any reason why my husband can't move back into my apartment while the divorce proceedings are taking place?

Answer : Yes, the judge before whom the case is being tried has stated on various occasions, that it is highly immoral, to litigate by day and copulate by night.'

15-1-'72

10. De toch niet opgegeten dochter Johanna

Een verhaal, dat mij, sinds ik het vele jaren geleden las, is blijven bezighouden, staat in »Unschuldig verurteilt«, van Herrmann Mostar, Nederlandse vertaling: „Beroemde gevallen van gerechtelijke dwaling", in de Prisma-serie verschenen met een klein maar boeiend voorwoord van W. Pompe.

Het is: het geval Bratuscha, spelende rond 1900 in het Oostenrijkse keizerrijk. Er werd een twaalfjarig meisje dood in een hut aangetroffen, duidelijk verhongerd. Franz Bratuscha meldde zich als de vader. Maar kort daarna bleek, dat het zijn kind niet kon zijn, waarmee de vraag rees wat er dan met het echte door hem als vermist opgegeven kind was gebeurd. Bratuscha, „zeer arm, intelligent en beweeglijk van geest" erkende, nadat er bij een huiszoeking kleren van het meisje waren gevonden met duidelijk bloedsporen er op, het volgende:

Zijn dochter Johanna was van huis weggelopen. Hij was haar na enige tijd gaan zoeken en had haar tenslotte gevonden, vermagerd en uitgehongerd; ze was zo zwak, dat ze niet op haar benen kon staan. Bovendien was het, zo zei hij, altijd een ongehoorzaam kind geweest. Daarom had hij haar ter plaatse gewurgd. Vervolgens had hij het lijkje naar huis gedragen en, na het samen met zijn vrouw in stukken te hebben gesneden, in de kachel verbrand. Later wijzigt hij zijn bekentenis, nadat de recherche in zijn huis een boek over mensenetende stammen heeft aangetroffen: „Toen wij het lichaam van mijn kind verbrandden, hadden wij voor de volgende dag slechts weinig te eten." Hij vermeldt als vervolg daarop, dat hij zijn kind heeft opgegeten en dat zijn vrouw niet had meegegeten. Na gebiecht te hebben bekent ook zijn vrouw, die aanvankelijk ontkend had, de feiten, want zij was werkelijk godsdienstig, evenals haar man.

Bratuscha wordt ter dood veroordeeld maar keizer Franz Jozef zet die straf om in levenslang. Dat deed hij praktisch altijd. In dit geval wekte dat in de publieke opinie veel wrevel. De vrouw krijgt drie jaar.

Drie jaar later wordt de dochter van het echtpaar, Johanna, bij een kleine diefstal betrapt. Zij leeft onder een aangenomen naam, maar zonder enige twijfel komt vast te staan, dat *zij* Johanna is. Als men Bratuscha de voor de hand liggende vraag stelt, waarom hij bekend heeft, komt het antwoord:

„De politie heeft mij de eerste bekentenis afgeperst, en naderhand

heb ik niets meer willen terugnemen. Ik dacht bij mijzelf: een man, een man; een woord, een woord."

Deze zaak is een en al probleem, verschrikking en verbijstering. Wat er voor mij nog uitspringt is:

1. Hoe twéé mensen—vader èn moeder—iets dergelijks, in strijd met de waarheid kunnen „bekennen".
2. Hoe een rechter in deze zaak ooit een juist vonnis zou hebben kunnen wijzen zonder onwijs te zijn.

22-8-'72

11. De raadselachtige raadsman

Iedereen, denk ik, heeft dat wel. Zo'n paar dingen, waar hij niets van begrijpt en waarover hij zich telkens opnieuw voorneemt inlichtingen in te winnen. Maar ze zijn niet zo erg belangrijk en daarom komt het er steeds niet van.

Een van die dingen is voor mij belichaamd in het strafarrest van het Gerechtshof Arnhem van één april 1954 (NJ 1954, no.645).

Het behandelt het intrigerend probleem of leewieken van eendagskuikens dierenmishandeling is in de zin van art.254 van het Wetboek van Strafrecht. Leewieken, wel te onderscheiden van kortwieken, is—gelijk bekend—het door middel van een gloeiende elektrische draad afbranden van het laatste lid van het linkervleugelbeen, waardoor de linkervleugel verminkt en beschadigd wordt.

Op kortwieken heeft dit barbaars aandoend gedoe vóór, dat het maar één keer behoeft te gebeuren om het dier vleugellam te maken, maar tègen dat het veel pijnlijker is, zo leren wij uit het arrest.

De rechtbank te Zutphen had al beslist, dat hier, in de zin der wet, geen sprake is van dierenmishandeling, omdat daarvoor ook nog nodig is, dat de pijn veroorzaakt wordt zonder redelijk doel of met overschrijding van hetgeen ter bereiking van zodanig doel toelaatbaar is. De rechtbank sprak dus vrij en het hoger beroep, dat vervolgens toch aan de orde is gekomen, moet dus ingesteld zijn door het openbaar ministerie, want van een vrijspraak kan een verdachte niet in beroep, omdat hij daar geen (wettelijk) belang bij heeft.

Tot nu toe is het een onverkwikkelijke, niet een onbegrijpelijke zaak. Dat laatste wordt het pas met het optreden, in hoger beroep, van de objectief genomen beslist niet onsympathieke raadsman van de verdachte. Waarom die raadsman mij raadselachtig voorkomt, blijkt uit de volgende twee citaten:

1. „dat de raadsman van verdachte wel heeft betoogd, dat de verdachte in casu had gehandeld zonder dat „hij" een redelijk doel nastreefde..."
2. „dat de raadsman voorts heeft betoogd, dat verdachte in casu had gehandeld met overschrijding van hetgeen ter bereiking van het beoogde doel toelaatbaar was, omdat hetzelfde doel bereikt kon worden door de minder ingrijpende bewerking van kortwieken."

Deze beide sterke impulsen tot veroordeling van verdachte worden door het Hof met kracht verworpen. Of het O.M. bij het Hof de

verdediging van verdachte heeft overgenomen, blijkt uit het arrest niet.

Ik zou het niet erg hebben gevonden als verdachte veroordeeld was. Maar wat mij bezighoudt is, wat dat voor een raadsman was, welk soort verdediger, die met zoveel kracht voor de veroordeling van zijn cliënt pleitte?

Of had die cliënt er belang bij veroordeeld te worden? Was—achteraf—zijn rechtsgevoel geschokt door zijn geleewiek en wilde hij door straf daarmee in het reine komen? Of handelde hij in opdracht van een gewetenloze miljonair-kuikenfokker, die dreigde hem te ontslaan als hij in plaats van te leewieken zou gaan kortwieken?

Ook dan begrijp ik nog niet de rolverwisseling, die de raadsman zich aanmat. Als een verdachte veroordeeld wil worden, om welke —goede of slechte—reden dan ook, moet de raadsman daar dan aan meewerken? Aan een onvoorwaardelijk bevestigend antwoord zitten zeer macabere kanten.

Is het een proefproces geweest? In dat geval zou ik met name bepleiten, dat ieder—ook de advocaat—de gebruikelijke taak vervult.

Wat er van zij, men lette ook op het laatste raadsel. In de eerst geciteerde zinsnede staat: „hij", alsof het een ander was.

11-7-'72

12. Een kritisch advocaat uit 1956

Het Advocatenblad, lange tijd goeddeels gevuld met 1. disciplinaire rechtspraak; 2. in het volgende nummer gekraakte voorstellen over een oude-dagsvoorziening van advocaten; 3. klachten over niet, làter over te laag betaalde pro-deo arbeid (lees, als toets voor deze samenvattende stelling de jaargang 1939, toen toch wel enig ander onheil voor de deur stond, maar door) dàt advocatenblad is thans ook niet meer geheel ongevoelig voor de trend van deze progressieve tijd.

Ook vroeger had het al wel eens een enkele uitschieter, met name wanneer zijn redacteur O.A.C. V(erpaalen), thans hoogleraar in het burgerlijk procesrecht aan de rijksuniversiteit te Utrecht, de scherpe pen voerde.

In de december-aflevering van 1956 schrijft Verpaalen over een boek van François Pauwels. Het artikeltje voert als kop: „Tussen ergernis en dankbaarheid" en men krijgt de indruk, dat de ergernis toch wel overheerst.

Twee bladzijden overigens zonder rim-ram.

Evenals Goethe is O.A.C.V. tenminste een dag in zijn leven gelukkig geweest, weten wij nu.

Hij heeft toch „een hele dag gelukkig rond gelopen" met deze zin uit «La Chute» van Camus, waarin de hoofdpersoon, die advocaat is (of was) zegt:

«De plus j'étais soutenu par deux sentiments sincères: la satisfaction de me trouver du bon côté de la barre et un mépris instinctif envers les juges en général».

Wat heeft dat met Pauwels uit te staan? Alles, want:

„Ik weet nu, dat dit gevoel zijn oorsprong vond in het sentiment, dat Pauwels 30 jaar geleden bij me heeft gewekt" (p. 471).

Verpaalen zal nu wel weten, dat hij óók aan de verkeerde kant terecht is gekomen. Want de studenten hebben een «sentiment sincère», bestaande uit een «mépris instinctif envers les professeurs en général».

16-5-'72

13. Kritische rechters in de Duitse Bondsrepubliek

Volgens Jürgen Thomas, Einführung in das Recht, ein Arbeitsgrundlage für den Studienbeginn, 1970, beginnen in de Duitse Bondsrepubliek gelukkig ook de kritische rechters wat van de grond te komen:

»Die Zeichen einer gewissen Proteststimmung in der Richterschaft selbst mehren sich: Richter weigern sich, in der Robe aufzutreten, Richter sprechen in einem Urteil die Verfassungswidrigkeit des zweiten juristischen Staatsexamens aus; Sie erheben Verfassungsbeschwerde, weil ihre Besoldung die Unabhängigkeit der rechtsprechenden Gewalt gefährdet; schon wird die Vorstellung vom streikenden Richter in dem Raum gestellt. Von der «noblesse de la robe» ist offenbar nicht viel geblieben, jedenfalls nicht das Bild vom Adel des Standes und des Amtes. Was davon bleiben sollte, ist absolute Unparteilichkeit und Fairness gegenüber rechtsuchenden Parteien und in Konfliktsituationen geratenen Angeklagten...«

Volgens dezelfde inleider

»mehren sich in die Richterschaft selbst die Stimmen, dasz der in einer politischen Partei engagierter Richter in Kauf genommen werden müsze, ja erwünscht sei«.

Deze leerschool voor »ein sozialpolitisches Verständnis des Richters«, lijkt mij zeker voor de »deutsche Richterschaft« allerminst onbedenkelijk. Dan nog maar liever vierde klas in de trein (zie no. 85).
1-7-'72.

14. Procederen is duur

Ik geef de feiten met zo weinig mogelijk commentaar en zonder de beschuldigende vinger uit te steken.

Een oude man komt bij me met verzoek te bezien of hij van een vonnis in hoger beroep te zijnen nadele gewezen, in cassatie zou kunnen gaan. De stukken doorlezend zie ik, dat er geen enkele kans in zit, want de vraag, waar het over ging: of de man had toegestemd in de tussentijdse beëindiging van de huur van een door hem verhuurd fabrieksgebouwtje, was van puur feitelijke aard en werd, nadat de tegenpartij een aanvullende eed had afgelegd, in zijn nadeel beslist.

De man had voor de kantonrechter een bedrag van *f* 3402 gevorderd, wegens hem toekomende huur (over de periode, dat de huur volgens hem had voortgeduurd, maar volgens de wederpartij, de kantonrechter èn de rechtbank niet). Het was een eenvoudig proces, met twee beknopte getuigenverhoren en zonder pleidooien. Het was bovendien een proces, waarin de echte toedracht niet zonneklaar werd en dus een knoop moest worden doorgehakt. In rechte doet men dat door een eed op te dragen. In eerste instantie —voor het kantongerecht—werd het proces voor de man gevoerd door een deurwaarder. De vordering werd ontzegd. De rekening van de deurwaarder bedroeg *f* 415,40. Bovendien werd de man, als verliezer, in de kosten van het proces veroordeeld, begroot op *f* 313,50.

In hoger beroep bedroeg de declaratie van de advocaat ten laste van de ongelukkige oude man *f* 3211,95. Ook hier werd hij in de proceskosten van de tegenpartij veroordeeld, groot *f* 782,50.

De uitkomst van het proces was voor hem allereerst dat hij naast de gevorderde *f* 3402 greep en voorts dat hij in totaal aan proceskosten moest voldoen *f* 4723,35.

De winnaar behoefde de gevorderde *f* 3402 niet te voldoen. Op zich genomen is dat—aangezien hij waarschijnlijk meende, dat hij dat bedrag ook in het geheel niet verschuldigd was—een negatieve winst. Zonder proces zou hij dit bedrag ook niet hebben behoeven te betalen. Laten we verder aannemen dat aan hem dezelfde bedragen in rekening zijn gebracht als aan mijn oude man. Waarschijnlijk lagen die bedragen wat hoger, want hij werd ook voor het kantongerecht al door een advocaat bijgestaan. Hij heeft dan *f* 3627,35 aan declaraties moeten voldoen, waarop in mindering moet worden gebracht wat de verliezer wegens proceskosten aan hem moest voldoen, zijnde *f* 1096,40, waarna resteert *f* 2531,35. Anders ge-

zegd: om *f* 3402 niet te behoeven te betalen heeft hij *f* 2531,35 ten koste moeten leggen.

De oplossing van dit probleem—want dat is het—is in ieder geval niet: het procederen om zulke bedragen onmogelijk te maken. Het is juist zaak: het procederen ook in deze gevallen feitelijk en zakelijk mogelijk te *maken*.
29-8-'72

15. Het advocaten-tarief

De Wet Tarieven in Burgerlijke Zaken van 1843, die tot het hedendaagse positieve recht behoort, bevat inzake door advocaten te berekenen tarieven, de artikelen 29 en 30.

Art. 29:

Aan de advocaten is verschuldigd: a.voor elke besogne of conferentie met of voor hunne cliënten *f* 1,80, des echter dat zij, voor elk besogne of conferentie, welke langer dan een uur duurt, gelijke *f* 1,80—gedeelten voor het geheel genomen—per uur mogen berekenen; b.voor eene comparitie *f* 3,60; c.voor eene vacatie buiten de plaats hunner woning *f* 12,00 voor een geheelen dag, en *f* 6,00 voor een gedeelte van de dag, zes uren of minder bedragende, onverminderd in beide gevallen, hetgeen voor de gedurende die tijd verrigte werkzaamheden verschuldigd is, mitsgaders de reis- en verblijfkosten; d.(vervallen) en e.voor het schrijven van eenen brief en voor het lezen van eenen ontvangen brief *f* 0,90. Indien dezelve buitengewoon groot of van veel gewigt is, alsdan naar mate van de tijd welke daartoe noodig mogt zijn geweest, berekend op de voet sub litt. *a* vermeld.

Art. 30:

Voor werkzaamheden, niet in het vorige artikel vermeld, berekenen de advocaten het hun verschuldigde salaris, naar mate van het belang en de moeilijkheid der zaken, mitsgaders van de tijd, welke daaraan besteed heeft moeten worden.

Mijn conclusie is, dat uit art.29 volgt, dat het uurloon van de advocaat in de wet wordt gesteld op ergens tussen *f* 1,80 en *f* 3.

Indien een gespecificeerde nota door de cliënt gevraagd wordt, moeten advocaten hun rekening opstellen aan de hand van deze artikelen 29 en 30. Dat geschiedt dan ook. Art.30 wordt als het plechtanker beschouwd om tot een redelijk of zelfs een hoog honorarium te komen (men kan betogen lezen dat het bruto *uur*loon van de advocaat thans zou dienen te bedragen *f* 120 tot *f* 200; deze betogen zijn van advocaten afkomstig). Natuurlijk valt er een heleboel niet onder artikel 29 mits men dat artikel en met name het veel omvattende woord: besogne, restrictief uitlegt. Maar als men er echt niet onder uit kan, wordt het tarief van art.29 toegepast en op zo'n specificatie staan dan ook talloze posten van *f* 0,90 en *f* 1,80. Ongetwijfeld is dat onzin. Het is geen onzin, althans niet altijd, een onredelijke wet toe te passen, maar als men dat doet moet men het

ècht doen. Het is duidelijk, dat de tarieven, die art.30 toestaat, moeten worden berekend naar de maatstaven, die art.29 geeft. Het gaat niet op, een „gewigtige" brief voor *f* 5,40 in rekening te brengen (omdat men er wel 2½ uur op heeft gewerkt) en een eenvoudig advies voor *f* 100.

Hier vertoont zich die kwasi-wetsgetrouwheid, die de juristen, geloof ik, bij alle andere bevolkingsgroepen veel kwaad heeft gedaan en doet. Het is natuurlijk dwaas uurlonen van 1843 als norm te nemen voor 1972. Iedereen weet dat. Het gebeurt dan ook—volslagen terecht—niet. Maar wat heeft het dan voor zin de schijn op te houden en—halfslachtig—met zo'n wet te blijven werken?

Dit is het echte en gevaarlijke legisme. Met een beroep op de wet wordt de wet ontdoken. Freirechtlerei zou advocaat Fuchs het noemen.

In de tijd toen ik nog advocaat was, heb ik collega's (confrères, heet dat in de vaktaal) meermalen horen zeggen, dat de wet van 1843 niet afgeschaft moest worden, want dat juist haar onzinnigheid de grootste vrijheid waarborgde, terwijl een nieuwe wet met de pretentie, aangepast te zijn aan hedendaagse normen, ongetwijfeld die vrijheid zou beknotten.

En dan maar praten over *eerbied* voor de wet.

6-2-'72

16. Procederen of schikken?

Waarom, zo vraagt Vilhelm Aubert zich in 'Courts and Conflict Resolution' (The Journal of Conflict Resolution, maart 1967) af, beginnen mensen aan civiele processen? Waarom worden dergelijke aangelegenheden niet voordien door een schikking tussen partijen geregeld? Procederen in civiele zaken immers is, volgens Aubert, een afwijking van rationeel gedrag.

'Why doesn't one of the parties always try to buy himself out of the situation where in- transigence might lead to totall loss?'

Het is geen rationeel gedrag, zegt Aubert, omdat de conflicterende partijen, die een zaak aan de rechter voorleggen, de kansen van totaal verlies voor een van hen sterk vergroten ('with greatly increased changes of totall loss for one'). Daarbij ziet Aubert dan toch over het hoofd, dat gelijktijdig daarmee en evenredig de kansen van de andere partij op totale *winst* stijgen. Het zou inderdaad *economisch* irrationeel zijn een proces aan de rechter voor te leggen, als daarbij zonder meer vaststond, dat beide partijen economisch verlies zouden lijden, hoe de uitslag ook uitviel en de mens is homo economicus genoeg om mij te laten vaststellen, dat het dan in de kortste keren uit zou zijn met civiele processen. Wegens de proceskosten kan—naar achteraf blijkt—deze situatie zich voordoen, zoals Aubert terecht aanvoert en ik in een andere beschouwing in dit boekje met feiten aantoon. Maar ook buiten proces zal een schikking vaak slechts tot stand komen door bemiddeling van 'private councils' die daarvoor een beloning vragen. Daargelaten, dat rationaliteit niet behoeft samen te vallen met *economische* redelijkheid, staat echter vast, dat in veel gevallen de winnaar van het civiele proces „om centen" er beter afkomt middels een proces dan als hij geschikt had. Hij rekent daar in ieder geval meest op en die verwachting kan, ook als zij bedrogen uitkomt, zeer wel rationeel zijn. Het uitgangspunt van een schikking is vaak niet, dat elke partij vindt dat hij (een beetje) ongelijk heeft, maar juist, dat elk meent, dat hij gelijk heeft. Derhalve is juist de schikking irrationeel en is het rationeel een zaak aan de rechter voor te leggen 'with greatly increased chances of total *victory* for one'. En dit geldt nog te meer, nu er bij elk van partijen vaak bestaat 'the tendency to overestimate one's chances of winning'. Die 'tendency' zal bij een der partijen irrationeel zijn, maar juist daardoor wordt het voeren van een proces *zelfs voor hem* rationeel ('rational behaviour').

5-2-'72

17. De titulatuur der rechterlijke macht

„De Minister van Justitie wil bij de nieuwe Rechterlijke Organisatie de titulatuur voor de rechterlijke macht afschaffen. Hij zegt in zijn Memorie van Toelichting:

‚De bedoeling is, dat, evenals bij politieke vergaderingen ook bij de rechterlijke macht die officiële titels vervallen. De achtbaarheid zit niet in de titel. Daarenboven is de meerdere voortreffelijkheid van het *hoog* achtbaar boven het *groot* achtbaar taalkundig niet duidelijk.

Wij hebben er vrede mee. Het nut van al die titels is zeer moeilijk te betogen. Het is bovendien een zaak, die uit de mode is.' "

Het bijzondere van deze *tekst* is, dat zij ruim 111 jaar oud is. (Weekblad v.h. Recht 25 februari 1859, no.2037), de spelling niet meegerekend.

Het is er, zoals men kan narekenen, toen niet van gekomen: die afschaffing.

Maar het bijzondere van de *situatie* is, dat bij de huidige herzieningen der Wet RO er niet eens meer over afschaffing van die titulatuur is gesproken. Iets wat lang uit de mode is, wordt antiek. Zou dat de reden zijn?

27-5-'72

18. Walging en effectiviteit

In 'the Georgetown Law Journal' vol.60, februari 1972, staat een artikel van William V. O'Brien B.S.F.S., M.S.F.S., Ph. D., Professor of Government, Georgetown University: The law of war, command responsibility and Vietnam, p.605 en vlgg.

Uitgaande van de staat van oorlog, die in Vietnam bestaat, bestudeert O'Brien aan de hand van het positieve volkenrecht (afd.: oorlogsrecht) wat er wáár is van de beschuldigingen, dat het Amerikaanse leger en met name de bevelhebbers daarvan zich aan oorlogsmisdrijven schuldig maken. Het is een genuanceerde, niet partij-politieke stellingname, althans tracht dit te zijn, maar ik krijg de indruk, dat de uitgangspunten en dus de conclusies 'in favour' van de regeringspolitiek zijn.

Des te belangrijker is daarom, dat ook vanuit deze visie op verschillende punten zware kritiek op het beleid onvermijdelijk blijkt.

Wat mij echter het meest getroffen heeft is de, het positieve volkenrecht ontluisterende, stelling neergelegd in de volgende door en door trieste passage: zij hangt samen met de stelling van O'Brien, dat naar oorlogsrecht het gebruik van napalm nìet, dat van 'nonlethal gases' (defoliation and crop-destruction) wèl verboden is.

'Revulsion against a weapon will not often result in its prohibition if it demonstrates effectiveness, but it will produce a ban if accompanied by doubts as to its value and apprehension about the dangers of initiating its use' (pp.641-642).

10-5-'72

19. Waarschuwing: er wordt ècht geschoten

Johann Gottlieb Fichte, een wat weerbarstig discipel van Kant, heeft in zijn »Grundlage des Naturrechts nach Prinzipiën der Wissenschaftslehre« (1796) ook verhandelingen opgenomen over het oorlogsrecht:

»Der Zweck eines Kriegszuges ist gar nicht der, zu tödten, sondern nur der, die Bewaffneten, die den Bürger und sein Land bedecken, zu vertreiben und zu entwaffnen...

So lässt auch die neuere Art, mit Kanonen und anderem Schiessgewehr Krieg zu führen, sich ansehen. Es ist nicht der Zweck durch die Kugeln zu tödten, sondern nur, den Feind von den Plätzen abzuhalten, wo dieselben fallen. Geht er denn doch dahin, so ist es seine Schuld, wenn er von der, nicht gerade auf ihn gerichteten, Kugel getroffen wird. (Der Vernunft nach, sollte man den Feind erst benachrichtigen, dass man einen Posten beschiessen werde, wenn er ihn nicht in Gutem verlasse)... und so wäre denn der Krieg ein sicheres und ganz rechtliches Mittel, die Legalität in dem Verhältnisse der Staaten zu einander zu sichern: wenn man nur ein Mittel finden könnte, durch welches der, der die gerechte Sache hat, stets der Sieger wäre«.

Als wij om deze naïeveteiten lachen (en wie lacht er niet?) vindt dat dan niet zijn grond in het feit, dat wij, in de voortgang dezer dingen, het verleerd zijn om onze perversiteit te huilen?
3-1-'72

20. „Van Harentwege verpleegd"

Tjakko Roman is de schuilnaam van de auteur van „Van Harentwege verpleegd" (Arbeiderspers, 1971) een boek, voorzien van een inleiding van G.P.Hoefnagels, dat tot op dit moment weinig publiciteit heeft gekregen. Hoe komt dat? Op zich is het interessant genoeg: een auteur, die de ter-beschikking-stelling-van-de-regering aan eigen lijf heeft moeten ondervinden en dat nog wel wegens diefstal van boeken, waarvoor hij, zoals hij bericht, 4 jaar is verpleegd. En *hèt* boek is doodgewoon de moeite waard. Het boeit. Vindt die terughoudendheid zijn oorzaak misschien in het feit, dat de veelgesmade zittende magistratuur er bij deze uiterst kritische en ook wel geestige auteur zo goed afkomt (pp.101-103) of omdat andere, thans aanzienlijk populairdere groepen, harde noten te kraken krijgen?

Ik kan niet veel meer doen dan wat citaten geven:

Pag.21: „Een van de psychiaters bevestigde deze waarheid door te promoveren op het onderwerp: incest (bloedschande). Hij is door Sade en schande wijs geworden, werd er van hem gezegd."

Pag.109: „De gevangenissen vormen het meest fascistische element in onze samenleving."

Pag.119: „In het maatschappelijk werk kampt men met een ernstig tekort aan mooie vrouwen "

Pag.132: „Het klinkt nogal boud, maar men mag toch wel stellen dat de journalisten een bevolkingsgroep vormen, waar naar verhouding het grootste aantal geestelijke afwijkingen wordt gevonden. Een promovendus, die deze stelling in zijn proefschrift zou opnemen, zou op weinig tegenstand stuiten. Natuurlijk zouden de kranten de juistheid van deze these met grote koppen ontkennen, maar aangezien geestelijk defecten hun afwijkingen altijd ontkennen, zou de promovendus dat als een bevestiging van zijn stelling zien. Een psychiater, die een journalist een interview toestaat, houdt er ernstig rekening mee, dat hij een afspraak heeft gemaakt met een defectueuze persoonlijkheid."

Zullen we het er maar op houden, dat Tjakko Roman in het laatste citaat wat aan het „jennen" is? Dan hoeft geen journalist te beweren, dat hij bij het afnemen van zo'n interview ook enkele voor-

onderstellingen meebrengt. En och, Roman behoeft niet aardiger te zijn dan Goethe, die in het voorspel van de Faust de »Direktor« laat zeggen:

»Zwar sind sie an das Beste nicht gewöhnt, Allein sie haben schrecklich viel gelesen... Und, was das allerschlimmste bleibt, Gar mancher kommt vom Lesen der Journale«.

5-4-'72

21. De gewetensbeslissing van de rechter

Er komt een geval voor de rechter, waarin zijn beslissing enkel en alleen nog maar afhangt van de vraag naar het morele gehalte van een te beoordelen handeling. Enig ander wettelijk of zelfs maar buiten-wettelijk aanknopingspunt of criterium heeft de rechter niet. Te denken valt bijv. aan een voorwaarde in testament of contract, die al dan niet in strijd met de goede zeden is. De bijzonderheid van het geval is, dat de overgrote meerderheid van de rechtsgemeenschap, zoals de rechter weet, ervan overtuigd is, dat hier sprake is van een zedelijk goede handeling, de rechter is er (in geweten) van overtuigd, dat de handeling zedelijk niet goed, verkeerd is. Welk oordeel dient hij te volgen?

Gray—The Nature and Sources of the Law—stelt, dat de rechter eigen overtuiging moet volgen. Cardozo is het niet met hem eens:

'My own notion is that he would be under a duty to conform to the accepted standards of the community, the mores of the times' (The Nature of the Judicial Process).

Is het wel mogelijk hier zo'n duidelijke—steeds geldende—keuze te doen als Gray en Cardozo voorstellen? De gegeven kwestie is er een waarin de rechter over *drie* maatstaven ter beoordeling beschikt: de overtuiging van de overgrote meerderheid der gemeenschap, de eigen overtuiging *en* het eigen geweten. Te vaak wordt de gewetensbeslissing van de rechter zonder meer vereenzelvigd met die beslissing welke hij als individu voor de juiste houdt. Het samenvallen van de eigen overtuiging met de *juiste* gewetensbeslissing is slechts in de opvatting van Kant noodzakelijk en volgens Kant zelf zijn (waren) er bijna geen echte Kantianen op dit punt.

De gewetensbeslissing, waarbij uitspraak wordt gedaan over het *maatschappelijk* goed of verkeerd handelen van anderen (d.i.: de rechtersbeslissing) is pas de synthese, liever nog het resultaat van het eigen zedelijk oordeel en van de kennis omtrent het andersluidend maatschappelijk-zedelijk oordeel van de gemeenschapsmeerderheid.

Ik denk, dat de rechter die niet *meestal* het oordeel van de meerderheid bij zijn beslissing laat vóórgaan boven de eigen overtuiging een slecht rechter, maar dat de rechter, die nooit—en onder geen beding—het aandurft eigen zedelijk oordeel te stellen boven het oordeel van de meerderheid in een gemeenschap—amper een mens is.
30-5-'72

22. Verboden te zwemmen

'If we thought the preservation of life to be of overriding importance, we should ban motor-traffic altogether' (Basil Mitchell in: Law, Morality and Religion in a secular society, 1970 p.120).

Is dat waar? Dan moesten om die reden ook alle fabrieken gesloten worden, want het „fabriekswezen" veroorzaakt, naast veel andere onheilen, ook dodelijke ongevallen. En wij moesten dan ook de *bouw* van woningen en fabrieken stilleggen, alsmede de zwem- en schaatssport zeer uitdrukkelijk verbieden, want hoevelen vinden daarbij niet jaarlijks de dood?

Gesteld eens, dàt we alle gemotoriseerde verkeer morgen zouden uitbannen. Is het niet meer dan waarschijnlijk, dat—over bijv. een jaar daarna bekeken—het aantal doden *dientengevolge* oneindig veel groter zou zijn dan—in dat jaar—nu zijn oorzaak vindt in verkeersongevallen? Zou de tijdige toevoer van levensmiddelen —in onze soort van maatschappijen—het tijdig brengen van geneeskundige hulp, (om maar twee voorbeelden te noemen) niet op een catastrofale wijze in het gedrang komen?

Natuurlijk kan die redenering niet worden volgehouden als het gaat over schaatsen of zwemmen, waarbij jaar in jaar uit mensen plegen te verdrinken. Daarom is het ook zeer wel denkbaar, dat zwemmen of schaatsen verboden wordt als blijkt dat „teveel" mensen verdrinken en het gebeurt in feite ook in deze vorm, dat er zwem- en schaatsverboden gelden op te gevaarlijke plaatsen. Daarom is het denkbaar dat men het gebruik van alkoholische drank, van drugs en van snoep verbiedt evenals het roken.

De vraag is doodgewoon wat een „teveel" is, als er niets anders tegenover staat dan de kans op genot en verfrissing of—desnoods —bij zwemmen en schaatsen een zekere verbetering van de lichamelijke conditie (als het goed afloopt, wel te verstaan).

Men is misschien geneigd te zeggen: reeds één slachtoffer is daarvoor teveel. Maar er staat ook nog iets anders tegenover: dat is de vrijheid van de mens, die includeert de vrijheid om dingen te doen, die kwade kansen voor hem hebben.

De situatie verandert echter geheel als 'motor-traffic', als het „fabriekswezen", als het „zwemmen" een hele gemeenschap in gevaar brengt. Daarbij moet men natuurlijk o.m. denken aan radicale en dodelijke milieu-vervuiling.

De alternatieven, hoe bezwaarlijk ook: de huifkar, de huisarbeid en alsmaar wandelen, zijn dan voor 'the preservation of life', de *enige* mogelijkheid. En de vrijheid om met man en muis ten onder

te gaan lijkt voor redelijke mensen geen gewicht hoegenaamd meer in de schaal te mogen leggen.
2-2-'72

23. Structureel geweld en taalvervuiling

In de discussies omtrent de geoorloofdheid van geweld met betrekking tot hier (en vooral elders) bestaande maatschappelijke structuren, hoort men vaak beweren, dat een ontkenning van het recht tot geweld (revolutie) miskent, dat de bestaande maatschappij (óók) gebaseerd is op structureel geweld. Hiermee is men dan, waar men zijn moet, want het is een algemeen aanvaard verschijnsel dat geweld met geweld gekeerd mag worden. Maar dit resultaat is bereikt door een soort taalvervuiling. Het gebruik van de term structureel geweld moet ons als het ware ontvankelijk maken voor een gesteltenis, welke het aanwenden van geweld in beginsel billijkt, en welke wij zonder dat woord niet zo gemakkelijk zouden bezitten.

Wat is eigenlijk structureel geweld? Ik denk, dat men moet zeggen, dat het een weergave is van de dwang die van een structurele ordening uitgaat. Zulk een dwang is inherent aan structurele ordeningen en slechts wie iedere structurele ordening verwerpt—de echte anarchist voor nu en morgen—kan dus de noodzaak van structureel geweld ontkennen. Dat neemt natuurlijk niet weg dat er structuren zijn die hun dwang te hoog hebben opgevoerd of wier dwang, al is zij niet te hoog opgevoerd, een objectief of subjectief als zodanig aangevoeld verkeerd of slecht substraat heeft. Maar in dat laatste geval is er geen sprake van dat het structurele geweld de onrechtvaardigheid veroorzaakt: dit geschiedt door de materie die met de maatschappelijke structuur afgedwongen wordt.

Ik concludeer dus bij herhaling dat het gebruik van het woord: structureel geweld een vorm van taalvervuiling is.

Maar constateer vervolgens dat ik mij aan niet veel anders bezondig door de term „structureel geweld" te kwalificeren als „taalvervuiling". Ook dat laatste woord heeft namelijk een betekenis, die—reeds bij voorbaat—discussies over de zaak zelf uitsluit. Niemand verdedigt—in theorie—vervuiling. Door het gebruik van een woord (structureel geweld) aan te duiden als een vorm van vervuiling probeer ik zonder argumenten te overtuigen: want dit woord vervuilt natuurlijk niet echt. Wat het woord doet is, een situatie: geweld, overbrengen op een terrein, waarop die situatie niet rechtstreeks toepasselijk is. Ik had naar aanleiding van mijn verzet tegen de term structureel geweld moeten opmerken, dat deze woordcombinatie niet zuiver gebruikt wordt in het verband waarin zij wordt gebruikt. Maar wat heb je aan zo'n slappe taal enz.?
21-8-'72

24. Het Nederlands Juristenblad, afl. van 19 september 1944 en 20 oktober 1945

Op 16 september 1944 verscheen de laatste aflevering van het Nederlands Juristenblad in bezettingstijd. Het laatste hoofdartikel in bezettingstijd, opgenomen in die aflevering onder de eenvoudige titel: „1401 B.W.", eindigt aldus:

»Ich hab' es getragen sieben Jahr'
ich kann es nicht tragen mehr«.

Het zou bewonderenswaardig zijn zo'n slot als het een verzuchting was naar beëindiging der onderdrukking en dat het in de Duitse taal was gesteld was dan volstrekt gerechtvaardigd. Wij zouden het de auteur, toenmaals lid van de Hoge Raad, beslist niet kwalijk hebben genomen, dat hij in de woelingen der tijden de tel wat was kwijt geraakt.

Het ging bij die hartekreet echter om iets anders. Hij wilde daarmee „de voornaamste *delinquenten*" die over het probleem van de norm steeds „de armoedigste opmerkingen" plachten te maken nog eenmaal waarschuwen, dat zijn geduld ten einde liep. De auteur was zo goed „beleefdheidshalve" de betreffende schurken nog niet te „*denonceren*". Enige indruk over wie hij zoal bedoelde krijgen we echter wel als we zijn verhaal teruglezen. P. Scholten, die het dilettantisme op de „troon" heeft gezet middels zijn Algemeen Deel in de Asser-Serie zit er zeker wel bij. En verder is er dan „Telders, die zulk een merkwaardige invloed heeft gehad op de jurisprudentie en die „een sterk staaltje van een onjuiste denkwijze levert" als hij schrijft over het Intercueros arrest.

Telders schreef op 16 september 1945 niet meer over arresten, denk ik. Het volgende nummer van het NJB verscheen op 20 oktober 1945.

De inhoud:

Eerste hoofdartikel, Themis van de pijnbank verlost; tweede hoofdartikel: de Hoge Raad. En vervolgens wordt in de rubriek necrologieën als eerste van een lange, lange rij herdacht: prof.mr. B.M. Telders („aan hem komt een eerste plaats toe"), 42 jaar oud in maart 1945 te Bergen-Belsen aan typhus gestorven. Hij was op 5 september 1944 daarheen „overgeplaatst" vanuit Vught. Voordien „verbleef" hij in Buchenwalde.

4-5-'72

25. Sick jokes

Er wordt vanavond „EEN GROOT UUR" van de televisie-zendtijd gewijd aan humor. Praten over humor behoeft natuurlijk helemaal niet humoristisch te zijn. Nu, dat was het dan ook niet. Één kijker wordt, gelijk bij zulke programma's past, prater en aan de juist in het programma opgetreden humoristen: Nederlands hoop in bange dagen, verzoekt hij een definitie van humor te geven. Zo'n vraag is voor een humorist precies even funest als wanneer je een jurist vraagt wat recht is. Humor en recht bedrijf je. Toch geeft een van hen—de meer wetenschappelijke helft van het duo—Bram Vermeulen, een ernstig antwoord: humor is het afwijken van het verwachtingspatroon van anderen. De Tilburgse hoogleraar in de sociologie Zijderveld als humor-deskundige, die er ook een boek over geschreven heeft, ter televisiezitting aanwezig, zegt daarop, bijna blijde, dat dit zowat letterlijk overeenkomt met de definitie van humor, die hij in zijn boek gegeven heeft. Als dat zo is, ben ik zo vrij, die definitie behoorlijk onjuist te vinden. Ze heeft dan mijns inziens meer weg van een sick joke, dan van een omschrijving van wat humor nu eigenlijk is.

Ik rijd met flinke snelheid op de autoweg, keurig rechts. In de verte nadert, eveneens met hoge snelheid, een tegenligger. Dat is een gewoon verschijnsel, conform het verwachtingspatroon, zo op het eerste gezicht. Maar als we elkaar tot op een paar meter genaderd zijn, blijkt dat de tegenligger falikant van mijn verwachtingspatroon is afgeweken. Hij rijdt namelijk op de voor mij bestemde weghelft. Van dit feit en de gevolgen zie ik de humor niet in. Het is duidelijk, dat afwijkingen van verwachtingspatronen, of van verwachtingen omtrent verwachtingspatronen, in sociologische zin de kern uitmaken van de begrippen strafbaar feit, overtreding, misdrijf. Zijdeveld kan daar misschien zijn Duitse collega Niklas Luhmann eens over raadplegen of diens nieuwste werk: Rechtssoziologie (1972).

Tenminste zal hij *de aard* van de afwijking van het verwachtingspatroon, het toneel waarbinnen die afwijking zich voltrekt, in de definitie moeten betrekken, anders worden humor, leed, rampen, misdaden allemaal verschillende woorden voor één en dezelfde zaak.

26-8-'72

26. Een multiple-choice vraag (tentamen rechtsgeschiedenis)

De navolgende meer-keuze-vraag ('multiple-choice') is bestemd voor hen, die historisch niet al te goed „onderlegd" zijn, of die kunnen bewijzen, dat ze niets kunnen onthouden. Zij moet namelijk opgelost worden zonder dat men over andere feiten beschikt dan welke de probleemstelling zelf verschaft:

Napoleon B(u)onaparte (1769-1821) is tijdens zijn keizerschap op enigerlei wijze in contact gekomen met zekere Staps. Deze Staps was student aan een Duitse universiteit en de zoon van een protestants predikant.

De relatie betrof:

a. een gemeenschappelijke liefde van Napoleon en Staps,
b. een door Staps beraamde aanslag op het leven van Napoleon,
c. een door Staps ondekte fout in de strategie van Napoleon,
d. Staps was, in werkelijkheid, de natuurlijke zoon van Napoleon (en Maria Walewska).

10-4-'72

27. De verachte middenweg

Van der Vlugt was de eerste Nederlandse hoogleraar in: de encyclopaedie des rechts en rechtsphilosophie. Toen hij in Leiden werd benoemd was hij 26 jaar (1880) en in een tijd dat het hoogleraarschap hoog in aanzien stond en de beroepsmobiliteit nog moest worden uitgevonden, betekende dat, dat hij aldaar 44 jaar lang heeft gedoceerd (en geëxamineerd).

Heel voorzichtig speurend naar oorzaken, die „zijn invloed belemmerd" kunnen hebben, wijst Langemeijer (Geschiedenis der Nederlandse Rechtswetenschap VI, 1962 p.8) o.a. op een zekere ouderwetsheid van stijl, die Van der Vlugt reeds in zijn jeugd eigen was.

Een voorbeeld daarvan, dat echter toch, wat de inhoud aangaat, nu nog de moeite waard is om opgedolven te worden, vond ik in: In de strijd om het recht, 1889, gepubliceerd in: Belangrijkste geschriften, pp.16-17:

„Maar nu ook geschiedde, wat zo vaak geschiedt als de hoofdvragen van wetenschap of wijsbegeerte zijn teruggebracht tot een paar leerstellige formules ten gerieve der luisterende galerij. Voor hen die eenmaal dat stuk bestonden, die de gezamenlijke ‚cruces' aller oudere denkers hebben durven herleiden tot zulk een simpel ‚òf dit, òf dat' is ieder die aan dat werk niet mêe doet, zo niet een hardhoofd, wien het eenvoudigste onaannemelijk blijft, dàn een levend verwijt, dat hen beticht van oppervlakkige voorbarigheid. Den aanbieders zowel als den afnemers dier bespiegeling, aan welke kant van het genoemde dilemma zij overigens zich mogen scharen, staan zulke lastige lieden gelijkelijk in de weg. Wie dus van die twee scherp gestempelde partijen de waarheid hebbe, de keuze tusschen beide acht de eene zoo goed als de andere plicht; en allereerst moet van de baan, wie daaraan zich onttrekt. Vandaar eene reeks verschijnselen, zeer gewoon, en toch zoo raadselachtig bij den eersten aanblik. Vijandige uitersten prijzen gaarne elkanders' denkkracht en overtuigingsmoed. Het dóórdraven rechts en links oogst, als onberispelijk en onvervaard dóórdenken, uitbundige lof ook aan de overzijde... En met stijgende nadruk klinkt het aan weerskanten: ‚Uit deze twee hebt gij te kiezen, er is geen derde.' Zijn dat niet de trekken van het geestesleven dezer dagen?"

En ik hoef slechts te herhalen: Zijn dat niet de trekken van het geestesleven onzer dagen?

1-2-'72

28. Leve Domela Nieuwenhuis (I)

Een 25-jarige boerenknecht en twee arbeiders stonden in 1888 terecht voor de Groningse rechtbank. Aan elk hunner werden twéé feiten telastegelegd: dat zij luidkeels op straat hadden gezongen: Ik heb mijn schoenen laten lappen, om den koning dood te trappen, èn dat zij in een tapperij, niet minder luidkeels, hadden geroepen, terwijl zij voorzien waren van lange, van de pet afhangende, rode linten: Leve Domela Nieuwenhuis, weg met Willem III.

De rechtbank achtte, ten aanzien van elk, het tweede feit bewezen, *maar niet strafbaar*, omdat het te beschouwen was als een „politieke leus, waarmede niet bedoeld is opzettelijke belediging des Konings".

Het eerste feit achtte zij alleen ten aanzien van de twee arbeiders bewezen en ook strafbaar. De boerenknecht werd van dit feit vrijgesproken.

Het O.M. had tegen elk der verdachten 4 maanden gevangenisstraf geëist (na alle feiten bewezen en strafbaar geacht te hebben voor alle drie).

De rechtbank kwam tot de volgende uitspraak: boerenknecht, eerste feit: vrijspraak; tweede feit: ontslag van rechtsvervolging; de arbeiders, eerste feit: 8 dagen gevangenisstraf; tweede feit: ontslag van rechtsvervolging.

De officier van justitie ging in appèl. Eis in hoger beroep voor alle drie: 6 maanden gevangenisstraf (het bekende beginsel van: overvragen).

Het gerechtshof te Leeuwarden, uitspraak doende op 17 januari 1889 (Weekbl. v.h. Recht no.5665) verklaarde beide feiten met betrekking tot elk de verdachten èn bewezen èn strafbaar. De straf was voor ieder: vier maanden.

Het in beoordeling en strafmaat tot uiting komende verschil is géén zaak van min of meer grote mildheid of strengheid. Het is een verschil inzake de verhouding vrijheid en overheidsdwang, een verschil inzake de functie van de straf, een verschil omtrent de zedelijke rechtvaardiging van het handelen (men lette er op dat het 1888 was en dat Willem III die nooit geliefd was geweest tegen het eind van zijn leven ronduit gehaat was, men lette er op, dat in Nederland rond deze tijd de verschrikkingen van de industriële revolutie in het bewustzijn der arbeiders gaan leven en dat Domela Nieuwenhuis op zijn doortocht van dominé naar anarchist van dat bewustzijn de belichaming, beter gezegd waarschijnlijk: de vergeestelijking was). Het is kortom: een politiek verschil binnen de rechtspraak.

In 1888 was de Groningse rechtbank „modern" op een wijze, die ook nu, in 1972, op heel veel kritiek en verdachtmaking zou stuiten.
3-3-'72

29. Leve Domela Nieuwenhuis (II)

Ontwikkelde Nieuwenhuis zich van dominé tot anarchist, in dezelfde tijd en (goeddeels) hetzelfde land was de gang van Alexander Cohen die van anarchist naar monarchist (en reactionair). Dat deze twee uitzonderlijken elkaar op het midden van hun ontwikkelingsweg zijn tegengekomen, valt dan ook niet te verwonderen.

Op 6 september 1887, tijdens de koninklijke rijtour door Den Haag, had Cohen de koning toegeroepen: „Weg met Gorilla. Leve het socialisme. Leve Domela Nieuwenhuis".

Cohen geeft boeiende mededelingen over en rond de rechtzaak die daarop volgde. Men vindt ze in: Een andersdenkende. Ik moet mij jammer genoeg zeer beperken:

Cohen schrijft—in 1932—dat hij het instellen van de vervolging zeer onverstandig vond, want dat stelde hem in de gelegenheid de koning en de rechterlijke macht bespottelijk te maken. Bovendien kreeg door dit proces grote ruchtbaarheid, het pas verschenen, tot dan toe alleen in socialistische kringen verspreide en gelezen schotschrift van Roorda van Eysinga: Het leven van koning Gorilla.

„In eerste instantie voor de Haagsche Rechtbank, was ik mijn eigen advocaat. Men liet mij, tot mijn verwondering—alle eer wat de vrijheid van verdediging betreft aan de ‚burgerlijke' rechtspraak, minder overhaast dan de revolutionaire met haar: zoo gevangen, zoo gehangen! en haar ignobel: «la mort sans phrases»—men liet mij, tot het eind toe, zeggen wat ik te zeggen had. Ik hield een sarcastische pleitrede... die ook, hier en daar, niet vrij was van pathos en bombast. Mijn vertoog, in extenso in: Recht voor Allen... afgedrukt... kwam hierop neer, dat, door uit te maken, dat ik met Gorilla den koning had bedoeld, niet ik maar het O.M. het mij ten laste gelegde vergrijp van ‚majesteitsschennis' gepleegd had... een rustig verloop hadden de debatten van mijn proces, vooral in eerste instantie, waar geen gepatenteerd verdediger van Weduwe en Wees mij in toom had kunnen houden, niet precies gehad."

Na de mededeling: uitspraak over 8 dagen, voegt Cohen de Rechtbank toe:

„Zeg mij maar dadelijk hoeveel of het is... Ik geloof toch niet dat jullie daarover delibereert. Jullie veroordeelt immers op bevel en ik ben zeker dat de voorzitter het door den minister van justitie voorgeschreven vonnis al in zijn binnenzak heeft".

En hij vervolgt:

„De rechters hadden het, vóór mijn tijd veel te lang al te gemakkelijk gehad met hun, door Themis' vertoon geïmponeerde, geïntimeerde, schichtige en gedweeë cliënten, die zij, gewoonlijk, met jij-en-jou aanspreken. Grove onbetamelijkheid, waaraan ik, voor zoo ver ze mij betrof, op staanden voet een eind had gemaakt, door de heeren óók te tutoyeeren".

Ik wil maar zeggen, dat de kritiek op de rituelen niet door de Heer Hoefnagels is uitgevonden. Pascal is de eerste geweest, bij mijn weten, die de toga belachelijk heeft gemaakt.

Volgens mij zit er in een toga iets belachelijks èn iets waardigs, iets zinvols. Maar dat komt meer voor in de aangelegenheden der mensen.

4-3-'72

30. 'If men were angels...'

In het voorwoord bij de zesde druk van zijn 'Law and the modern mind' (1963) komt de volgende passage voor, die, gevloeid uit de pen van iemand als Jerome Frank tenminste verwondering wekt, maar, uit wiens pen óók gevloeid, daarnaast bewondering oproept om twee redenen: het komt zelden voor, dat mensen zo voetstoots, zo zonder voorbehouden van eigen werk zeggen dat het 'superficial and unfair' was in een bepaald opzicht, en vervolgens: het is een bijzonder heldere en knappe samenvatting van iets waar anderen boeken vol vóór of tègen of òver hebben geschreven: 'natural law'.

'This book contains no mention of Natural Law. But as some Roman-Catholics have read into it an implied criticism of the Scholastic (Thomistic) version of Natural Law, I want now to say this: I do not understand how any decent man today can refuse to adopt, as the basis of modern civilization, the fundamental principles of Natural Law relative to human conduct, as stated bij Thomas Aquinas. There are, he said, some primary principles, such as: seek the common good, avoid harm to others, render to each his own; there are also a few secondary principles, such as not to kill, not to steal, to return goods, held in trust. Now the Thomists freely aknowledge that the applications of those highly general and flexible principles—applications which necessarily take the form of man-made rules—must vary with time, place and circumstances. Indeed, Brendan Brown, a Thomist, recently advocated a "scholastic pragmatism". More important, Natural Law, catholic or Non-Catholic yields, at best, a standard of justice and morality for critically evaluating the man-made rules, and perhaps for ensuring a moderate account of certainty in those rules but it furnishes no helpful standard for evaluating the fact-determinations of trial-courts in most law-suits, and no assistance in ensuring uniformity, certainty, or predictability in such determinations. Natural Law aims at justice and at moderate certainty in the man-made rules... I should add that my references in these book to "scholasticism" were superficial and unfair. I have since apologized... see my opinion... I was also glib and unfair in some of my comments on Aristotle. I trust I have made amends in my book: "If men were angels".'

28-5-'72

31. Leve Thomas van Aquino (doctor angelicus)

Een dergelijke erkenning van ongelijk als die welke ik aanwees bij Jerome Frank, toont een bijzondere karaktersterkte. Maar het niet-weten, waaruit de noodzaak van amende honorable voortspruit, vindt ook zijn oorzaak in het feit, dat zelfs een redelijk studieus mens, maar weinig kan lezen van wat er te lezen valt en heel veel—ook via dat lezen—uit de tweede en derde hand opdoet. Gaat het dan over scholastiek, over Thomas, over het natuurrecht —allemaal één pot nat en alle kans dat deze zaken zonder veel argumentering als onbeduidend of ridicuul worden voorgeschoteld. Ik ben zelf oud geworden in de door niets gestaafde veronderstelling, dat Thomisme en religieuze benepenheid, scholastiek en spitsvondigheid (die duivels op die punt van die naald) natuurrecht en eng dogmatisme, telkens twee uitdrukkingen waren voor één begrip. Door niets gestaafd, ik herhaal. Maar ik voeg er aan toe, dat het soort Thomisme, dat mij—heel erg met mondjesmaat —in mijn studietijd (zot woord eigenlijk) werd toegediend, mij niet tot het nuttigen van een volle maaltijd inviteerde. Wat daarvan echter zij: men behoeft geen neo-Thomist te zijn om het Thomisme ernstig te nemen. Dat kan ons ook reeds de beroemde voetnoot van Von Jhering leren, die hij plaatste in de tweede druk van zijn: Der Zweck im Recht:

»Dieselbe (te weten: zekere W.Hohoff) weist mir durch Zitate aus Thomas nach, dasz dieser grosze Geist das realistisch-praktische und gesellschaftliche Moment des Sittlichen ebenso wie das historische bereits volkommen richtig erkannt hatte. Den Vorwurf der Unkenntnis, den er daran für mich knüpft, kann ich nicht von mir ablehnen, aber mit ungleich schwererer Gewicht trifft er die moderne Philosophen und protestantische Theologen, die es versäumt haben, sich die groszartige Gedanken dieses Mannes zu Nutze zu machen. Staunend frage ich mich: Wie war es möglich, dasz solche Wahrheiten, nachdem sie einmal ausgesprochen waren, bei unserem protestantischem Wissenschaft so gänzlich in Vergessenheit geraten konnten? Welche Irrwege hätte sie sich erspären können wenn sie dieselbe beherzigt hätte? *Ich meinerseits hätte vielleicht mein ganzes Buch nicht geschrieben* wenn ich sie gekannt hätte, denn die Grundgedanken, um die es mir zu tun war, finden sich schon bei jenem gewaltigen Denker in voller Klarheit und prägnantester Fassung ausgesprochen...«

Cathrein S.J.: Recht, Naturrecht und Positives Recht, 1909, tekent hierbij spijtig aan:

»Leider sind die Worte des berühmten Göttinger Rechtsgelehrten wirkungslos verhallt... Catholica sunt, non leguntur...« (p.11).

En zo kunnen we doorgaan, want ik kan weer vaststellen, dat „ze" ook niet naar Cathrein geluisterd hebben (en hem, als „laatste der natuurrechtelijke Mohikanen" zelfs niet gelezen hebben) en wat let mij te voorspellen dat dèze regels enz, enz.
29-5-'72

32. De financiële beloning van intellectuelen

Op 31 mei 1958 hield prof.dr. Fred.L.Polak—thans voorzitter van de politieke partij D.S.'70—een in druk verschenen voordracht over: „de moderne situatie van de intellectueel en de vrijheid van beroepsuitoefening". De situatie achtte Polak uitermate zorgwekkend:

„In feite vond ... een schaarbeweging plaats: enerzijds opkomst van de arbeidende klasse, anderzijds daling van de intellectuele klasse... *a.*alleen reeds de toenemende kwantiteit van intellectuelen moest wel een depreciërende werking uitoefenen, ook voor het aan hun stand eertijds verbonden respect... *b...* bleek het intellect evenzo koopwaar als de spierkracht van de arbeiders... *c...* ook een zich verhurende intellectueel kan onder omstandigheden werkeloos en overbodig worden, bittere armoede lijden en moeten stempelen... *d.*zelfs de werkende intellectuelen weten zich niet meer tegen verpaupering beveiligd... Lijdelijk moesten ze toezien hoe een toenemende relatieve achterstand ontstond ten opzichte van andere groepen der bevolking, inzonderheid ten opzichte van de arbeidende klasse; *e...* ook die groep van intellectuelen klaagt, die nog wel beschikt over vermogen en/of een behoorlijk inkomen. Met de opkomst van nieuwe standen... en met de aanzwelling van de overheidshuishouding zijn de verzwaarde belastingen van sterke progressie voorzien. Nogmaals vindt door deze herverdeling een nivellerende werking plaats tussen hoofdarbeid en handenarbeid...".

Drs.W.Koning schrijft in „Socialisme en Democratie" (maandblad van de Partij v.d. Arbeid) aflevering van mei 1972, onder de titel: „Hoger onderwijs als privé-investering of algemeen goed?" het volgende:

„...maar wat is er sinds 1967 niet veranderd. Ging het toen om studenten al of niet de mogelijkheid te geven onafhankelijk van de steun van hun ouders te kunnen studeren, nu staan de onrechtvaardig hoge academische inkomens en daarmee het profijt dat de student persoonlijk van zijn studie kan hebben centraal... In de jaren vijftig werd algemeen aangenomen dat de samenleving als geheel sterk zou profiteren van grote deelname aan het hoger onderwijs, inmiddels heeft men ontdekt dat het persoonlijk voordeel van academici minstens zo groot is... Als academici tijdens hun leven gemiddeld zoveel tienduizenden guldens meer verdienen dan hun vroegere schoolgenoten, die hun arbeidskracht eerder te gelde

zijn gaan maken... Met andere woorden... voor onrechtvaardige inkomensverschillen bestaat geen betere oplossing dan inkomensherverdeling... Tegenover de waanzin van het gelijke offer voor een gemiddeld meer-inkomen stel ik eenvoudig de politieke wens van een gelijk inkomen.

Welke socialist moet dan nog aarzelen?"

Het is wat al te simpel voor het antwoord op die laatste vraag te verwijzen naar het eerste citaat, niet allereerst omdat drs. W.Koning wel eens zou kunnen menen dat prof. Fred.L.Polak geen socialist is, maar vooral omdat het eerste citaat uit de vijftiger jaren stamt, toen de mensen, zoals uit de woorden van drs. W.Koning blijkt, nu eenmaal veel dommer waren dan thans.

Maar dit soort politieke oplossingen van Koning is toch ook zuiver van papier. Het kost geen moeite vast te stellen, dat Polak in 1958 meer heeft gedaan dan schromelijk overdrijven: hij heeft een ook toen niet juiste beschrijving der werkelijkheid gegeven, zeker waar hij de intellectuelen als door de arbeidende stand onderdrukte klasse voorstelde. Dat neemt echter niet weg, dat ik de vraag van Koning zonder schroom beantwoord met twee woorden: „Heel wat".

7-2-'72

33. Rechts en links

Kurt Sontheimer's centrale thema in zijn zeer boeiende boek: Deutschland zwischen Demokratie und Antidemokratie, 1971 is, dat zoals steeds in het verleden, ook nu het gevaar van rechts groter is dan het gevaar van links. Het linkse gevaar is »keine direkte Gefahr für die demokratische Ordnung der Bundesrepublik«. Wie dit zo zou verstaan, dat de *geproclameerde* doelstellingen van de linkse groepen, volgens Sontheimer, zouden moeten worden overgenomen, vergist zich, maar die doeleinden moet je dan ook niet ernstig nemen:

»Die Revolutionsparolen studentischer Gruppen, so wirksam sie auch innerhalb den engen Grenzen der Universitäten vorübergehend sein mögen, objektiv ernst zu nehmen, offenbart einen Mangel an politischer Analyse und Wirklichkeitserkenntniss. Die Revolutionsgefähr von links wird durch die revolutionäre studentische Schock-Phraseologie um keinen Deut wirklicher« (p.195).

Elders (p.143) schrijft hij:

»Im Rahmen der ausserparlementarische Opposition gibt es zweifellos Gegner der freiheitlichen Demokratie westlicher Prägung, Revolutionäre, die (vorerst vergeblich) nach einer Massenbasis als Voraussetzung für die Umsturz des bestehenden demokratischen Systems suchen. Dessen ungeachtet sehe ich in der jungen Bewegung im Ganzen eine positive demokratische Herausforderung an unserer Demokratie, demokratischer zu werden, die Menschen mündiger und freier zu machen, sie zu emanzipieren«.

Toch blijft er voor mij een probleem. Waarom deze jonge mensen *niet* ernstig nemen in hun »Revolutionsparolen«, die de »Umsturz« van een demokratie naar westelijke trant proclameren en *wel* in hun streven, dat achter dit loze masker verborgen is onze demokratie demokratischer te maken? Of zijn hier toch twee duidelijk te onderscheiden groepen aan het werk, waarbij de »studentische Gruppen« dan wel als „anti-demokratisch" maar ook als volstrekt ongevaarlijk moeten worden geboekstaafd? Als het waar is, dat rechtse revolutionairen in het westen gevaarlijker zijn dan linkse—en dat geloof ik mèt Sontheimer en ik voeg er met hem aan toe: vooral ook rampzaliger—dan zal de strijd daartegen aan intensiteit en overtuigingskracht winnen—en aan mensen, die bereid zijn zich er voor in te zetten, als de »junge Bewegung« zich duidelijker als *demokratische* kritiek op de bestaande maatschappijstructuur manifesteert.

23-1-'72

34. Liberalisme èn socialisme

Radbruch's artikel in »Gesellschaft«, *aflevering maart 1933:* »Autoritäres oder soziales Strafrecht« (ook na zijn dood gepubliceerd in »Der Mensch im Recht«, 1957 p.63-79) eindigt met een passage, waarin alles staat, wat, naar ik geloof, thans in 1972 te verhopen èn wat te vrezen valt. De onbegrijpelijke verwarring des geestes, die liberalisme en kapitalisme op een hoop veegt, de dwaasheid der autoritaire maniakken, die, zolang zij nog autoriteit missen om te vernietigen wat in een goed bestaan de noodzakelijke gezel moet zijn van het echte socialisme, grote en kleine terreur-daden plegen, zij worden er, aan de vooravond van een afschuwelijk tijdperk in aan de kaak gesteld, als ware het ook geschreven voor 40 jaar later.

»Wie so oft wissen auch hier die akademischen Fanfaren einer Ideologie nicht, woher der Wind kommt, der sie zum Tönen bringt. Die autoritäre Staats- und Strafauffassung ist nichts anderes als die Staatsauffassung des Kapitalismus, der sich zum Endkampf gegen das Proletariat und gegen die Demokratie, die dessen Sieg bedeuten würde, in die Zitadelle der Diktatur zurückgezogen hat. Wichtiger als die soziologischen Unterlagen dieser kapitalistischen Ideologien aufzuweisen ist es in diesem Zeitpunkt, der Arbeiterschaft neben ihre soziologische Macht die Ideologien ins Gedächtnis zu rufen, die immer ihre beste Kampfmittel gewesen sind, daran zu erinnern, dasz Sozialismus sich zwar im Gegensatz zum Liberalismus, aber doch als ein zu Ende gedachten Liberalismus aus ihm entwickelt hat, dasz im Sozialismus der beste Teil des Liberalismus weiterlebt, dasz Sozialismus zwar Wirtschaftsorganisation bedeutet, aber zugleich Geistesfreiheit und dasz wir deshalb aus der Seele des Sozialismus sprechen, wenn wir uns in dem Kampruf einen: Freiheit«.

4-4-'72

35. Arbeid en kapitaal

In een voordracht over „Fusies van naamloze vennootschappen" op 30 mei 1970 te Scheveningen gehouden voor de belastingconsulentendag zegt mr. van Leeuwe, dat ons wettelijk systeem hierop neerkomt, dat de vraag of een aandeelhouder uit zijn aandeel een *inkomen* geniet afhangt van het al dan niet handelend optreden van de n.v. die de aandelen uitgaf. Wint de aandeelhouder iets door middel van zijn aandeel zonder dat de n.v. daarvoor actief is geworden, dan is dat geen inkomen, en dus niet belastbaar voor de Inkomstenbelasting. Wanneer dus, ter bereiking van een fusie, een andere n.v. dan die welke de aandelen van de aandeelhouders uitgaf bereid is voor dat aandeel een aandeel van die andere n.v. aan de aandeelhouder te geven (aandelenruil), dan behoeft deze geen inkomstenbelasting te betalen, al is het ontvangen aandeel twee keer meer waard dan het ingeruilde.

Een arbeider A werkt in loondienst bij werkgever B. Hij verdient daar *f* 200 per week. Dit loon, afkomstig van zijn werkgever (te vergelijken met de n.v., die op een aandeel dividend uitkeert) wordt als inkomste belast. Daar valt vanuit de hiervoor ontwikkelde gedachtegang niets tegen te zeggen. Maar A is zo'n vakkundig man of: de aandelen zijn zo waardevol) dat een andere werkgever C (al dan niet met toestemming van werkgever B, vergelijk weer: de ruil van de aandelen) hem van B overneemt tegen een loon van *f* 400 per week. Het voordeel van A: 100% wordt onmiddellijk voor de volle 100% belast voor de inkomstenbelasting.

Ik weet wel, dat arbeiders geen aandelen zijn en dat er juridisch-technisch ook allerlei bezwaren tegen de vergelijking zijn aan te voeren. Maar waar het om gaat is dit: wie kan mij een andere reden—rechtvaardiging?—noemen dan die welke gelegen is in het feit, dat ons wettelijk systeem het bepaalt, voor het feit, dat vele winsten, niet resulterend uit arbeid onbelast blijven (voor de I.B.) en dat winsten (of moet ik zeggen: vruchten) van arbeid steeds wel belast worden?

En is het eigenlijk gezegd niet onzinnig, ja zelfs weerzinwekkend, dat wie het geluk heeft een huis te hebben en vervolgens het daarbij komend geluk dit huis met winst te kunnen verkopen, die winst in zijn zak kan steken of er een groter huis van kan kopen (omdat later weer met winst te gaan verkopen enz. enz.) terwijl menig moe man, die na zijn avondmaal te hebben genoten, er zwoegend in de avonduren duizend gulden bij verdient met eerlijke arbeid (wijl de

jongen floot) daarvan eerst het belastinggedeelte moet afdragen??

Valt er meer aan verklaring voor te geven dan: zo zijn onze manieren?

21-2-'72

36. Utopie en ideologie

»Der Arme weisz bis jetzt, dasz er nicht nur geldlich schief liegt... Kein Schwächerer, wenn er sein Recht sucht, hat Aussicht gegen die begüterte Partei zu gewinnen; sie beschäftigt den besseren Anwalt... Doch eben, all das hindert nicht, dasz das positive Gesetz Handlangersdienst ist; Schutz der Privateigentum ist sein Auftrag, genauer Schutz des Eigentums an der Produktionsmitteln... Also besitzt der Marxismus am positiven Recht lediglich eine historische Interesse und, rebus sic fluentibus, ein Uebergangsinteresse«.

Dat de overgangstijd nogal lang duurt kan Bloch (uit wiens: »Naturrecht und menschliche Würde«, voormeld citaat stamt) niet helpen. Wat mij er echter toe bracht deze kleine bloemlezing uit een langgerekte verdoemenis bijeen te brengen was verwondering. Ik gebruik het woord verdoemenis met voorbedachten rade, want Bloch's stijl heeft het pathos van een priesterlijke predikatie van vroegere vastentijden en houdt óók niet op: 356 pagina's lang.

Helaas is er in naam van het positieve recht en door het positieve recht veel onrecht geschied en geschiedt dit ook nu nog. Maar dat de zwakkere—bij de rechtsbedeling—geen gelijk kàn krijgen en nooit of te nimmer krijgt, notabene omdat de rijkere de beste advocaat kiest, door zo'n stelling wordt de plaats van de advocaat in het recht overschat en zijn zedelijk optreden onderschat. Het is, zoals iedereen weet, in zijn algemeenheid gewoon niet waar. Moeten we de verklaring voor zulke exclamaties bij Mannheim vinden? (Ideologie und Utopie, 1929):

»Im Begriff des utopischen Denkens spiegelt sich die entgegengesetzte Entdeckung wieder, die gleichfalls den politischen Konflikt verdankt ist, dasz nämlich bestimmte unterdrückte Gruppen geistig so stark an der Zerstörung und Umformung einer gegebenen Gesellschaft interessiert sind, dasz sie unwissentlich nur jene Elemente der Situation sehen, die diese zu negieren suchen. Ihr Denken ist nicht fähig einen bestehenden Zustand der Gesellschaft korrekt zu erkennen, sie befassen sich keineswegs mit dem was wirklich existiert, suchen vielmehr in ihrem Denken bereits die Veränderung des Bestehenden vorweg zu nehmen... Im utopischem Bewusztsein verdeckt das von Wunschvorstellungen und dem Willen zu Handeln beherrschte kollektive Unbewuszte bestimmte Aspekte der Realität. Er kehrt sich von allem ab, was den Glauben erschüttern oder den Wunsch nach einer Veränderung der Dingen lahmen würde«.

Wie echter deze vraag opwerpt, zal wel zijnerzijds niet ontkomen aan de »Ideologieverdacht«. Het zij zo.
12-7-'72

37. Hijmans en de opleiding tot jurist

Een dik boek met vier pre-adviezen van de Nederlandse-Juristen-Vereniging en een bijzonder nummer van Ars Aequi, gewijd aan de juridische opleiding, zijn aanleiding om een posthuum in het Rechtsgeleerd Magazijn verschenen artikel van I.Henri Hijmans in herinnering te roepen: De opleiding tot jurist (1938, pp.97-122). Aan het slot van dit artikel wordt de hoop uitgesproken, dat de daarin verkondigde opvattingen (vroeger reeds vaak naar voren gebracht, maar zonder weerklank) in een betere tijd, dan die welke Hijmans' visies met voeten trad, nog eens „ontdekt" zullen worden. Die ontdekking moet nu door mij geschieden, want in de juist genoemde beschouwingen over de opleiding wordt het artikel niet vermeld. Toch is dit voor Hijmans' ideeën de goede tijd. Lees maar:

A.„Ten eerste wijs ik daarop, dat men zich niet gelijk in Amerika moet beperken tot aan de rechtspraak ontleende gevallen. Maar daarnaast behooren met name voor het burgerlijk recht, ook direct aan het maatschappelijk leven ontleende gevallen te worden opgegeven, waarin niet alleen een vonnis nimmer is geveld, maar het ook niet waarschijnlijk is, dat ooit de beslissing van de rechter zal worden ingeroepen. Jhering was hier een sinds door velen betreden weg, die naar de werkelijkheid en haar recht voert." (p.100).

*B.*Hijmans noemt het drievoudig gedifferentieerd doctoraal: publiekrechtelijke-, privaatrechtelijke- en vrije studierichting) bezien vanuit het standpunt der sociologische richting „de slechtst denkbare".

C.„Ik zou mijn plan voor het candidaatsexamen niet hebben kunnen ontwerpen als ik romeinsch en oud-vaderlandsch recht niet van dat examen had verwijderd en ze tot keuzevakken voor het doctoraal had gemaakt... Elke keer, dat ik mij de vraag heb gesteld, wat het romeinse recht tegenwoordig voor de opleiding van den jurist betekent, ben ik tot steeds ongunstiger resultaat gekomen ... (In 1902) heb ik uitvoerig betoogd, dat dit vak (romeinsch recht) niet in den aanvang van de studie thuishoort. Daarna—vanaf 1910 heb ik het ruim 24 jaar gedoceerd en over de voor het hedendaagsche recht belangrijkste onderdelen (zaken- en verbintenissenrecht) boeken geschreven...—(ben ik) meer en meer tot de overtuiging gekomen, dat wij voor geen enkele periode van het romeinsche recht iets met zekerheid weten. Slechts historisme van de ergste soort kan daartoe brengen, van een dergelijk vak een verplicht vak te ma-

ken. Maar als keuzevak is het te handhaven. Voor elke student met vroegtijdige professorale ambities zou ik het aanbevelen" (pp.117 v.).
21-5-'72

38. De „motivatie" van de juridische student

John Adams, de tweede president van de Verenigde Staten (1797-1801) had, aldus Maurois in zijn «Histoire des Etats-Unis» last van een meerderwaardigheidscomplex. Hij was de zoon van een boer uit Massachusetts en had te Harvard gestudeerd, waar hij door zijn intelligentie had uitgeblonken. Honderd jaar vroeger zou zijn onverzadelijke eerzucht hem ertoe gedreven hebben geestelijke te worden, omstreeks het midden van de 18e eeuw evenwel leek de rechtenstudie een zekerder weg naar de macht. Als ijverig lezer van de klassieken, die Cicero en Montaigne door en door kende meende hij de kunst van het regeren meester te zijn en hij verlangde ook te regeren.

In een Engelse krant van 16 juli 1972 lees ik over de heer Eagleton, ééns kandidaat voor het vice-presidentschap der Verenigde Staten:

'The senator, a family man with a son and a daughter, comes from St.Louis, where he followed in his father's footsteps by becoming a lawyer. The law is the usual way into politics in America; 70% of the senators have a legal background'.

Volgens de socioloog Dahrendorf tenslotte is ook in de West-Duitse Bondsrepubliek de motivatie van de rechtenstudent, buiten de eigenlijke studie om, te zien in zijn aspiraties naar de meest directe weg die tot de top van het politieke leven of van die in de bedrijfswereld voert. Door de rechtenstudie te kiezen vermijden zij al die studieterreinen, die niet verder dan tot de *nabijheid* van die toppen kunnen voeren.

De moderne maatschappijstructuur zou meebrengen, volgens Dahrendorf, dat gespecialiseerde beroepskwalificatie nu juist een barrière opwerpt voor hen, die op weg zijn naar die eenzame toppen, 'that small layer of real power', waar men slechts terecht kan als men van functie onbeperkt kan wisselen. Daarom is een combinatie nodig van hoge academische standing en ongespecificeerde aspiraties. (Dahrendorf: 'Law faculties and the german upper class', 1964).

So far, so good. Het zal de moderne maatschappijstructuur wel weer zijn, die het hem doet. Morgen eist zij—vanuit een andere theorie—superspecialisatie enz.

Het is toch minstens vreemd, dat in de thans niet zo moderne

maatschappij-structuur uit het midden van de 18de eeuw ook al de juridische studie en haar voltooiing werd gezien als een entree-bewijs, toegang gevende tot macht en hoge posten.
15-6-'72

39. Aanwijzingen voor beginners

'Learning the law', 8ste druk, 1969 is een kostelijk boekje van Glanville Williams, hoogleraar te Cambridge, waarvan wij het evenbeeld in Nederland node missen.

Het is geen 'textbook' en het zal ook wel niet als examenstof worden voorgeschreven maar bij Foyles in Londen—the world's greatest bookshop—liggen er aan het begin van het studiejaar toch metershoge stapels van.

'It is, I hope, a book that the law-student will read voluntarily. In several chapters there is hardly a word that has not been written as a result of an error committed by some novice...'

Enige opmerkingen en raadgevingen zijn ook hier toepasselijk:

'It is true that the introduction of problems into examination-papers has done something to redress the balance between intelligence and memory, but too much memorising is still required.'

(Is echter het geheugen, zo vraag ik mij af, niet een functie van het verstand?)

'Some lecturers regard it as their sole function to stimulate and inspire, they do not particularly want notes to be taken. Certainly there is no greater waste of time than to sit through the average lecture making notes mechanically without thinking what they are about.'

'The most important general piece of advice on examinations is that every question in the paper that the student is expected to and can answer should be answered. He should not spend all his time on a few only of the questions. There is nothing more tedious for the teacher than to hear one of his best men saying, after the examination: "Oh, I did very well, but I only had time to answer half the paper"

en meer gedetailleerd:

'If the examiner has exercised his fancy by using fictitious names like Tomkins, you are perfectly entitled to abbreviate them to the initial letter—unless of course two parties in the same problem have the same initial letter.'

(Je moet er maar op komen, nietwaar).
17-1-'72

40. Tentamen: inleiding rechtswetenschap

In de toch wel wat infantiele sfeer, die de examens in deze dagen oproepen, zij mij het wat kinderachtige genoegen gegund, ook al omdat het nazien van honderden opgaven de energie volkomen uitperst, een paar uitspraken van ondervraagden te vereeuwigen. De eerste heeft voor mij, gek genoeg, een extatisch-mystiek tintje:

De examinandus moet in een voortreffelijke roes geweest zijn en ik ben ervan overtuigd dat zijn ongewoon taalgebruik zeer goed is.

Het antwoord werd gegeven naar aanleiding van een vraag omtrent het typisch karakter van cassatie in het belang der wet, vergeleken bij de gewone cassatie en luidde:

De winnaar blijft winnaar en de verliezaar blijft verliezaar (het bijzonder meeslepende is natuurlijk de volgehouden volmaakte parallellie).

Een wat Chinees antwoord is het volgende:

Teleologische interpretatie van de wet is de wet als het ware van achteraf beschouwen.

Natuurlijk wordt die interpretatie ook omschreven als: naar de opvatting van de godsdienst, maar deze kleine vergissing neemt in onze geseculariseerde wereld toch zienderogen af. Ik denk, dat het niet lang meer zal duren of men gaat theologie omschrijven als een bepaald soort uitleg van de wet. Is dat eigenlijk wel fout?

Het begrip: natuurlijke verbintenis, kan ons voor nare opgaven stellen, want: als men eenmaal bezig is te voldoen, mag men niet meer ophouden.

De kritische studenten hebben ook in de rechten-faculteit succes:

„een kort geding is een rechtsgeding voor de president-commissaris".

Op het navolgende antwoord dat ik optekende, kan ik de corresponderende vraag niet meer terugvinden. Maar het moet een rare geweest zijn:

De functie die er nog overblijft, is dat de wetsregel geen functie meer heeft.

Een obscuur libel is naar keuze: een duister insect of pornografie.

De scheiding tussen beroep en leven, waaraan de jurist steeds pijn heeft, komt tot uiting in de gevoelvolle uitspraak:

Als jurist voel ik voor rechtszekerheid, als mens voor goed recht.

6-6-'72

41. Een juridische dissertatie met onbeschaafd woordgebruik

In mijn vaders' boekenkast stonden er ettelijke. Lelijke, goedkope bandjes van de Wereldbibliotheek, geloof ik, met bleke lusteloze titels en een landerige, drenzende inhoud, auteur: Frans Coenen. Verveling, Bleke Levens, Zondagsrust (een toppunt in dat genre, dat naturalistisch heette), Burgermensen, Moewe Jaren, maar nee, dat laatste is van de arts A.A.Aletrino, maar wel geheel van het zelfde lauwe sop overgoten.

Coenen was meester in de rechten. Hij verwierf zijn titel in 1892 middels een toen daarvoor vereiste dissertatie: „De Fransche wet tot bescherming van verwaarloosde en mishandelde kinderen". In dat proefschrift wees Coenen op het met veel ophef ruim 70 jaar later „ontdekte" feit, dat mishandeling van kinderen door hun ouders geen uitzondering is.

Precies 25 jaar geleden publiceerde het literaire tijdschrift: AD INTERIM als een soort eerherstel onder de titel: „40 jaar commentaar, een keuze uit de kleine geschriften van mr.Fr.Coenen. Die keuze werd van een uitvoerige inleiding voorzien van de hand van mr. Barend de Goede. De Goede dementeert Coenens' eigen mening, dat hij een slappe en minderwaardige student was, aanvoerend, dat Coenen,

„op 6 juli 1892 tot doctor in de rechtswetenschap promoveerde op een dissertatie, die—zeker voor die tijd—niet minnetjes was en die een bespreking van 26 bladzijden in het hoogwaardig magazijn Themis ten deel viel".

Wie dat laatste verifiëert, ontdekt pure geschiedvervalsing. De bespreking, geleverd door W.J.Karsten, raadsheer in het gerechtshof te 's-Gravenhage, beslaat 26 pagina's (530-556). Maar: Karsten geeft een paar inleidende, nietszeggende opmerkingen ten beste over de dissertatie op pag.530-531 en gaat dan nòg op pag.531 een vraag beantwoorden: „hebben *wij* behoefte aan een regeling als de Franse"—die Coenen *niet* behandelde. Zonder, behoudens in een noot, nog op het proefschrift terug te komen, bestrijken de geheel eigen beschouwingen van Karsten de pagina's 531 (onderaan) tot 554 (onderaan) waar het heet: „Keer ik thans tot de Heer Coenen en zijn arbeid terug". Aan het proefschrift zijn aldus nog geen 4 bladzijden gewijd. En wat is de teneur van de bespreking? Karsten vindt, dat het der taal van onze schrijver niet aan „losheid" wel aan „beschaving" ontbreekt; een ander, zekere Bles, kan zulk

woordgebruik smakelijk vinden, hij, Karsten, vindt het meer geschikt voor volksstukken op het toneel. Want wat anders te zeggen van een schrijver die „een bijzondere voorkeur" heeft voor woorden als: „allebei, allemaal, heelemaal, dingetje, je, jullie enz."

Wat mankeert er nu eigenlijk aan het woord: dingetje?

10-7-'72

42. Het argumentum a contrario bij Willem Paap en William Shakespeare

Mr. Willem Anthony Paap, op 21 oktober 1856 geboren, was een lang niet onsuccesvol advocaat. Vergis ik mij niet dan trad hij—toen wel zonder succes—voor Douwes Dekker op in diens uitzichtloos proces tegen van Lennep inzake de auteursrechten van de Max Havelaar. Hij is echter meer bekend gebleven als mislukte, gefrustreerde Tachtiger, mede-oprichter van en geldschieter voor De Nieuwe Gids, fervent vereerder van Multatuli en zijn stijl, die hij nabootste en als schrijver van de, de Tachtigers ontluisterende sleutelroman: „Vincent Haman" (1898).

Vincent Haman is Lodewijk van Deysel. Waarom Vincent van de kostschool te Rolduc werd weggejaagd lezen wij uitvoerig bij Paap. Des namiddags toen de jongens met de secondant gingen wandelen, zagen ze, na een half uurtje, dat Vincent „de hoed van het hoofd nam, wat schuin begon te lopen en, schuin in de eerste rij blijvend lopen, in zijn hoed een kleine boodschap deed". Als de secondant dit merkt (het wordt verklikt) zegt hij: „Ik zal zorgen, dat je wordt weggejaagd van school", waarop Vincent-Lodewijk antwoordt: „Ik protesteer. Dat is geen recht. Er is verboden op de wandelingen tegen de bomen te doen. Er is dus niet verboden het op de wandelingen in zijn hoed te doen". Het commentaar hierop van Paap:

„Juridisch had hij gelijk. In de rechtsgeleerdheid, in de pleitzalen, in de vonnissen der Hoge Raden van Europa wordt dagelijks met het sedert eeuwen beroemde en dan ook volmaakt idiote argumentum a contrario, waarvan hij zich hier bedient... aan redeneringen als die van Vincent gelijk gegeven."

Dit is een interessante opmerking. Of ze in 1898 juist was, weet ik niet. Wel is zeker, dat het argumentum a contrario reeds decennia lang in de praktijk van het rechtsbedrijf slecht staat aangeschreven *bij juristen*. Mijns inziens zonder reden, daar de redenering per analogiam niet meer en niet minder dan die a contrario waardeoordelen veronderstelt, die in beide gevallen mis of goed kunnen zijn. Maar bij de niet-juristen, die met het rechtsbedrijf in aanraking komen (zeker als zij er slecht voor staan) is het argumentum a contrario uitermate geliefd en van analogie willen zij niet weten.

Ik heb mij altijd verwonderd over de extreem legalistische inslag van niet-juristen, op het moment dat zij zelf in een proces verwikkeld geraken. Nog onlangs hoorde ik iemand in ernst volhouden, dat de waarschuwing: geen vrije toegang, anders moest worden

uitgelegd als het verbod: verboden toegang. In het eerste geval, zo werd betoogd, door de man die door het bordje: geen vrije toegang, in zijn wandeling werd gestoord, had hij *wel* toegang, maar ze was niet vrij, d.i. niet onbeperkt. Welke beperkingen dat inhield, achtte hij van geen belang.

Ik zal niet ontkennen, dat het best mogelijk is, dat zulk legalisme uitgelokt is door juristen, die soms de a contrario redenering hanteerden om op geforceerde wijze een anders onbereikbare redelijke oplossing te bereiken.

Geen jurist weer, maar een literator is het, die daarvan het klassieke voorbeeld heeft vereeuwigd: Shakespeare, die in zijn 'The Merchant of Venice' de rechter aan Shylock, de jood, diens recht op een pond mensenvlees laat ontzeggen met een motivering, die geheel is gebouwd op een spitsvondige en onverdedigbare a-contrariocon-structie.

(Lees hierover de schitterende beschouwingen van Von Jhering in: »Der Kampf ums Recht«).

8-7-'72

43. Veblen en Keynes

Wie had er nu gelijk van deze grootheden: Veblen of Keynes?

Veblen, in een samenvatting van Wright Mills, die overvloedig bevestigd wordt bij lezing van zijn: 'The theory of the leisure class' (1899):

'When one's group was compact and all its members intimately known, either leisure or consumption served to demonstrate one's wealth. But when one moved among wider circles of urban strangers, it became necessary to advertise one's wealth. Conspicuous consumption was then needed as a means of ordinary decency. With what was obviously expensive and wasteful one could impress all transient and anonymous observers.'

En Veblen zelf:

'The homely reason for all the conspicuous leisure and attire (opsmuk) on the part of the women lies in the fact, that they are servants to whom in the differentiation of economic functions, has been delegated the office of putting in evidence their master's ability to pay.'

Men realisere zich hierbij wel, dat Veblen bezig is een grondtrek van het westerse kapitalisme te beschrijven.

Keynes, in: 'The economic consequences of peace' (1919):

'In fact, it was, precisely the inequality of the distribution of wealth, which made possible those vast accumulations of fixed wealth and of capital improvements which distinguished this age from all others. Here in lay, in fact, the main justification of the Capitalist System. If the rich had spent their new wealth on their own enjoyments, the world would long ago have found such a regime intolerable. But like bees they saved and accumulated.'

31-1-'72

44. Annie (2×)

De mémoires van Annie Romein Verschoor (Omzien in Verwondering) en die van Annie Salomons (Toen en Nu, o.a.) verschillen in heel veel opzichten. Annie Salomons geeft kleine momentopnamen van een roerende eenvoud, maar soms ook tegen het kinderachtige aan of er voorbij. Annie Romein Verschoor, breed uithalend in meer dan 600 pagina's, is sprankelend en spiritueel maar blijft iedere gevoelsuiting kritisch observeren en begeleiden, nu en dan tegen het high-brow-complex aan of er voorbij.

Toch kan het niemand, die deze herinneringen naast elkaar leest, ontgaan, dat bij alle verschil in temperament, belangstellingsfeer, politieke en religieuze achtergrond, binnen de raamvertellingen van deze beide schrijfsters opvallende overeenkomsten zijn. Maar—ik waag mij hier op glad ijs—ook de schrijfsters zelf lijken op elkaar, tenminste als ik afga op twee fotografische weergaven van haar als jonge vrouwen: die van Annie Romein Verschoor op de omslag van deel I en die van Annie Salomons als „onafhankelijke vrouw" (in het boekje: Toen en Nu) maken op mij de indruk, dat de gelijkenis sterk de punten van verschil overheerst. Komt dat alleen, omdat het, naar mijn smaak, twee knappe (neen, alstublief nu eens niet: charmante) jonge vrouwen zijn uit een bepaalde voorbije periode (dus zoals wij vinden dat alle Chinezen op elkaar lijken en omgekeerd)? Of is het ook die moeilijk te miskennen paradoxale combinatie bij beiden van aarzelende onzekerheid en diepe vastbeslotenheid? La condition féminine? In de ouderdomsportretten zie ik de gelijkenis véél, véél minder.

Beide schrijfsters koesteren niet meer dan een koele achting voor haar moeder en beschrijven haar vader als een voor haar veel meer toegankelijke figuur met een vrolijk, wat fliere-fluit-achtig karakter. Men kan bovendien moeilijk de gedachte van zich afzetten, dat in geen van de beide gezinnen de vader de overheersende, de dominerende figuur is geweest. Hij leeft er wat in de marge, nu en dan opduikend met al de bekoring van het onverwachte, het niet berekenbare, het dionysische. En ook in de—beschreven—relatie van de schrijfsters tot haar echtgenoten valt veel meer de overeenstemming dan het verschil op. Het verschil is wel, dat van deze beide, tenminste naar Nederlandse maatstaven gemeten zeer bekende en bekwame vrouwen, Annie Salomons zonder meer tegen haar onbekend gebleven man, een rechter, opzag. Zij is er van overtuigd, dat hij haar „geestelijk kan maken en breken". Annie Romein Verschoor heeft ook oog en oor voor de „moeilijke" kanten van een

wèl bekend, maar tobberig echtgenoot, maar, al is zij in haar bewondering niet zo expliciet, ook zij vindt het doodgewoon, dat hij altijd voorgaat. Als *hij* vermoeid is, gaan *zij* op vakantie enz. En, al mag je het amper zeggen in deze anti-monogame en post-matrimoniale tijd, overeenkomst is óók, dat zij beiden spreken vanuit een „levenslang" en zeer positief beleefd huwelijk. Meest aangrijpende gelijkenis—wederom òndanks alle verschillen—de passages die deze vrouwen hebben gewijd aan *hun* eigen, niet gedeelde levensperiode, direct na de dood van de echtgenoot.

De beleving van die situatie, neergelegd in de emotionele stijlvorm van Annie Salomons (Toen en Nu, pp.84-92) of in de „koel"-observerende van Annie Romein Verschoor (Omzien, deel II, pp. 268-272) kwam naar mij, lezer—die zich bijna betrapt voelt op schending van een te persoonlijke sfeer—over als welhaast volmaakt identiek.

7-6-'72

45. Erasmus als profeet

Op 26 februari 1517 schrijft Erasmus aan Capito:

„Bijzonder verzot op het leven ben ik, zeer geleerde Wolfgang, nu bepaald niet... Maar op dit ogenblik zou ik haast wensen weer jong te zijn om geen andere reden dan dat ik zie aankomen, dat een gouden eeuw weldra intreden zal: zo klaar zien wij de geesten der vorsten, die als het ware door goddelijke inblazing veranderd zijn, zich krachtig bezighouden met de bevordering van vrede en eendracht. De voornaamste leidslieden zijn Paus Leo... en Frans, de Koning van Frankrijk. Wanneer ik daarom zie dat de hoogste koningen der aarde Frans... Karel... Hendrik... keizer Maximilianus aan hun oorlogsvoorbereidingen geheel en al een einde hebben gemaakt en de vrede vastgeklonken hebben in stevige en naar ik hoop staalharde banden, dan word ik tot de vaste hoop gestemd, dat niet alleen de goede zeden en de christelijke vroomheid, maar ook de letteren in zuiverder vorm en ware gedaante alsmede de schoonste kundigheden tot nieuw leven en schittering mogen komen..."

NOOT:
„Hoe liep dit verhaal af" (Jessurun d'Oliveira)
1.oorlog tussen Frans en Karel, 1521-1526
2.oorlog tussen Frans en Karel (Sacco di Roma), 1527-1529
3.oorlog tussen Frans en Karel, 1536-1544
4.oorlog tussen Frans en Karel en diens opvolger, Filips, 1552-1559
5.Luther door Leo X „in de ban gedaan", 1520
6.Het „anglicaanse schisma", 1534

Van Frans wordt door Erasmus nog gezegd:

„Hij laat niets na en verdraagt alles in zijn verlangen de oorlog te keren en de vrede te verlengen."

Nee, als politiek profeet was voor de 51-jarige Erasmus in 1517—het jaar waarin de Europese onrust op grote schaal begon—geen eer weggelegd.
26-2-'72

46. De 5-4 rechtspraak in de Verenigde Staten (I)

Abe Fortas (geboren in 1910) was van 1965 tot 1969 lid van het federale Supreme Court van de Verenigde Staten. Hij maakte in die periode deel uit van het beroemde Warren-Court in zijn nadagen. Van dit Warren-Court, zo genoemd naar zijn chief-justice Earl Warren, die als zodanig fungeerde van 1953 tot 1969, is gezegd, dat het was 'a revolution made by judges' en zoiets is de moeite van een korte beschouwing wel waard. Zulk een revolutie is omschreven als 'an implausible idea, temperamentally and historically'.

De nadagen van Warren en het Warren-Court—Warren zelf was toen diep in de zeventig—kenmerkten zich beslist niet door geleidelijke matiging van (te?) ver vooruitgeschoven posities: Most men grow more conservative with age, maar: In the governorship experience had made Warren increasingly more adventurous, more liberated from conventional views, and the same was to happen on the Supreme Court, zegt een beschrijver.

Het Hof werd vaak aangeduid met twee cijfers: 5 en 4, waarmee gezinspeeld werd op talrijke belangrijke beslissingen, die met de kleinst mogelijke meerderheid genomen werden. In de aanvang van het Warren-Court-tijdvak was die meerderheid vaak ten gunste van de 'conventional views', dit mede als gevolg van de—overigens meest alleen in resultaat—conventionele opstelling van de befaamde justice Frankfurter en de *aanvankelijke* geneigdheid van Warren, die zelf geen groot rechtstheoreticus moet zijn geweest, in het durende wetenschappelijke conflict tussen Frankfurter en Black de zijde van eerstgenoemde te kiezen.

Toch moet wel benadrukt worden, dat het Hof in de beginjaren van Warren's presidiaat eensgezind was in de wereldvermaarde zaak Brown v. Board of Education (1954). Warren schreef daarin de 'opinion' voor een unaniem Hof, dat met die historische en, naar Amerikaanse maatschappij-opvattingen gemeten, vroegtijdige beslissing, de beslissing in Plessy v. Ferguson (1896) op zij zette. Men zij op zijn hoede: in beide zaken ging het niet—althans niet rechtstreeks—over de 'equality of opportunity' van het zwarte en het blanke ras, maar over een vraag die wij rangschikken onder de naam *apartheid:* kan er (liever nog: is er) onder omstandigheden, die voorzover zij 'tangible' zijn, niet *kwàlitatief* verschillen toch sprake zijn van discriminatie? Wat het onderwijs betreft was het antwoord van 1954: *ja*, want in de gescheidenheid van het onderwijs voor zwart en blank zelf, is de discriminatie gelegen.
8-2-'72

47. Plessy v. Ferguson en Brown v. Board of Education (II)

Plessy v. Ferguson ging over de apartheid bij het vervoer, en de beslissing hield in, dat er niets discriminerends school achter segregatie, tenzij de negers verkozen 'to put that construction upon it'. Anders gezegd: je kunt overal iets achter zoeken.

'Psychological knowledge', aldus Warren daarentegen in re Brown, 'supported by modern authority' heeft overtuigend aangetoond dat 'segregation of white and colored children in public schools has a detrimental effect upon the colored children... Any language in Plessy v. Ferguson contrary to this finding is rejected.'

Over 'segregation in public schools' had deze laatste beslissing echter niets gezegd. Toch lijdt het geen twijfel, dat met 'Brown' iedere gedachte aan de juistheid van 'Plessy' *als onbehoorlijk* werd terzijde geschoven en dit op grond van: 'psychological knowledge', als ondersteund door gezaghebbende auteurs (waarvan er een aantal in het arrest worden genoemd!)

Hierbij rijst de volgende vraag: stel dat moderne psychologische onderzoekingen van gezag en op hoog niveau tot de gevolgtrekking komen, dat, hoewel het juist is, dat apartheid van schoolonderwijs door kinderen van het zwarte ras en hun ouders wordt begrepen als een aanduiding van de inferioriteit van hun ras, maar dat rassen-integratie bij het onderwijs—onder de heersende omstandigheden—hun inferioriteitsgevoel, of liever: hun gevoel, dat anderen hen inferieur vinden, *nog meer versterkt*, moet dan en daarom 'Brown' weer worden 'overruled'. Mijns inziens is dat de consequentie van de door het Hof gekozen motivering.

Men kan natuurlijk zeggen: nee, want dan moeten enkel de heersende omstandigheden, die fout zijn, herzien worden of: nee, want dat gevoelen van als inferieur behandeld te worden berust op een misverstand. Maar dat zijn in mijn vooropstelling en die van het Hof a-reële utopieën.

Als het zwarte ras een achterstand in 'education' heeft—om welke reden dan ook, zoals bij ons de kinderen uit arbeidersgezinnen—zal die dan door integratie worden opgeheven? Ik geloof het niet. En als de beslissing in 'Brown' juist is—waar ik niet aan twijfel—dan is dat niet, althans niet in laatste instantie, omdat segregatie gevoelens-van-als-inferieur-beschouwd-te-worden in stand houdt en versterkt, maar omdat (en in zover als) de segregatie in het onderwijs *beoogde*, ten doel had ongelijke kansen te scheppen.

De beslissing had mijns inziens niet op psychologische, maar op politieke, dit is: op zedelijke gronden, gebaseerd dienen te zijn.

9-2-'72

48. Fortas (III)

De beroemde beslissing in Brown v. Board of Education speelde zich af lang voor Fortas tot rechter van het Supreme Court werd benoemd. Eerst trad Frankfurter af even na Whittaker. Zij werden opgevolgd door White en Goldberg. Goldberg bleef maar drie jaar in functie en in 1965 benoemde Lyndon Johnson zijn vriend en vroegere rechtsgeleerde raadsman Fortas tot associate-judge van het Hof na het uitspreken van de onthutsende woorden:

'I've just sent 50000 men to Vietnam and I'm sending you to the Supreme Court'.

Dat was, zoals later zou blijken, voor 50001 mensen een lijdensweg.

Een beschrijver deelt ons de navolgende feiten mee:

'The traditional separation of the judicial from the executive and legislative branches of government impressed neither Fortas nor Johnson. Fortas had always been among the advisors called upon by the President to confer on important decisions and neither man saw reason to discontinue the practice after Fortas became a justice.'

Als adviseur van Johnson behoorde Fortas tot de hawks, de voorstanders van de harde lijn inzake de oorlog in Vietnam.

Anderzijds was hij de man, die, na en in het voetspoor van zijn voorganger Goldberg, er de oorzaak van was dat de 5-4 beslissingen van het Hof nu regelmatig *ten gunste* van de progressief-liberale „fractie" uit het Hof uitvielen. Bij die beslissingen werd de uitvoerende macht in allerlei opzichten aan banden gelegd. Zo gaf zijn stem de doorslag in Miranda v. Arizona (1966) een beslissing, die zich bezighoudt met de eisen van 'fair trial' ten tijde van de politionele ondervraging van een gearresteerde, een beslissing zo belangrijk, ook voor de Nederlandse rechtspraak, dat ik er nog op terug kom. In twee gevallen besliste zijn stem, toen de ongeoorloofdheid van 'loyalty-security measures' werd uitgesproken. (Elfbrandt v. Russell en Keyishian v. University of the State New-York.)

Fortas dankte zijn kortstondige roem echter vooral aan zijn 'opinions' in kinderzaken, gewezen door de Juvenile Courts.

10-2-'72

49. Fortas en echtgenote (IV)

Over de Juvenile Courts dus, maar eerst wat gossip.

Weet U in wat voor een auto de vrouw van de huidige president van de Hoge Raad der Nederlanden haar boodschappen doet en welk merk sigaretten zij rookt? Misschien moet U zelfs wel, na de recente, nogal geruisloze wisselingen in het presidium tersluiks even in Uw Gids nazoeken, wie de huidige president is en of hij een vrouw heeft is voor U dan pas een tweede, moeilijke vraag.

De Amerikanen zijn wat exuberanter met hun persoonlijke gegevens over rechterlijke VIP's en hun familie. Dat vindt zijn reden wellicht in het feit, dat men daar de rechtspraak meer beschouwt als mede bepaald door de persoonlijkheid van de rechters. Jerome Frank, zelf rechter, meende dat je vooral naar de aanwezigheid van maagzweren, likdoorns, rheumatiek, slechte huwelijken enz. bij rechters moest kijken om een inzicht vooraf in hun beslissingen te kunnen krijgen.

Van Fortas nu vernemen wij, dat hij wel getrouwd is, maar hij en zijn vrouw—Caroline Eugenia Agger, met wie hij in 1935 huwde—hebben geen kinderen. Carolyn ging op aansporen van Abe na haar huwelijk rechten studeren en zij is thans een van de gerenommeerdste belastingadvocaten van Washington:

'A tiny woman who delights in driving a huge Rolls-Royce, mrs. Fortas has become famous in Washington for the large cigars that she frequently smokes.'

Zo iets geeft het verre Washington wel een leuk provinciaal voorkomen.

Fortas zelf was de jongste van 5 kinderen van een uit Engeland geëmigreerde meubelmaker. Toen hij dertien jaar was verdiende Fortas al een aardig centje door 's avonds viool te spelen. Lange tijd stond hij trouwens bekend als een van Washington's beste ball-room dancers. Ook toen hij al lid van het Hof was speelde hij minstens eens per week in 'a string quartet'. Hij kwam ter afsluiting van zijn opleiding terecht op de beroemde Yale-Lawschool.

'There he earned top academic honors, including the editorship of the law journal.'

In Amerika is het lidmaatschap van de redactie van een lawjournal inderdaad voor de rechtenstudent een soort voorwaarde en garantie tevens voor een succesvolle carrière. Deze tijdschriften

staan daar dan ook op een hoog tot zeer hoog niveau al zijn ze wel eens wat overladen. Ze zijn allesbehalve kritiekloos maar de kritiek heeft als ondergrond een gedegen inzicht in de kennis vàn het bestudeerde.

11-2-'72

50. De 'Juvenile Courts' en Fortas (V)

In 1966 waren er in de Verenigde Staten ongeveer 3000 Juvenile Courts maar tot in dat jaar was er nog nooit een zaak van zo'n rechtbank in appèl voor het Supreme Court gekomen. Een der redenen daarvan was een theorie: de jeugdrechtbank was een „parens patriae", het was dus geen rechtbank in de eigenlijke zin des woords, maar een plaatsvervangend ouder. Het werd ook niet als een strafrechtelijk maar als een civielrechtelijk instituut aangemerkt. Maar zoals er ouders zijn, die hun kinderen verwaarlozen en mishandelen, zo was het blijkbaar ook niet alles volmaakt met deze plaatsvervangers. Het eerste geval dat het Supreme Court te behandelen kreeg—in 1966—was dat van de zestienjarige negerjongen Morris Kent. Kent werd verdacht van een 'series of brutal rapes in the district of Columbia'. Hij werd uitvoerig door de politie verhoord en vervolgens door het Juvenile Court in de korste keren „overgedragen" aan het District Court:

'so that Kent could be tried as an adult. This is a frequent procedure in cases in which minors are accused of particular abhorrent crimes.'

Voor deze overdracht plaatsvond had de kinderrechter a.de ouders van Morris niet op de hoogte gesteld van de aanklachten b.geweigerd Morris te horen c.geweigerd diens advocaat te horen en deze inzage te geven in Morris' 'social service record'. Kent werd voor de gewone rechter veroordeeld to *90* jaar gevangenisstraf.

Ik citeer uit Fortas' opinion':

'There is much evidence, that some juvenile courts... lack the personnel, facilities and techniques to perform adequately as representatives of the state in a parens patriae capacity, at least with respect to children charged with law violation. There is evidence, in fact, that there may be grounds for concern that the child receives *the worst of both worlds:* that he gets neither the protections accorded to adults nor the solicitous care and regenerative treatment postulated for children.'

In de zaak Gault (1967) was het niet minder erg. Gault, 15 jaar oud, werd voor zes jaar naar een opvoedingsgesticht gestuurd door de kinderrechter, omdat hij door de telefoon vieze woorden had gebruikt tegen een vrouw.

Ook deze zaak kwam bij het Supreme Court terecht en ook hier speelde Fortas de hoofdrol in de vernieting der beslissing.

Fortas legde in beide zaken ook een directe verbinding tussen de hervorming van het kinderrecht en de 'movement toward racial equality'.

12-2-'72

51. Fair play, maar dan... (VI)

Wat mij in de zaak Morris Kent, die toch niet zo oud is, bijzonder bezighoudt is dit: en àls het nu allemaal door de kinderrechter precies volgens de regels van 'fair play' en 'due process' was afgewikkeld, zou dan misschien de beslissing—90 jaar gevangenisstraf voor een zestienjarige jongen—er ook maar iets aanvaardbaarder door worden?

De bijzonder grote belangstelling, die de hogere gerechten in de Verenigde Staten aan de dag leggen voor 'fair trial' en 'due process' kan zijn grondslag vinden in de meer dan gewone slordigheid van de lagere Amerikaanse rechters op dit punt. Daarvoor zijn wel aanwijzingen te vinden en dat is te verwachten gezien de structuur en de opbouw van de lagere rechtspraak.

Maar zelfs als we aannemen, dat die aandacht haar oorsprong neemt bij:

'a protest against the inquisitorial and manifestly unjust methods of interrogating accused persons, which have long obtained in the continental system" (Brown v. Walker, 1896)

en dùs voortvloeit uit een surplus aan garanties van het in beschuldiging gestelde individu tegenover de moloch: overheid, dan nog valt het op, dat, vervolgens, waar het resultaat van dat faire en keurig gespeelde spel wordt opgemaakt, welhaast onmenselijk strenge straffen uit de bus komen. Is dit misschien een noodzakelijk of toch in ieder geval voor de hand liggend gevolg van een zo fair en keurig proces?

„U hebt alle mogelijkheden gehad voor een zo volmaakt mogelijke verdediging, maar nu U zelfs daarmee een veroordeling niet hebt kunnen ontgaan, krijgt U van ons dan ook de overvolle maat."

Het lijdt voor mij geen twijfel, dat ons strafproces—met name ook in zijn voorbereidingsfasen—juist op dit punt niet deugt; dat er niet alleen te weinig waarborgen zijn voor een fair trial, maar dat wet en rechter niet snel genoeg de regels van fair play overtreden achten en er—als zij dat al eens doen—lang niet steeds de enige afdoende sanctie opzetten, die als reactie daarop kan dienen: dat de verdachte vrij uit gaat. Dat dit veel te maken heeft met een inquisitoire of accusatoire benadering van het strafproces, geloof ik niet. Maar wat daarvan zij, een dergelijke straf als die welke Kent ten

deel viel, komt aan mij en aan de Nederlandse rechters—naar ik zeker meen te weten—over als iets volslagen absurds, als een aanfluiting van recht, óók, geen haar minder zelfs, als zij de uitkomst is van een 'due process'.

13-2-'72

52. Morris Kent naar Nederlands recht (VII)

Een zestienjarige jongen, verdacht van het begaan van een aantal verkrachtingen, kan ook in Nederland, ingevolge art.77*c* van het W. van Strafrecht als een strafrechtelijk volwassene worden beschouwd (hij moet dan de feiten hebben begaan, toen hij al zestien jaar was) indien de rechter „daartoe grond vindt in de ernst van het begane feit en de persoonlijkheid van de dader". Dit gebeurt echter —ook als het ernstige fouten betreft—uiterst zelden.

Wordt hij als volwassene berecht en veroordeeld dan is de *maximum*straf, die de rechter kan opleggen voor verkrachting, meermalen gepleegd: 16 jaar (art.242 jo.57 W.v.Str.) Dit maximum is in de werkelijkheid van onze rechtspleging ook voor dit ernstig geval, volstrekt irreëel, vooral nu het een jongen van 16 betreft.

Wordt een jongen als Kent, gelijk voor de hand ligt, als strafrechtelijk minderjarige gestraft, dan is de maximum-straf zes maanden tuchtschoolplaatsing, terwijl hij bij wege van maatregel, tot hij meerderjarig is, ter beschikking van de regering kan worden gesteld. Het lijkt niet ondenkbaar, dat deze straf gecombineerd met deze maatregel zou worden opgelegd, of althans iets van dien aard, en dat is ongeveer hetzelfde wat Gault in 1967 kreeg, omdat hij een buurvrouw door de telefoon met smerige praatjes lastig viel. Als dit laatste bij ons al onder een strafbepaling valt (ik heb geen zin om het uit te zoeken) zou, zo meen ik, een berisping als die gegeven kon worden het meest te verwachten zijn.

Op gevaar af, dat men zou gaan menen, dat ik van oordeel ben, dat ons kinderrecht voortreffelijk werkt, vermeld ik voorts, dat Kent bij ons, nadat hij in bewaring zou zijn gesteld, in ieder geval een advocaat zou hebben gekregen, en, ook als hij niet in voorlopige hechtenis was genomen, op straffe van nietigheid ter terechtzitting door een advokaat zou moeten zijn bijgestaan (489 Sv). De raadsman èn de ouders of voogden hebben vrije toegang tot de minderjarige gedetineerde, ook mijns inziens als hij slechts in verzekering is gesteld (490 jo 50 Sv). Tijdens het gerechtelijk vooronderzoek worden de ouders opgeroepen om, als zij dat willen, aanwezig te zijn, bij elk verhoor, niet alleen van hun kind, naar ook van getuigen of deskundigen. Tenslotte: de ouders of de voogd van het kind worden tot bijwoning van de terechtzitting opgeroepen en, als zij zijn verschenen, kunnen zij daar zeggen wat ze nodig vinden te zeggen.

14-2-'72

53. Het einde van Fortas (VIII)

Met Abe Fortas liep het slecht af. Op 16 mei 1969 accepteerde president Richard Nixon zijn ontslag-aanvrage. Hij was daarmee de eerste rechter van het Supreme Court of the United States, die onder pressie van de publieke opinie zijn ambt moest neerleggen. Toch was hij de man geweest, die nog geen jaar voordien door Johnson als opvolger van Warren was aangewezen. Die aanwijzing wekte verzet. Voorlopig vooral omdat men bezwaar had tegen een „vriendenbenoeming" door een president, die bovendien weldra zou aftreden en dus een 'lame duck' was. Fortas had de moed om te verschijnen voor de Senate Judiciary Committee. Bij dat verhoor kwam een aantal eclatant extra-judiciële werkzaamheden van Fortas vast te staan. Ook bleek dat Fortas voor een negen-weekse rechten-cursus te Washington 15000 dollar gebeurd had, afkomstig van 5 grote zakenlieden. Hij weigerde nog eens voor het Committee te verschijnen, toen meer belastende verschijnselen bekend werden.

Fortas trok zich als kandidaat voor het ambt van chief-justice terug. Er kwam voorlopig geen nieuwe kandidaat. Fortas bleef als gewoon lid van het Supreme Court rustig doorwerken. Maar op 5 mei 1969 sloeg een nieuwe bom in (misschien ook in Vietnam). In Life verscheen een artikel, waarin werd gesteld, dat Fortas na zijn benoeming 20000 dollar had geïncasseerd van een wat duistere makelaar, die inmiddels in de gevangenis terecht was gekomen wegens geknoei met ongeregistreerde aandelen. Dat geld had Fortas elf maanden later teruggestort. Maar toen Fortas, allesbehalve 'voluntary' in de zin van Arizona v. Miranda zijn ontslag indiende, was ook gebleken, dat hij voor zich en zijn sigaren rokende vrouw, 'if she outlived him' 20000 dollar jaarlijks had bedongen van de Wolfson Foundation (waar de gevangen makelaar zeer nauw mee geliëerd was).

'Judges in their private lives, said Henry, must not only be good, they must manifestly be seen to be good' (Henri Cecil: Sober as a judge, 1958).

Fortas doet mij met veel voorbehouden, meest in zijn voordeel, denken aan Talleyrand. Bijzonder bewonderenswaardig was het privé-gedrag noch van de een noch van de ander. Maar hun eigenlijke werk deden ze allebei bijzonder goed.

Zakelijk gezien was zijn, eerloos en gedwongen aftreden voor de

Amerikaanse rechtspraak geen minder groot verlies dan het met luister omgeven terugtreden van Warren.

Het Warren-Court kwam aan zijn einde omdat Warren aftrad, het kreeg geen natuurlijk vervolg, omdat Fortas, kort na hem, roemloos moest verdwijnen.

15-2-'72

54. Miranda v. Arizona (IX)

Miranda v. Arizona handelt over de grenzen der bevoegdheden van een politionele instantie ten aanzien van een gearresteerde verdachte. Het is een 5-4 beslissing, waarin chief-justice Warren de opinion van de meerderheid heeft vertolkt. Op een arrest, zoals wij dat kennen—zo weinig mogelijk beslissen in zo weinig mogelijk woorden—lijkt het helemaal niet. Men zou eerder van een interessant, maar wat te wijdlopig essay kunnen spreken met 71, deels uitvoerige, voetnoten. Na afweging geef ik de voorkeur aan deze brede motivering met lange uithalen boven de cryptische beknoptheid, die de continentale rechtspraak kenmerkt al beginnen de West-Duitse beslissingen van het Bundesverfassungsgerichtshof de Amerikaanse stijl een beetje over te nemen en is er, de laatste tijd, ook in de civiele rechtspraak van onze Hoge Raad een duidelijke tendens naar uitvoeriger motivering waar te nemen.

Wat is de reikwijdte, tijdens het vooronderzoek, van het rechtsadagium: „nemo tenetur seipsum accusare", niemand behoeft bewijs tegen zich zelf te leveren, dat is het thema van Miranda v. Arizone.

Laat mij de samenvatting citeren, die Warren aan zijn gedetailleerde uiteenzettingen laat vooraf gaan:

'The prosecution may not use statements, *whether exculpatory or inculpatory*', stemming from custodial interrogation of the defendant unless it demonstrates the use of procedural safeguards effective to secure the privilege against self-incrimination. By custodial interrogation we mean questioning initiated by law-enforcement officers after a person has been taken into custody or otherwise deprived of his freedom of action in any significant way. As for the procedural to be employed, unless other fully effective means are devised to inform accused persons of their right of silence and to assure a continuous opportunity to exercise it, *the following measures are required:* Prior to any questioning the person must be warned that he has a right to remain silent, that any statement he does make may be used as evidence against him, and that he has a right to the presence of an attorney, either retained or appointed. The defendant may waive (afstand doen van) effectuation of these rights, provided the waiver is made voluntarily, knowingly and intelligently. If, however, he indicates in any manner and at any stage of the process that he wishes to consult with an attorney before speaking, there can be no questioning. Likewise, if the individual is alone and indicates in any manner, that he does not wish to be interrogated,

the police may not question him. The mere fact, that he may have answered some questions or volunteered some statements on his own does not deprive him of the right to refrain from answering any further inquiries until he has consulted with an attorney and there after consents to be questioned.'

Gelijk bekend heeft bij ons de verdachte niet het recht onmiddellijk voor iedere strafrechtelijke ondervraging de daadwerkelijke bijstand van een advocaat in te roepen. En even bekend is, dat hij wel het recht heeft niet te antwoorden, maar dat door een heilloze wetsverandering, de plicht van de ondervrager om hem op dat recht te wijzen, uit de wet is geschrapt. Ook is bij zwijgen van de verdachte de ondervrager niet verplicht het verhoor en het vragen te beëindigen. Over de mededeling aan verdachte, dat hij niet behoeft te spreken zegt Warren onder meer:

'More-over this warning may serve to make the individual more acutely aware, that he is faced with a phase of the adversary system—that he is not in the presence of persons acting solely in his interest'.

16-2-'72

55. De verdachte heeft het recht: nièt te antwoorden

Van de twee grote mal-jugées (miskleunen, zul je tegenwoordig wel moeten zeggen) op strafrechtelijk terrein: de processen tegen Socrates en Christus, is het laatste—ondanks het viervoudig getuigenis der evangelisten—het moeilijkst te doorgronden.

Was de geseling een „bijkomende" straf, voorafgaande aan de kruisiging (zoals in de 18de eeuw te onzent: radbraken voorafgaande aan onthoofding, zie no.65)? Uit de teksten van Mattheus en Markus zou men het opmaken. Maar Lucas en Johannes geven de ons meer vertrouwde lezing door: het geselen zou geschied zijn als een poging om het volk tevreden te stellen („ik zal hem dus vrijlaten, maar eerst laten geselen", Lucas).

De plaats van Pilatus in het strafproces is ook niet zo duidelijk als vaak wordt gemeend. Is het denkbaar, dat een Romeins magistraat van enige allure eerst uitdrukkelijk de onschuld van verdachte uitspreekt („ik vind geen schuld in hem") en hem even later ter dood veroordeelt? Had Pilatus, die nog een tweede (?) „truc": Jezus of Barabas vergeefs toepaste, wel het *recht* Jezus vrij te spreken tegen de wil van het Joodse volk, als ter terechtzitting aanwezig? Of fungeerde dit volk als een soort jury („wij hebben een wet") die bij acclamatie en voortduring schuldigverklaring en doodstraf *uitsprak*, welk vonnis Pilatus, toen het alle middelen ten spijt gehandhaafd bleef, alleen maar als een feit kon constateren?

De uitzonderlijke soberheid van de lijdensverhalen juist in dit stadium van het proces kan ons geen uitkomst bieden. Wel zou het tenminste formeel-juridisch beslist onjuist zijn de dood van Jezus op rekening van de Joden te schrijven (gelijk steeds gebeurd is) als Pilatus ten volle verantwoordelijk was voor de uitspraak. „Coactus sed voluit." Het staat trouwens te bezien of Pilatus echt iets te vrezen had van de ontevredenheid van het Joodse volk. Zijn vrouw was in ieder geval niet door angst van die zijde bewogen, toen zij—ongetwijfeld onrechtmatig—intervenieerde in het proces.

Vergeleken bij Socrates was Jezus ook een veel moeilijker verdachte. Socrates verdedigde zich afwisselend met warm vuur en koude ironie. Meletus, een der aanklagers, wordt door hem nog tijdens het proces volmaakt voor gek gezet. Hij was geëngageerd. Jezus daarentegen liet het proces, gelaten, soms verveeld, over zich heen gaan. Het proces leek wel niet hèm, maar de mènsheid aan te gaan. Herodes, wiens formele rol in het proces mij ook volstrekt niet duidelijk is geworden, kreeg geen woord uit hem. Dat ergerde de man bovenmate, maar hij kon er blijkbaar geen rechtsmaatrege-

len tegenover zetten. Zwijgen was duidelijk niet „strafbaar" als 'contempt of court'. De man van Nazareth is wel de eerste geweest, die gebruik maakte van het recht van verdachten, bij ons thans omschreven in art.29 lid 1 Sv.

31-3-'72

56. Wat is het duurst: huwen of hokken?

»Vom Beruf unsrer Zeit für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft« in 1814 gepubliceerd door de »königl. Preussische Geheime Oberrevisionsrath enz. Friedrich Carl von Savigny«, is een programmatisch geschrift van historische betekenis voor de „Historische School" en het schijnt, door een overwinning op punten op Thibaut, de belangrijkste reden te zijn geweest waarom het Duitse volk tot 1900 van een civiele codificatie verstoken bleef.

Er staan echter ook een aantal randmededelingen in, die de moeite waard zijn.

Sprekend over huwelijken, die naar de leer van de Code Civil wat de vorm betreft gebrekkig, en dus nietig zijn, somt Savigny de problemen en onzekerheden op, die van zulke formele ongeldigheid, in de wet verankerd, het gevolg zijn en vervolgt dan:

»Aus zwey Gründen aber wird diese Ungewissheit noch besonders hart: erstlich, weil sich in Paris (und wahrscheinlich nicht blosz da) die meisten Armen der Kosten wegen gar nicht trauen lassen, zweytens...«

Kort geleden kwam er op de televisie een beschouwing over: huwen of hokken. Van het huwen werd door het merendeel der aangezochte forumleden weinig goeds gezegd. Wat mij echter in dit verband opviel, was dat van meerdere zijden verwijtend werd opgemerkt, dat de lagere inkomens-groepen zich de weelde van een vrije samenleving „zonder boterbriefje" niet kunnen veroorloven.
14-5-'72

57. Militair strafrecht

Het Wetboek van militair strafrecht dateert van 1903, met belangrijke wijzingen in 1921. Dat wetboek verving de Criminele Wetboeken voor het Krijgsvolk te Water (1814) en te land (1815).

Rond 1900 was de kritiek op die wetboeken zo groot, dat een officieel woordvoerder bij de installatie van Van Bolhuis als nieuwe president van het Hoog Militair Gerechtshof maar ronduit zei, dat er van het militaire strafrecht niets deugde en Van Bolhuis, ter installatie die rede beantwoordend, beaamde in wat milder bewoordingen die vaststelling. Zoiets kan men zich in onze „kritische" tijd amper denken.

Op 30 juni 1900 hield voorts de Nederlandse Juristen Vereniging te Middelburg haar jaarvergadering. Enige preadviezen, uitgebracht over het militair strafrecht, werden daar behandeld. Over de preadviseurs was men niet tevreden, want drie van de vier kwamen uit de militaire beroepssfeer.

Het vraagpunt: moet er—voor tijd van vrede—voor de landmacht een afzonderlijke militaire rechtspraak zijn? werd, waar het gold de berechting van *zuiver militaire delicten* met 39 tegen 20 stemmen *ontkennend* beantwoord, voor wat betreft de *gemengd militaire delicten* ontkennend in de verhouding 50 : 11 en voor commune delicten zelfs met een verhouding 57 : 4. Zelfde stemverhouding was aanwezig waar het ging over de rechtspraak bij de zeemacht.

Wat gebeurde er vervolgens bij de nieuwe wet?

Het Wetboek van militair strafrecht van 1903 bevat zuiver militaire en gemengd-militaire delicten, geen commune. Vastgesteld werd, dat voor commune delicten het algemene wetboek van Strafrecht gold. Maar daar ging het in de vraagstelling voor de NJV en in de algemene kritiek helemaal niet om.

De kritiek richtte zich tegen het feit, dat er in vredestijd militaire *strafrechtspleging*, naast de gewone, voor militairen bestond. En die militaire strafrechtspleging bleef gewoon gehandhaafd in en na 1903 óók voor commune delicten.

Men krijgt de indruk, dat de critici zijn „bedonderd" terwijl ze erbij stonden. De situatie van 1903 en 1921 is in grote trekken nu nog de wettelijk geldige.

De kritiek daarop is dus niet van gisteren.

15-5-'72

58. Het natuurrecht in de praktische politiek

In drie spectaculaire wetgevingsmomenten: afschaffing van de doodstraf, afschaffing van het remplaçantenstelsel met invoering der persoonlijke militaire dienstplicht en: invoering van de leerplicht, kozen de katholieke afgevaardigden in de Tweede Kamer in overgrote meerderheid voor wat ik met overtuiging—maar wel ruimschoots achteraf—de verkeerde kant durf noemen.

De poging om bij gelegenheid van de parlementaire behandeling van het nieuwe Wetboek van Strafrecht, dat in 1886 in werking zou treden, de in 1870 afgeschafte doodstraf weer in te voeren, werd gesteund door de meeste katholieke afgevaardigden, waaronder Schaepman (de bekeerling des Amorie van der Hoeven was tegen) zoals zij in 1870 tègen de afschaffing hadden gestemd.

Alle katholieke afgevaardigden met uitzondering van Schaepman stemden tegen de persoonlijke dienstplicht, voorgesteld in het wetsontwerp van de overigens katholieke minister Bergansius. Vaak werd van de zijde der tegenstanders, die krachtige steun ondervonden van de katholieke pers, aangevoerd, dat de persoonlijke dienstplicht in strijd was met het natuurrecht. Terecht werd daartegen—gelukkig ook van katholieke zijde—opgemerkt, dat zulk een schending van het natuurrecht (hierin bestaande, dat de staat de mensen tot het leven in een bepaalde stand—de militaire—verplichtte) dàn via het remplaçantenstelsel voor zeer velen al jaren lang plaatsvond en dat het wel opvallend was, dat de stem van het natuurrecht zich pas duidelijk hoorbaar maakte, nu de gegoeden dreigden getroffen te worden.

De leerplicht is er in Nederland met de oneven goal doorgekomen, 50-49 (het honderdste kamerlid was van zijn sindsdien beroemde paard gevallen). De katholieken stemden tegen, behalve Schaepman en Kolkman. Als motief voor het tegenstemmen werd veelvuldig aangehaald—ook in de katholieke pers—dat leerplicht in strijd met het natuurrecht was, omdat daardoor een onvervreemdbaar recht van de ouders werd aangetast.

Deze beroepen op het natuurrecht, die volslagen onzinnig waren en ook toen door velen als zodanig werden bestempeld, zijn dès te opmerkelijker omdat zij vallen in een periode, waarin de natuurrechtsleer morsdood was *verklaard.* Windscheid had al gesproken en Bergbohm's dodelijke (maar niet dodende) aanval was van 1892. In het licht van dergelijke dwaze appèllen op het natuurrecht wordt de heftigheid van zijn bestrijders duidelijker. Zelfs als het natuurrecht veel waardevolle zaken binnen het recht heeft tot stand ge-

bracht, en een (minimum)kern aan waarheid bevat, kan men het blijkbaar schromelijk misbruiken.

„De tyrannische schooldwang is met 50 tegen 49 stemmen in onze Tweede Kamer aangenomen. Dat wil zeggen: een mens heeft aan honderdduizenden landgenoten het gevloekte slavenjuk van de leerplicht op de nek getast... Dat is Dr. Schaepman. Diepbedroevend nietwaar..."

Zo schreef indertijd een orthodox Limburgs pastoor in een Limburgs blad.

Inderdaad: diepbedroevend en ook: dom en onlogisch, want het waren er 50 (en ik kan nog een staatsrechtelijk geheim verklappen: de man, die van zijn paard was gevallen, was óók vóór de leerplicht, maar zijn paard had er een broertje dood aan).

20-6-'72

59. Het probleem van de wilsvrijheid voorgoed opgelost

In de 2de druk van zijn »Einführung in die Rechtswissenschaft« (1927) lost dr. Justus Wilhelm Hedemann—gewoon hoogleraar in het burgerlijk recht te Jena—het probleem van determinisme en indeterminisme, dat ook toen al het rechtsleven zo lang verziekt had, op een even vastberaden en beknopte als oorspronkelijke manier op.

»Um die Frage geht ein jahrhundertelanger Streit« (en wel tussen hen, die menen,) »dasz alles im Leben jedes einzelnen Menschen durch Naturgesetze vorher bestimmt (determiniert) sei und dasz niemals ein Punkt komme, an dem aus dem Nichts heraus die freie Wahl des Menschen aufstände; *die anderen* in dem Glaube lebend, dasz auch dem einfältigsten der Menschenkinder ein Spielraum zwischen der Naturgesetzen bleibe, wo es entgegen der Vorbestimmung, entgegen seiner Characteranlage seinen Willen gerade auch nach der entgegengesetzten Seite bewegen könne. *Die letztere Ansicht verdient den Vorzug*«.

Let wel: Hedemann zegt niet: de tweede opvatting is de juiste, maar: zij verdient de voorkeur. Daar kan, denk ik, niemand tegen opponeren want het komt hierop neer: Stel dat U de keus had als mens Uw bestaan zelf te bepalen of dat U moest kiezen voor een mens, die wòrdt bepaald, wat zou U dan kiezen. Ik denk, dat iedere mens, *die kiezen kon*, dan de eerste mens als de enige volwaardige zou kiezen.

Helaas gaat Hedemann dan uitleggen waarom de theorie der wilsvrijheid de voorkeur verdient:

»Nur so offenbart das Strafrecht seine volle Würde. Nur so wird der Vormundschaftsrichter vor einer »Mechanisierung« seiner Aufgaben bewahrt. Nur so erscheint das freie politische Wahlrecht des Staatsbürgers juristische Garantien wert«.

Men ziet het: de vrije wil is nodig om aan een aantal belangrijke rechtsinstituties zin en waarde te geven. Gelukkige tijd, waarin de instituties bepaalden hoe men diende te denken, nl. zò, dat de instituties, die er waren, en zoals zij waren, zich boven iedere kritiek konden stellen!

Of toch niet zo gelukkig? Ik ben er ernstig aan gaan twijfelen toen Justus Hedemann de uiterste consequentie uit deze denktrant niet ontweek in deze wakkere volzin:

»Die Idee, durch gute Gesetze und wackere Richter die Bevölkerung zum Richtigen zu lenken, ist so erhaben, dasz sie um einiges philosophischen Zweifel willen nicht preisgegeben darf« (p.39).

En zou Hedemann toch niet deze, zijn opvatting, als functioneel kunnen verdedigen?
9-7-'72

60. Jaartallen in het recht

Ook voor het recht bestaan er een aantal jaartallen, die onuitwisbaar in ons hart gegrift staan. Wat het burgerlijk recht betreft kan men daarbij bijv. denken aan 1919 (onrechtmatige daad), aan 1926 (natuurlijke verbintenis) aan 1943 (immateriële schade) en 1944 (conversie van nietige rechtshandelingen). Maar eigenlijk heb ik een ander soort jaartallen op het oog. Ik denk allereerst aan dat ver in het verleden verborgen jaar 1189. Slechts wat voor die tijd geschied is, kan, naar Engels recht, tot gewoonterecht uitgroeien. Want het voldoet, dat is zonneklaar, aan de eis, dat het in praktijk werd gebracht 'from time immemorial'.

Voor Frankrijk is volgens Ripert een meer recent jaar minstens zo belangrijk, te weten 1935, want:

«il faut dater de 1935 le debut du désordre juridique» (Le déclin du droit, p.9).

Dat zijn teminste jaartallen, die echte 'landmarks' zijn en omtrent de juistheid waarvan men geen ogenblik kan twijfelen.

En nu het toch over Ripert gaat. Op p.46 van het reeds genoemde—behoorlijk zure, maar wel interessante—boekje, vindt men de navolgende stelling:

«La nullité d'une convention n'est efficacement édictée que si l'une des parties a intérêt à la demander. Les deux contractants peuvent exécuter un contrat nul».

En—zo zou ik eraan toe willen voegen—met het toenemen der contractuele nietigheden (aan het woord nulliteiten heb ik een fysieke hekel) nemen op deze wijze *gerealiseerde* nietige overeenkomsten hand over hand toe. Niet ondanks, maar krachtens de wet. Dat bijzonder belangrijke, maar moeilijk plaatsbare feit plegen juristen te veronachtzamen, o.m. als gevolg van een onjuiste opvatting omtrent de scheiding tussen regelend en dwingend recht.

10-1-'72

61. Jean-Jacques Rousseau en de feiten

De zomer van 1749 was, zo deelt J.-J.Rousseau ons mee, uitzonderlijk warm. Diderot had zich het misnoegen van de Franse machthebbers op de hals gehaald door de publikatie van zijn «Pensées philosophiques», maar zijn daaruit resulterend verblijf in de Donjon was weldra vervangen door een wel gedwongen maar vrij comfortabel logies in het kasteel van Vincennes, waar hij zijn vrienden mocht ontvangen. Daartoe behoorde *toen* Jean-Jacques, muziekcopiïst, uitvinder van een systeem «de nouveaux signes de la musique» (een soort mislukt klavarskribo, geloof ik) en medewerker voor «la partie de la musique» aan de Encyclopédie. Rousseau had op dat tijdstip al onder meer het toneelstuk «Narcisse» op zijn naam staan, maar dat werd pas in 1753 gepubliceerd en het dankt zijn bekendheid niet aan de ronduit vervelende inhoud, maar aan het lang na het stuk zelf geschreven voorwoord.

Bemiddeld was Rousseau niet en hij zou dat nooit worden. De afstand van Parijs, waar hij verbleef, tot Vincennes bedroeg ongeveer 3 km. Hij bezocht Diderot regelmatig, wellicht zelfs dagelijks, maar geld voor een rijtuig kon er niet af. Ging niet een ander, die wel tot zo'n uitgave in staat was, mee dan *liep* Rousseau dus, en omdat hij erg gesteld was (toen) op Diderot liep hij snèl, zò snel, dat hij, *bij deze hitte*, onderweg vaak, uitgeput, rust moest nemen («je m'étendais par terre n'en pouvant plus»). Op die manier duurde de tocht toch nog lang en daarom verzon hij er iets op, waardoor hij zichzelf dwong niet zo hard te lopen. Het middel was: onder het lopen lezen.

Zo kwam hij op zekere dag, op weg naar Vincennes, de «Mercure de France» te lezen, waarin de prijsvraag voor het volgend jaar stond aangekondigd:

«Si le progrès des sciences et des arts a contribué à corrompre ou à épurer les moeurs» (zo vermeldt R. de omschrijving in zijn: «Confessions»; de werkelijke was: «si le rétablissement des sciences et des arts a contribué à épurer les moeurs»).

Saulus op weg naar Tarsus!

«À l'instant de cette lecture je vis un autre univers et je devins un autre homme».

Maar in de visie van de oude Rousseau was wat hem toen, als 37-

jarige, overkwam een bekering tot de ondergang. Hij besloot, aangespoord door Diderot, om mee te dingen en, zo zegt hij later: «dès cet instant je fus perdu». Het onontkoombare gevolg van «cet instant d'égarement» zal zich weerspiegelen in «tout le reste de ma vie et de mes malheurs».

Het schitterend pathos, waarmee Rousseau in «Les Confessions» deze dingen registreert, laat de vaststelling, dat het in oktober, ook in het Parijs van toen, niet broeiheet kan zijn geweest, wat kleinzielig lijken, maar de «Mercure», waarin de prijsvraag stond aangekondigd, was nu eenmaal van oktober.

Rousseau echter is mijn kritiek al voor door het citaat uit Ovidius, dat hij aan zijn eerste «Discours» vooraf liet gaan:

„Barbarus hic ego sum quia non intelligor illi(s)."

21-1-'72

62. Taal-analyse en de Staatscourant

„Wil de rechterlijke macht in de toekomst opgewassen blijven tegen de steeds hogere eisen, die aan haar worden gesteld, dan zal een grondige herziening van de wetgeving, waarin haar organisatie geregeld is, moeten plaatsvinden. Daarbij zal onder meer moeten worden onderzocht of de thans bestaande hoofdlijnen van de rechterlijke organisatie behouden moeten blijven dan wel wijziging behoeven." (Nederlandse Staatscourant van 29 december 1971.)

Dit bericht zal van weinigen de nachtrust verstoord hebben, al is het belangrijk. Maar een taal-analist zou er toch wel een uurtje van wakker kunnen liggen met de martelende gedachte in zijn achterhoofd, dat het misschien wel onzin is, want:

1. *grondige* herziening *is* nodig om de rechterlijke macht in de toekomst goed te laten functioneren.
2. er moet een onderzoek worden ingesteld *of* grondige herziening nodig is (behoud dan wel wijziging van de hoofdlijnen).

Dat is niet concludent en zelfs contra-dictoir. Het schakelwoord „daarbij" verbindt niet echt.

Hoe komt zo'n vreemd bericht in deze vreemde wereld terecht? En dat al meer dan veertien dagen zonder kritiek en zonder oprichting van een actie-groep tegen taal-vervuiling (die lekker geen pornografie is)?

De oorzaak ligt wel in de meerzinnigheid van het woord: herziening. In de tweede zin *moet* het betekenen: het proces van bestudering, van kritische afweging en waardering. In de eerste zin kan het die betekenis niet hebben, want de taak om „opgewassen te blijven" kan niet bereikt worden enkel door *bestudering* van en *kritiek* op de bestaande hoofdlijnen van de rechterlijke organisatie. Daar betekent herziening: het resultaat van de bestudering, voorzover dat wijziging inhoudt, kortweg: verandering. Er staat dus: dat de wettelijke organisatie van de rechterlijke macht grondig veranderd moet worden *en* dat bestudeerd moet worden of die organisatie al dan niet veranderd moet worden. Taalkundig is dat inderdaad onzin. Politiek gezien misschien niet. Stelt de commissie straks géén grondige herzieningen voor, dan „geldt" de tweede zin. Doet zij dat wèl, dan heeft zij de opdracht, in de eerste zin vermeld, vervuld.

Politiek beschouwd, kan het dus nooit mislopen.

19-1-'72

63. De grondwet als persoonlijke hobby

In 1971 verscheen een boekwerk: De constitutie der Nederlanders, een voorstel tot wijziging, van de hand van dr.H.Th.Ambagtsheer. De schrijver, geboren in 1922, is adjunct-directeur van de Stichting Nederlandse Middenstands Spaarbank en van huis uit econoom. Hij bespreekt de huidige grondwet kritisch en stelt vervolgens een concept-grondwet op, „zo voor het vaderland neergezet".

Het vaderland mag dankbaar, zij het niet »ruhig« zijn, na deze prestatie.

Artikel één van de Grondwet wordt in oude lezing aangehaald (p.8).

Op p.16 wordt beweerd, dat in de USA opperste rechters het *wetgevend* beleid van de *president* aan de grondwet toetsen. De Raad van State is „belast met de uitspraak over een reeks van administratiefrechtelijke geschillen" (p.25). Buiten deze administratieve rechtspraak om is zijn taak van adviserend en voorlichtend karakter (p.26).

Artikel 86 lid 2, luidende: „Hij benoemt ministers en ontslaat hen naar welgevallen", wordt bij Ambagtsheer, dat de Koning naar welgevallen ministers benoemt en ontslaat (p.26).

De constructieve problemen waarvoor de schrijver zich zelf plaatst zijn echter van veel ingrijpender aard:

„Kan afgezien worden van de verpersoonlijking van het continue staatsgezag en overgegaan worden tot de vervanging daarvan door een ornament"? (p.16).

Dit moet men zich aldus voorstellen:

„Stel dat men een hier of daar geplaatste vlag beschouwt als het nationale relikwie en de minister-president verplicht om daar op gezette tijden zijn eerbied te bewijzen" (p.15).

In de Verenigde Staten gaat het volgens A. al praktisch zo. De Olympische spelen lijken mij een nog sterker voorbeeld. Toch kiest de auteur uiteindelijk voor de persoonlijke koning. De beloning van de koning kan ietwat „vrijmoedig" als een soort aannemingssom worden gezien (p. 20).

Nog drie artikelen uit de nieuwe grondwet van dr. Ambagtsheer:

19.: Zo een vrouw tot de Kroon geroepen is, wordt daar waar Koning staat gelezen als Koningin.

31.: De Koning beslist in geschillen in welker beslechting door de wet niet is voorzien.

67.: Tot de taken van de Raad van State of van een afdeling van die Raad kan behoren de uitspraak over geschillen.

22-1-'72

64. Doodvonnissen in de ochtend s.v.p.

In de veertiende van zijn «Lettres Provinciales» polemiseert Pascal tegen de casuïsten van jezuietische huize, die verdedigen, dat men, in geweten, iemand mag doden, omdat hij U in het gezicht heeft geslagen.

Daarbij verstrekt hij de volgende gegevens over de burgerlijke rechtspraak, die met betrekking tot het uitspreken van doodvonnissen heel wat omzichtiger te werk gaat:

«Non, mes Pères, la vie des hommes est trop importante... les lois ne l'ont pas soumise à toutes sortes de personnes, mais seulement aux juges, dont on a examiné la probité et la suffisance. Et croyez vous qu'un seul suffise pour condamner un homme à mort? Il en faut sept pour le moins, mes Pères. Il faut que de ces sept, il n'y en ait aucun qui ait offensé par le criminel, de peur que la passion n'altère ou ne corrompe son jugement. Et vous savez, mes Pères, qu'afin que leur esprit soit aussi plus pur, on observe encore de donner les heures de matin à ces functions».

De «Lettres Provinciales» zijn ook voor de jurist onmisbare studiestof. Ze gaan van a tot z over interpretatie van normen. Pascal weert zich als een duivel tegen al die Pères, die hij met naam en boek noemt.

Maar de nicht van Pascal, Marguérite Pèrier, tekende uit zijn mond de navolgende onsterfelijke verklaring dienaangaande op:

«On me demande, si j'ai lu moimême tous les livres que j'ai cités. *Je réponde que non*, certainement il aurait fallu que j'eusse passé ma vie à lire de très mauvais livres».

24-1-'72

65. Rechtspraak en advocatuur in de achttiende eeuw

Uit: Van Bijnkershoek: „Observationes Tumultuariae" (lawaaierige constateringen), editie Meijers.

Deel II, no.1347, p.829:

Titius vermaakte zijn kleindochter een legaat van *f* 300 voor haar begrafenis. De kleindochter vroeg den Hoge Raad, dat deze dengenen, die 't geld onder zich had, zou gelasten haar 100 gld uit te keren voor haar levensonderhoud, want dat het restant (*f* 200) genoeg was voor haar begrafenis. De Hoge Raad weigerde dit op 8 mei 1717.

Deel II, no.1386, p.849:

Een vader, die uit de vruchten van een erfenisje zijn kinderen moest grootbrengen, verzocht, toen die vruchten niet toereikend ervoor bleken te zijn om 400 gulden van het kapitaal te mogen aanspreken en daarmede een reeds voor het onderhoud der kinderen aangegane schuld te betalen.

Dit verzoek werd voor *f* 300 toegestaan, hoewel het in strijd was met een testament, maar als het geweigerd werd zouden de kinderen onder de armvoogden komen en deze zouden de kinderen niet willen verzorgen zolang ze nog geld hadden.

Deel II, no.1401, p.857:

In een zaak konden maar vijf der raadsheren zitten. De anderen waren uitgesloten door bloed- of aanverwantschap met een der partijen. Laatstgenoemden vonden goed, dat er met vijf werd geoordeeld.

Deel II, no.1442, p.878:

Een beruchte dief, na zonder resultaat gepijnigd te zijn, werd door schepenen van Amsterdam in ordinair proces ontvangen en toen veroordeeld om geradbraakt te worden en, een half uur nadat dit zou zijn geschied, onthoofd.

In appèl voor het Hof krijgt hij twee advokaten en een prokureur toegewezen, die echter na onderzoek verklaren hem niet te kunnen verdedigen, daar hij huns inziens terecht is veroordeeld, terwijl de door hen afgelegde eed het hun onmogelijk maakte deze rechtsbijstand te verleenen.

26-1-'72

66. De beginselen en het hek

„Principiis obsta", wordt—geloof ik—meestal vertaald met: „weersta in den beginne". Nu betekent dat echter weinig voor wie later toch door de knieën gaat en een realistischer vertaling lijkt mij dan ook: verzet je met beginselen. Dat is namelijk wat steeds opnieuw gebeurt: deze eerste stap, zo heet het, is niet zo erg, òf—op zich—niet verkeerd òf—apart beschouwd—zelfs wel goed, maar als één stap in die richting gezet wordt, waarom dan geen vijf en twintig? Het antwoord daarop lijkt mij eenvoudig: omdat het vier en twintig stappen méér is. Het is niet onverstandig twee stappen naar voren te doen om de juiste situatie van de afgrond vóór ons, beter te verkennen en zich daartegen te beveiligen. Maar daarom is het nog niet vanzelfsprekend dat nòg twee van zulke stappen volgen, die ons over de rand van de afgrond heen voeren naar een dodelijke val in het ravijn.

Op het recht betrokken: ìs dan gebleken, dat „principiële" aanvaarding van: de actie uit ongerechtvaardigde verrijking, van het leerstuk van misbruik van recht, van de conversie van nietige rechtshandelingen geleid heeft tot die vier en twintig andere stappen, die rechtszekerheid, bescherming van de eigendom en wat dies meer zij, tot loze begrippen hebben gemaakt? In veel gevallen had—naar veler mening—de tweede stap al best gezet kunnen worden!

En—ander voorbeeld—wàs „het hek van de dam" toen de Hoge Raad in 1947 in een exuberant geval (*f* 50 000 boete, opgelegd door de Bossche Rechtbank wegens bewezen verkoop van 20 sigaretten Gold Flake à *f* 0.40 per stuk—wat te hoog was—) het vonnis casseerde op grond van deze strafmaat? (Uit de ernst van dìt feit kon dèze strafoplegging die, dat vergat ik, gepaard ging met twee forse bijkomende straffen, niet volgen.

Welnu, als het hek, thans 25 jaar later, niet dicht zit, dan is het kiertje toch bijna onzichtbaar.

16-1-'72

67. Analytische en/of functionele rechtsleer

'Perhaps the most significant advance in the modern science of law is the change from the analytical to the functional attitude', aldus Roscoe Pound, door mij geciteerd bij Cardozo, 'The nature of the judicial process', 17e druk, p.73.

Als dat zo is dan is de thans zo vurig voorgestane functioneel-analytische 'attitude', ofwel rampzalig ofwel de chaos ten top.

Natuurlijk mag ik deze goedkope opmerking niet maken, want een analyse in functionele zin van de woorden 'analytical', en „analytische" in de beide contexten maakt zonneklaar, dat Pound tóén iets heel anders bedoelde als onder meer Ter Heide nù.

Alleen: het blijft vervelend en een voorwerp van aanhoudende zorg, dat ook in deze functioneel-analytische tijd de methoden om spraakverwarring en schijn-doublures te voorkomen toch blijven afspringen op de armzaligheid van de taal en de onmacht van die haar als wapen meevoeren.

3-2-'72

68. Rechtsvinding inzake abortus

'The Cheyenne Way' van Llewellyn en Hoebel (1941) is een beroemd boek over 'Conflict and case-law in primitive society'.

Een van de gevallen wordt als volgt weergegeven:

'Somebody found an aborted fetus in the vicinity of the camp... They believed that the fetus was that of a Cheyenne, but nothing was known about it... the society-announcer was sent to broadcast the order of the soldiers for all women to assemble in public... The women were ordered to expose their breasts for inspection. The soldier chiefs looked closely at each one to note lactation enlargements of the breasts as a sign of recent pregnancy. One girl showed symptoms, and she was charged with the crime, judged guilty and banished from the tribe...'

De auteurs tekenen hierbij aan, dat er drie opvallende zaken zijn te noteren. De eerste daarvan vermeld ik, omdat zij in de huidige controverse omtrent de geoorloofdheid van abortus de moeite waard lijkt,:

'... the unborn child had tribal status and insofar a legal personality; abortion, too, was murder, which tainted the tribal medicine.'

Dit geval moet zich hebben afgespeeld rond 1860. Llewellyn en Hoebel gewagen van

'the Cheyenne elasticity: a technique was ingeniously invented to meet the situation.'

Wat mij nog meer opvalt is, dàt deze primitieve stam hierin een 'situation' onderkende, die zonder omwegen als 'murder' werd beschouwd. Al beslecht dit het huidige pleit niet, het geeft toch „denkensstof".

2-1-'72

69. Actualiteiten uit 1889

Het Weekblad voor het Recht, jaargang 1889, bevat een aantal uitspraken, die hun actualiteit ook nu nog niet hebben verloren.

No.5659 opent met een redactioneel artikel bij het 50-jarig bestaan van het Weekblad, waaruit ik citeer:

„De rechtspraak is de viva vox juris, of als gij een meer moderne uitdrukking verkiest, het recht in actie."

In: *no.5663* bespreekt A.T.d.M. de dissertatie van een zekere P.J. Troelstra, handelend over artikel 165 Sv.(oud). De geleerde recensent is er maar matig mee ingenomen doch besluit bemoedigend:

„Het door de schrijver gekozen onderwerp moge niet ingewikkeld zijn, wij willen gaarne hem den lof toezwaaien, dat hij door zijn proefschrift getoond heeft het met ijver te hebben bestudeerd."

No.5669 laat even Modderman aan het woord:

„De ware gelijkheid bestaat in het ongelijk behandelen van ongelijke individuen."

No.5677 bevat de bespreking van een uitgave bij gelegenheid van het 50-jarig bestaan van het Leids Studentencorps:

„Één punt is er waarover wij het met de geachte student-auteur niet eens zijn. Het is de feitelijke herleving van het naar onze opvatting met de wetten van het Corps van 1839 volgens haar historische opvatting onbestaanbare groenwezen."

In: *no.5682* tenslotte (maar het is maar een keuze) doet Levy de navolgende uitspraak:

„Het strafrecht zal zijn plaats als onderdeel der rechtswetenschap behouden voorzeker, doch in nauwe aansluiting der slotsommen der psychiatrische en sociologische wetenschappen."

4-1-'72

70. Vrijheid, gelijkheid en broederschap

'Liberty, equality, fraternity' is de titel van het boek, dat de zwartgallige, Engelse rechter James Fitzjames Stephen in 1873 schreef ter weerlegging van J.Stuart Mill's beroemde essay: 'On liberty' (1859).

'He lacked geniality', zegt R.J.White in het voorwoord van een herdruk uit 1967.

Dat zal wel zo zijn. Maar zèlfs daaraan toegevoegd dat hij aartsreactionnaire stellingen étaleerde, en dat ik het niet klaarspeel maar één van de ruim 250 pagina's van zijn boek met ongedeelde instemming te lezen, het feit blijft staan, dat deze schrijver zijn lezers in hoge mate blijft boeien (tenminste als het onderwerp de lezers boeit).

Dit ideaal van Somerset Maugham: de lezer nooit te vervelen, is in heden en verleden maar voor heel weinig juridische schrijvers, hoe belangrijk ook, weggelegd geweest. Ik hoef maar op Austin te wijzen, die, gemeten naar de maatstaven van R.J.White, waarschijnlijk wel geniaal was.

Gray zegt van hem:

'His style is inexpressibly wearisome. He himself once expressed a doubt whether his love letters were not written in the fashion of an equity draughtsman...'

Eén citaat, méér kan er niet op de achterkant. Stephen wil bewijzen, dat echte zelfverloochening (self-sacrifice) ondenkbaar, ja onmenselijk is:

'If a mother were cruelly to murder a child, whom she idolised and whom she had a thousand special reasons for cherishing with peculiar tenderness and no motive whatever for injuring,

if she firmly believed all the while that, in doing so she was acting most wickedly and in the manner which would assuredly be punished by her own eternal damnation,

and which would ensure the eternal damnation of the child as well, and lastly if she had absolutely no reason whatever for so acting, she would perform an act of absolute self-sacrifice.

I say that the occurrence of such an act is an impossibility' (p.234).

7-1-'72

71. De eeuwige crisis

In „DE XXE EEUW", maandschrift onder hoofdredactie van Lodewijk van Deyssel, verscheen in de afleveringen van oktober en november 1907 een artikel van Johan van Gülick: „Krisis in het Katholicisme". Een naschrift van 20 september 1907 vermeldt de verschijning van de Encycliek van Pius X „Pascendi Domini gregem", over de dwalingen der modernisten.

„Door dit dokument wordt alle vrijheid van denken bij de katholieken vernietigd. Het is een wanhoopsdaad van de kurie. Mijn artikel moge beschouwd als een kommentaar op dit stuk: „De waarheid groeit hoe meer ze onderdrukt wordt".

Enkele citaten uit het artikel zelf:

Pag.2: Bij deze studie moet men evenwel het wetensonderscheid goed in 't oog blijven houden, dat er bestaat tussen de katholieke kerk, het katholieke christendom en de histories beperkte en histories gewordene roomse curie.

Pag.11: De aktuele katholieke krisis is geheel en al gericht... naar een nieuwe opvatting van de rol van de autoriteit.

Pag.12: 't Is in de Kerk als in de familie. Een vader spreekt zijn zoon van twintig jaar niet op dezelfde manier aan als 'n bambino van vier of 'n jongen van dertien. «Pour les juristes l'autorité paternelle est une notion massive, tout d'une pièce, de même que pour le théologien l'autorité classique». Maar dat is het werkelijke leven niet.

Pag.15: De jonge katholieken zijn méér katholiek dan hun vaderen, ze omvatten een grotere katholiciteit.

Pag.19: Wij staan voor het feit, dat de eeuwgeest thans naar de katholieke kerk heenwijst als naar de grootste vijandin van de moderne kultuur, die de vooruitgang tegenhoudt...

5-1-'72

72. Tijdverdrijf, tijdens ziekte, van genieën

»Während meines Unwohlseins hatte ich Hegel von Anfang bis Ende, samt der meisten seiner Schüler kennen gelernt.«

Een dergelijke opmerking herinnert mij aan wat F.Polak „tot waarschuwing, verontschuldiging en dankbetuiging" liet voorafgaan aan zijn boek in twee delen van 670 grote, heel klein bedrukte pagina's, „De toekomst is verleden tijd":

„Dit werk werd achtereen neergeschreven in de maanden van juli tot december 1953, toen ik wegens overwerkt zijn tot een ziekteverlof *en tot niets doen* was veroordeeld."

Het „zich verdiepen in andermans ingewikkelde gedachtengangen" was immers in die situatie te vermoeiend.

Wij hebben hier met twee de gewone mens deprimerende genieën te doen, dat is zonneklaar.

Ten voordele van het eerste genie moet daarbij gezegd worden, dat het van zijn prestatie, die van een gewoon intellectueel een leven of iets meer zou vergen, in een persoonlijke brief aan zijn vader verslag doet, welke brief ons slechts onder ogen kon komen, omdat dat het lot is, voorbehouden aan brieven van genieën.

Het citaat is uit een brief van de 19-jarige Marx aan zijn vader. (Ik zeg er niet bij: gelijk bekend, want ik wist het een jaar geleden ook niet, en zelfrespect is in deze tijd onmisbaar.)

Toch is het wat vreemd, dat even tevoren in deze, bijzonder hartelijke brief te lezen valt de beroemde, maar wat tegenstrijdige volzin:

»Ich hatte *Fragmente* der Hegelschen Philosophie gelesen, deren groteske Felsenmelodie mich nicht behagte.«

Wellicht echter is zo'n lange brief in afleveringen geschreven.
1-5-'72

73. Universiteit en recht

Op een vergadering van de senaat der katholieke universiteit te Nijmegen, bijgewoond door hooguit 25% van de leden dier senaat (de 'policy-making men altogether' plus een paar onnozele halzen) op die vergadering, die voortvarend geleid wordt door een jurist, wordt met vrij grote meerderheid besloten, dat het quorum van 35%, dat iedere geleding moet opbrengen om recht te hebben op volledige vertegenwoordiging, voor de studenten *niet* moet worden verlaagd.

Aan de orde komt ook een voorgesteld art.13c van de statuten. Het eerste lid daarvan stelt vast, dat de vergaderingen van raden in beginsel openbaar zijn. Lid 2: Een raad kan ten aanzien van bepaalde vergaderingen of onderdelen daarvan besluiten, dat zij besloten worden gehouden. Het besluit daartoe wordt in besloten vergadering genomen...

Een senaatslid uit de bêta-richting heeft met de tweede zin van lid 2 moeite en zegt, dat het eigenlijk niet kan. Als hij persisteert, krijgt hij de kort-affe opmerking van de voorzitter te verwerken, dat hij straks wel zal merken, dat het wèl kan.

De man heeft zonder enige twijfel gelijk. Hij raakt het probleem van de Grundnorm, dat Kelsen zo dwars zat. Uitgaande van het beginsel: de vergaderingen zijn openbaar, kan een besloten vergadering slechts aanvangen vanuit een openbare vergadering. Niemand heeft de bevoegdheid een vergadering te sluiten vóór de raad, in het openbaar beraadslagend, dat besluit genomen heeft. Enfin, de in elkaar passende blokkendozen enz.

Het probleem kan slechts worden opgelost door een a-demokratische machtsverlening, bijv. aan de voorzitter die de vergadering mag (of moet) sluiten als er over (verdere) beslotenheid moet worden beslist. Aldus lost onze Grondwet het probleem dan ook op in art.111 lid 2 inzake vergaderingen der Kamers.

Het vreemde is echter, dat juristen, die met het soort redeneringen als dat van de bêta-man regelmatig te maken krijgen en er druk gebruik van maken in de puur-technische rechtsmaterie, geïrriteerd worden als blijkt, dat deze, hun denkwijze, algemene geldigheid en bekendheid gaat verkrijgen.

Steekt daar toch wat anders achter?

19-5-'72

74. Het rechtsgeleerde tranendal van Jozef Esser

Op p.71 van zijn: »Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung«, zet Jozef Esser uiteen, dat rechtspraak wel meest wordt voorgesteld (nog steeds) als wetstoepassing, maar dat de juistheid van die voorstelling een viertal vèrgaande simplificaties vooronderstelt zonder welke het proces der rechtspraak *niet* in deze simpele matrijs gegoten kan worden: men gaat er dan immers van uit

a. dat de norm duidelijk is of via interpretatie duidelijk wordt;
b. dat de bijzonderheden van het conflictsgeval naar de norm heenwijzen en omgekeerd;
c. dat norm en geval binnen een syllogisme kunnen worden gevat;
d. dat de norm in haar toepassing haar karakter van ordening der materie duidelijk kan laten uitkomen.

Daar een zo simpel patroon niet vaak gereed ligt, komt er bij de rechtspraak nog wel wat anders kijken dan door het begrip: toepassing, wordt aangeduid.

Men zou kunnen menen, dat het voorgaande niet precies opzienbarend nieuws is, maar het kost (mij) niet geringe moeite deze »Binsenwahrheiten« uit de tekst los te weken. Op die ene pagina treft men onder meer de volgende abstracties, een of meermalen aan:

»NORMGEBILDE, EINORDNUNG, RECHTSERKENNTNISSAKTE, REGELUNGSMUSTER, REGELUNGSGEHALT, REGELUNGSWEISUNG, WEISUNGSSATZ, RECHTSANWENDUNG, NORMANWENDUNGSAKT, RECHTSANWENDUNGSLEHR, TATBESTANDMERKMAL, SACHVERHALTSRELEVANZ, NORMSINN, TATSACHENBEGRIFF, ORDNUNGSZIEL, PROBLEMEIGENART, SACHVERHALT, ANWENDUNGSDENKEN, LEITSATZ.«

Al deze bleke begrippen worden samengestuwd en ondergebracht in bleke zinnen, waarin nooit de zon van een puntige, frivole, geestige of zelfs maar concrete formulering heen breekt door de al dichter wordende mist van woorden, alsmaar woorden. Nee, Esser is, óók in dit nieuwe boek, voor mij *straf*werk, zoals Larenz wèrk en, als we het Duits houden, Von Jhering genoegen is. Maar als niet meer zo jonge inwoner van een land, waarvan vroeger de bewoners bekend stonden om hun puriteins-calvinistische inslag, besteed ik mijn tijd niet alleen voor het merendeel aan strafwerk (hoe bleef anders de wereld een tranendal?) maar ben ik bovendien er nog wel toe bereid de belangrijkheid van deze auteurs *voor heden*

omgekeerd evenredig te waarderen aan hun genietbaarheid. Maar voor *zijn* tijd moet Von Jhering meer betekend hebben dan Esser voor de onze. Doodeenvoudig, omdat een mens lui—minstens niet altijd barstend van energie is—en er dus een hekel aan heeft na lezing van elke zin zich te moeten afvragen: hè, wat heb ik nu weer niet begrepen. Vooral, als het bij nader inzien iets doodgewoons is.
14-6-'72

75. De rechter en zijn gehoor

In de bundel: «Le raisonnement juridique» (1971), die een groot aantal artikelen bevat, welke op het wereldcongres voor rechts- en sociaalfilosofie te Brussel onderwerp van gesprek uitmaakten, wordt nogal vaak Perelman's begrip: „auditorium" als wezenlijk voor de zinvolle juridische argumentering overgenomen. Zo bijv. door Edmund Pincoffs van de universiteit van Texas in 'The audiences of the judge'.

Als ik het artikel een beetje ontluisterend, immers ontdaan van „wijsgerige ballast" samenvat, komt er het volgende uit: de *straf*rechter, die een vonnis wijst dient tot zijn gehoor te rekenen: de juristen uit het rechtsbedrijf (legal audience), de betrokken procespartij(en) (audience of litigants) en degenen die in meer verwijderd verband dan de 'litigants' betrokken zijn bij de beslissing (who 'will indirectly stand to gain or lose by the impact of the decision'). Dit heet: the general audience.

The legal audience eist van de rechterlijke beslissing: 'consistency', wat met „consequentheid binnen het systeem" misschien het minst slecht omschreven wordt; de rechtstreeks betrokkenen eisen: fairness en the general audience wenst van de beslissing: 'utility'. In het vonnis en zijn motivering moeten deze verschillende auditoria hun uiteenlopende eisen ingewilligd zien, wil voor elk dezer groepen dat vonnis *overtuigend* zijn. Maar, nu juist in het strafrecht, kunnen die eisen vaak volmaakt onverenigbaar zijn. De oplossing is dan niet: te doen alsof er maar één gehoor is.

'Theories, which hold that the judge must be guided solely by "utility" or "policy"-theories according to which the judge is a disguised legislator, theories which picture the judge as a researcher of law above law, theories which reduce the judge to a social worker' worden in deze visie van Pincoffs onmiddellijk suspect. Maar hoe moet de rechter bij conflicterende eisen der auditoria dan toch tot een beslissing komen, die alle auditoria aanspreekt? Als hierop een verlossend antwoord werd gegeven, zou Pincoff alle Nobèlprijzen van het hele jaar waard zijn. Mijns inziens is het antwoord echter zéér *on*bevredigend:

'he will have to be adept at identifying their legimate interests and speaking to them'.

Als dit betekent, dat de rechter de eisen van de verschillende audi-

toria moet onderkennen en over de eisen van die auditoria in zijn vonnis moet spreken, dan is er nog niets wezenlijks opgelost (al heb ik wel eens iemand horen zeggen, dat hij een proces verloren had, maar dat er tenminste over zijn argumenten in het vonnis iets werd gezegd). Het kan wel een beter verkoopbaar vonnis zijn, waarin de eisen van iedere groep van de auditoria zijn onderkend, maar voor zover men ze vervolgens niet inwilligt (hoewel ze: legitimate zijn) en dàt omdat men twee of drie tegenstrijdige eisen niet gelijktijdig kan inwilligen, is de eigenlijke moeilijkheid binnen de beslissing overeind gebleven. Ik denk, dat hier de vinger is gelegd op een zere plek van nog conflictuelere aard: in onze maatschappij zal voor-alsnog de strafrechter zijn taak moeten blijven vervullen, met, meer dan wie ook, in het achterhoofd de martelende gedachte, dat hij ze nooit geheel goed kan vervullen.
13-6-'72

76. De actio popularis

Mr.H.van de Brink heeft in 1956 een bekroond antwoord gegeven op de prijsvraag, uitgeschreven door het Bestuur van de Stichting Hartmans' Tijdschrift Fonds: „Hoe zijn burgerrechtelijke geschillen, waarin de gemeente betrokken is, door haar tot oplossing te brengen?"

Het is, naar mijn gevoelen, een wat rare vraagstelling, die voorbijgaat aan het feit, dat uiteindelijk het „tot oplossing brengen van burgerrechtelijke geschillen" eer thuishoort bij een rechter dan bij de als betrokkene belanghebbende gemeente, die vaak zelfs partij in het geschil zal zijn.

Maar wat mij in de publikatie van Van de Brink boeide was de ruime aandacht, die hij besteedde aan art.177 lid 3 van de Gemeentewet, de zgn. actio popularis, pp.50-54. Ik kende deze bepaling niet. Ik zocht haar inhoud op:

Elke ingezetenene kan, daartoe volgens art.228 gemachtigd, te zijnen laste namens de gemeente een eisch in rechten doen, die volgens zijne meening door de gemeenteraad in het belang der gemeente behoorde te zijn gedaan.

Van de Brink zegt hierover o.m.:

„Deze figuur, uit het Franse recht overgenomen, is een uitzonderlijke; niet alleen wordt hier afgeweken van de algemene lijnen van het gemeenterecht, maar van het gehele bestuurs- en staatsrecht tevens."

In deze eeuw is, voorzover ik kon nagaan, de actie niet toegepast, wel in de vorige (die slome). Zie: HR 18 maart 1853 W.1473 en HR 3 oktober 1860, Gemeentestem no.478. Maar wat niet is, zal weldra komen, zo meende ik vol onverwacht en misplaatst jeugdig vuur. Welk een onvermoede mogelijkheden tot rechtreekse, beslissende inspraak der individuele betrokkenen (ingezetenen) komen hier oplichten. De gemeente zòu zich moeten verzetten tegen de vestiging op haar grondgebied van die vervuilende industrie. Zij doet het niet. Welnu dan kan iedere Jan Jansen uit de Dorpsstraat van die gemeente namens de gemeente daartoe in rechten optreden. Ik ga er nu natuurlijk van uit, dat Gedeputeerde Staten de machtiging aan Jansen verlenen als ware hij de gemeente zelf en niet na zich te hebben vereenzelvigd met het stilzittende gemeentebestuur. Maar tot mijn verbijstering zie ik dan dat art.177 lid 3 Gemeentewet is vervallen bij de wet van 15 dec. 1966 (Stb.564).

Ik kan mij niet herinneren, dat dit feit de publiciteit heeft weten

te bereiken. Het is niettemin een wonderlijke zaak. Meer dan een eeuw blijft zo'n bepaling van kracht zonder dat ze wordt toegepast; als ze van direct en algemeen erkend belang wordt, blijkt ze plotseling afgeschaft.

4-2-'72

77. Recht en onverschilligheid of: anarchie binnen de orde

Het Picus-, het Sio- en het Traffic arrest, een bindend advies van mr.Smits, oud lid van de Hoge Raad, en een van de Eindhovense advocaat mr.Depla, gepubliceerd in NJ 1972, no.217, manifesteren voor mij de grenzeloze verwarring (uitmondend in anarchie) die ontstaat als binnen de binnenste kern van ons laat-financieel-kapitalistisch systeem, de zaken mislopen.

Het lijdt geen twijfel, dat er in Nederland en elders heel wat, wèl-geklede, goed doorvoede, luxueus gehuisveste, zich in snelle auto's verplaatsende en overigens best keurige mensen „rondlopen", die „hun bedrijfsmateriaal" niet enkel voor de uitoefening van hun bedrijf bezigen, maar het ook twee of driemaal—te gelijker tijd—in eigendom als zekerheid hebben verstrekt aan leveranciers, bankiers, veredelaars, transporteurs etc, teneinde aldus krediet te verkrijgen of geld om te leven als boven vermeld.

En dat „loopt" allemaal best, het idee van morele ongeoorloofdheid rijst zelfs niet, als die man het „financieel" maar redelijk stelt. Of hij het redelijk stelt hangt, behalve van zijn eigen werklust, uitgaven-niveau en zakelijke begaafdheid, ook in niet geringe mate af van de vraag of anderen, die hem iets verschuldigd zijn (en die daartoe, evenals hij, hun materiaal—niet alleen maar ook—aan hem in zekerheid hebben gegeven) het financieel redelijk stellen.

Loopt het mis, loopt de ketting er af, omdat een schakel het niet meer doet, dan doemt de vraag op: wie mag zich eigenaar noemen van de stoffelijke resten, die het faillissement ontstijgen? De rechtspraak heeft hier geen duidelijke lijn getrokken. Bij ons als in Duitsland is de »richterliche Fortbildung« in dit soort zaken „mislukt" (Larenz). Depla pakt de zaak op weer een geheel nieuwe manier aan. De annotator van zijn advies: Zonderland, zou het vast nog anders gedaan hebben. Zonderland weet het meestal beter, zo niet het beste.

Hij voert de „onverschilligheidszone" op, die in de praktijk van dit recht heerst. Zij wordt met al die beslissingen, die elkaar niet verdragen, steeds groter.

„Eggens", zo zegt hij, „voorspelde al, dat de praktijk bifrontisch en hybridisch zou blijven en dat is des te meer het geval naarmate de theorieën fijnzinniger worden. *Want de praktijk is nu eenmaal van grove aard.* Alle partijen hebben belang bij de functionele beweging van de goederen en daarom calculeren de ‚eigenaren' de risico's in".

Dit wil niets anders zeggen, dan dat het zakenleven als het recht te verfijnd wordt op een terrein, dat het zakenleven betreft, zich van dat recht niets aantrekt, zijn eigen gang gaat.

Het woord „functioneel" kan mijns inziens deze praktijk niet dekken. Men denke er over na.

20-5-'72

78. De onrechtmatige overheidsdaad

„Ik maak bezwaar tegen de term: onrechtmatige overheidsdaad, anders gezegd, tegen de onderscheiding van de handelingen der overheid in rechtmatige en onrechtmatige. Maakt men deze onderscheiding en gaat men in het licht daarvan de handelingen van de overheid toetsen en wegen, dan vergeet men dat de taak van de overheid in beginsel geen andere dan een rechtscheppende is. Het grote beginsel, dat ligt achter het Engelse 'the king can do no wrong' is nog altijd juist. Ook de rechter is niet anders dan een orgaan van de overheid, hij kan niet verder gaan en niet anders handelen dan de overheid heeft bepaald". (Aldus Van Poelje in een lezing gehouden op de najaarsstudiedagen 1962 van het Instituut voor Bestuurswetenschappen, welke lezing in 1965 in druk is verschenen.)

Deze angstwekkende woorden van een in zijn kringen alom geprezen man—„zonder wie niet alleen deze conferentie, maar zelfs het Instituut er niet zou zijn"—roepen de vraag op, wat er achter zit aan rechtstheorie.

1. Is het de uitdrukking van de gedachte, waarvan men de oorsprong bij Hobbes moet zoeken en die inhoudt dat wat 'the sovereign' in de staat doet, altijd moet worden nageleefd en altijd goed is, omdat dit de prijs is van de mogelijkheid tot onderlinge vrede?
2. Ziet Van Poelje de overheid niet als een verzameling van mensen, maar als een zedelijk lichaam, dat goed handelt omdat het overheid is?
3. Is het doodeenvoudig een verwarring van macht en recht?

Ongetwijfeld raakt Van Poelje hier een aantal grondtrekken van rechts- en staatstheorie, maar het eigenlijke probleem, waar hij op zou kunnen doelen, zonder geen volstrekt onaanvaardbare dingen te zeggen, ligt toch op een ander plan: De overheid schept het recht, zegt Van Poelje. Ook dat zou ik niet in deze absolute vorm willen onderschrijven. Veeleer zou ik willen zeggen, dat zij vaststelt wat geen recht is en wel door te weigeren haar rechtshandhavingsapparaat voor bepaalde zaken in te zetten. De zaken waarvoor zij dat wel doet zijn ook op een andere wijze dan door overheidsvaststelling tot recht geworden. Maar aldus kan de overheid weigeren haar rechtshandhavingsapparaat tegenover eigen falen in te zetten. In Engeland kon tot 1947 de burger alleen tegen een overheidsorgaan procederen krachtens toegestane gunst van de zijde van de over-

heid. Het is echter natuurlijk te gek om los te lopen wanneer men dat falend optreden van de overheid zelf: rechtscheppen noemt.

Het probleem stelt de vraag aan de orde, of de baas zich aan zijn eigen regels moet houden. Dat is niet daarom een probleem omdat de baas ze zelf gemaakt heeft—zelf rechtscheppend is—maar omdat en voorzover de baas niemand heeft om hem op zijn nummer te zetten. Maar de baas is—in onze rechtsgemeenschap—slechts baas onder de voorwaarde, dat hij zich, als hij faalt, op zijn nummer laat zetten. De rechter is het orgaan van de overheid, dat ook tegen de zin van de baas, zich daarmee ophoudt. En daarmee is de overheid onder de „macht" van eigen recht gesteld.

17-2-'72

79. De onsterfelijkheid van Von Kirchmann

Sommigen bereiken de onsterfelijkheid door één zin. Dat ligt vaak aan de lezers, die uit het vele goede maar één zin onthouden (for Brutus is a honorable man), maar soms komt het ook, omdat de man maar één ding, dat de moeite waard is, heeft gezegd. In de rechtswetenschap is daarvan misschien wel het markantste voorbeeld Julius von Kirchmann, die in 1847 voor een Berlijns juridisch genootschap een lezing hield over: »Die Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft«, welke in 1848 werd gepubliceerd, gelijk dus met het Communistisch Manifest. In dit vrij waardeloze geschrift (ik bedoel dat van Von Kirchmann) vinden we de in Duitsland bij iedere schrijvende jurist die zich respecteert, aangehaalde volzin:

»Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheken werden zu Makulatur« (= misdruk, on-zin).

Het bezwaar van Von Kirchmann richt zich tegen de objecten, waarmede de rechtswetenschap zich bezighoudt: deze zijn te gezocht, te sofistisch. Daarom noemt men hem wel als eerste bestrijder van de Begriffsjurisprudenz, maar het vervelende is, dat die toen eigenlijk nog niet bestond.

Volstrekt inconsequent heeft de man een paar bladzijden tevoren vastgesteld, dat Von Savigny in zijn stelling: »dasz unsere Zeit keinen Beruf zur Gesetzgebung habe« niet ver genoeg ging:

»Nicht blosz der Gegenwart, keine Zeit hat den Beruf zur Gezetzgebung in diesem Sinne«.

Vervolgens blijkt echter, dat in Von Kirchmann's visie ook Gesetzgebung wetenschap is en dus waardeloos en: »Das Recht ist der Wissenschaft ewig voraus«. Om ons helemaal vertwijfeld te maken heet het dan wat verder weer:

»Hat das natürliche Recht, wie gezeigt, von dem positiven Gesetz schwer zu leiden, so ist doch das Uebel für die Wissenschaft noch gröszer.«

Kortom: er is geen touw aan vast te knopen. Wie is de boosdoener: de rechtswetenschap, de wet? Wie vernietigt wie?

Terecht stelt Von Kirchmann aan het slot van zijn voordracht vast:

»Das Resultat, das ich biete, ist niederschlagend und betrübend.«

Maar die ene zin, die overigens onjuist is, zal tot in lengte van dagen geciteerd blijven worden. Omdat het een vondst is.
13-1-'72

80. Rechtstheorie in het lang

Onderzoeken naar de sociale herkomst van rechters zijn zinvol, omdat die herkomst medebepalend is voor de uitgangspunten, die aan hun rechtsvorming ten grondslag liggen.

Mijns inziens ligt in deze weergave, die ik onderschrijf, alles opgesloten wat Ulbrich Schroth uit München in de zo aanstonds te citeren geheimtaal opwoelt.

Veel is daarmee overigens niet gezegd, want, terecht, wordt ook steeds meer de vraag gesteld of die sociale herkomst wel zo'n belangrijke factor is als sommigen meenden.

De Duitse rechtstheorie bloeit heden als nooit tevoren, of moet ik zeggen: wie immer?

Maar welk een dogmatisme in die anti-dogmatiek, wat een vertoon van nodeloze, overtollige geleerdheid bij eenvoudige zaken. Het is jammer, dat zo weinig Duitsers Engels lezen. Iedere Duitse rechtstheoreticus, die zich aanmeldt, zou pas moeten worden geaccepteerd als hij had aangetoond, dat hij wat eenvoudige lieden van overzee gelezen had. Bij Gray, Cardozo, Vinogradoff en zovele anderen kan hij leren dat je moeilijke zaken ook kort en eenvoudig kunt zeggen, terwijl velen nu alleen maar menen, dat je eenvoudige dingen moeilijk moet zeggen. Een jaargang »Kritische Justiz« bewijst dit ten volle.

Nu het citaat uit: »Rechtstheorie, Ansätze zu einem Kritischen Rechtsverständnis«, 1971, pp.107 en 108.

»Das in der Rechtstheorie und Rechtssoziologie untersuchte Phänomen der Wechselwirkung zwischen rechtlichen und sozialen Normen wird in seiner Grundstruktur sichtbar, wenn beachtet wird, dasz der Hintergrund juristischer Hermeneutik die Sozialisationsprozesse bildet, in denen dem Richter die zur Interpretation von Gesetzen nötige soziale Erfahrung zuwächst. Deutet der Richter die rechtlichen Normen an dem Horizont der ihm zugänglichen sozialen Welt, so schleust er *seine* soziale Normen in das Recht ein. Damit erhalten die empirischen Untersuchungen über die soziale *Herkunft* der Richter eine unmittelbare gesellschaftpolitische Relevanz, zumale dann, wenn sie—wie im Falle des Bundesrepublik—eine starke Homogenität der Richterschaft hinsichtlich ihrer sozialen Herkunft aufweisen. Die Gefahr, dasz so die Normvorstellungen, Vorurteile und Interessen eines relativ engen gesellschaftlichen Kreis in allgemein gültiges Recht transformiert werden, ist offenkundig...«

17-5-'72

81. Het faillissement van de wetshistorische interpretatie in drie (internationale) bedrijven

I.Supreme Court of The US; Dredd Scott v.Sandford, 1857:

'No one, we presume (aldus de 80-jarige rechter Taney, sprekend voor het Hof) supposes that any change in public opinion or feeling, in relation to this unfortunate race (negerslaven), in the civilized nations of Europe or in this country should induce the court to give to the words of the constitution a more liberal construction in their favour than they were intended to bear when the instrument was framed and adopted... while it remains unaltered it must be construed now as it was understood at the time of its adoption... Any other rule of construction would abrogate the judicial character of the court and make it the mere reflex of the popular opinion or passion of the day.'

(Veertig jaar later zou justice Harlan, dissenting in: Plessus v.Ferguson, 1896, met het volste recht zeggen, dat de beslissing van het Hof in 'Plessus' was 'quite as pernicious as the decisions made by this tribunal in the Dredd Scott-Case'!!)

II.Hoge Raad der Nederlanden, 27 juni 1881, W.4669:

„O., dat de stelling van den requirant, dat eene wetsbepaling zou moeten worden uitgelegd in den zin, waarin ze oorspronkelijk is vastgesteld, te algemeen is, omdat bij gedeeltelijke wijziging van de wetgeving, de wetgever geacht moet worden hetgeen hij behoudt te hebben willen laten werken niet in den geest van, en in verband met hetgeen hij afschaft, maar in den geest van en in verband met hetgeen hij invoert."

(Een magistraal geformuleerde leer, die, bij strikte toepassing—waaraan later nog wel eens iets zou gaan schorten—gezien de snelle wijzigingen, die op ieder enigszins belangrijk wetsterrein voorkwamen, de betekenis van de wetshistorische interpretatie, als uitlegging naar de oorspronkelijk bedoelde zin van de wetgever, tot het uiterste beperkte.)

III.Vinogradoff, '*Common sense* in law', oorspronkelijk verschenen in 1913, geciteerd uit de 3e druk, 1961, p.99:

'...it has never been much in favour in the practice of English courts, and *even* on the continent it is recognized more and more

that circumstances may have changed so much since the time of the original promulgation, that it would be preposterous to bind the courts strictly to the views which obtained at that time.'

28-2-'72

82. Zeer extensieve interpretatie (I)

Strafbare feiten zijn, naar Nederlands recht, krachtens een volkomen tweedeling, òf misdrijven òf overtredingen. Alleen wetsbepaling beslist voorts, onder welke dier twee categorieën een feit valt.

Ten derde: overtredingen behoren tot de bevoegdheid van de kantonrechter, misdrijven tot die van de rechtbank, als het over de eerste instantie gaat, tenzij bij wet uitdrukkelijk anders is bepaald.

De formeel-logische gevolgtrekkingen daaruit zijn deze: als een feit noch als overtreding noch als misdrijf door de wet is aangeduid is het geen strafbaar feit en is geen Nederlandse strafrechter bevoegd er kennis van te nemen.

Die consequenties gelden ook wanneer ten aanzien van een feit, in een strafbepaling vervat, *vergeten* is het als overtreding of misdrijf in te delen, en natuurlijk ook als zulk een verzuim zich uitstrekt tot een *groep* van feiten.

Het is ook wel duidelijk, dat deze gevolgen in een concreet geval naar maatschappelijk redelijk inzicht moeilijk zijn te aanvaarden.

Hoe ver, zo luidt nu de vraag, kan interpretatie de helpende hand bieden om dan aan zo'n gevolgrekking te ontkomen. Het antwoord luidt: heel ver, bijna oneindig ver. Hoor maar:

De Provinciewet van 1962, die de Provinciale Wet verving, *heeft verzuimd* feiten, die krachtens provinciale verordening strafbaar zouden moeten zijn, in de dichotomie: overtredingen-misdrijven, op te nemen. De bedoeling was dat zulke strafbare feiten tot de overtredingen zouden worden gerekend. Dit verzuim nu betekent, prima facie, dat geen Nederlands gerecht van deze groep feiten, die geen strafbare feiten zijn, kan kennis nemen. Aldus ook: rechtbank Alkmaar, die op 26 oktober 1971 in hoger beroep de kantonrechter, die zich stilzwijgend bevoegd had verklaard en een veroordeling had uitgesproken, alsnog onbevoegd verklaarde om van de zaak kennis te nemen. Hierbij rijst de alweer formeel-logische vraag of een gerecht, dat zelf óók onbevoegd is (want géén gerecht was bevoegd) zijn onbevoegdheid in zoverre even kan opheffen als nodig is om—rechtsgeldig—een andere, lagere rechter onbevoegd te verklaren. Maar daarover niet, dit wordt tè spitsvondig.

De officier van justitie ging van de beslissing van de rechtbank in cassatie. De Hoge Raad (NJ 1972 no.233) vernietigde, een vondst van zijn Advocaat-Generaal overnemend, het vonnis van de Rechtbank en verklaarde de kantonrechter alsnog bevoegd. Dat kon alleen als het feit krachtens wetsduiding een overtreding was. Hoe speelde men het daar in Den Haag klaar tot deze slotsom te komen?

1. De Invoeringswet van het Wetboek van Strafrecht van 1886 bestempelde strafbare feiten, genoemd in art.20-27 dier Wet tot overtreding.
2. Een van die artikelen, 23 lid 2, bepaalt dat artikel 1 van de Wet van 1880 van kracht blijft.
3. Dit art.1 van de wet van 1880 staat aan Provinciale Staten toe straf te bedreigen tegen overtreden van provinciale verordeningen.

Derhalve: overtreding van een provinciale verordening, strafbaar gesteld bij art.1 van de wet van 1880 is een overtreding (krachtens art.23 lid 2 van de Invoeringswet).

En we zijn dus rond. Echter:

„de strafbaarstelling van provinciale verordeningen berust thans niet meer op art.1 van de wet van 1880, maar op art.87 van de Provinciewet van 1962.

Zulks neemt echter niet weg, aldus de Hoge Raad, dat voornoemd art.23 doelt op strafbare feiten, gepleegd door overtreding van provinciale verordeningen."

Misschien is het sommige mensen, mogelijk zelfs juristen, die mijn excursie tot nu toe hebben willen volgen, wat gaan duizelen. De juristen onder hen waarschuw ik met de woorden van de Duitse heer Hohlenberg: »Schlechter Mathematiker—schlechter Jurist«. De anderen behoeven zich geen zorg te maken.

De wet van 1880 is echter afgeschaft (in 1962). Hoe kan een latere wet—de invoeringswet van 1886—dan *thans nog* strafbare feiten uit de niet meer bestaande wet kwalificeren als overtreding? Het lijkt mij de kwadratuur van de cirkel. Ik denk, dat de Hoge Raad zijn motivering ook niet de beste van het jaar gevonden zal hebben. Zelfs als ze juist zou zijn, dan nog is duidelijk dat er zoveel kunsten vliegwerk aan te pas moest komen, dat ze niet meer als duidelijk kan overkomen (ook niet bij deskundigen).

Het recht is echter niet enkel logica: Als deze motivering, ook volgens de Hoge Raad, niet op zou zijn gegaan, of als, wat welhaast ondenkbaar is, de Hoge Raad er niet dit of een ander middel op gevonden had om het vonnis van de rechtbank ongedaan te maken, dan stond als een absoluut ongewenst en onaanvaardbaar verschijnsel vast: dat materieel strafbare feiten, verzameld in de groep: provinciale verordeningen, geen strafrechtelijke sanctie hadden. Dat kan zo ongewenst zijn, dat de logica daarvoor moet wijken. Maar ik vraag mij wel af of de beslissing dan quasi-logisch en sibillinisch moet worden verkocht.

11-6-'72

38. Geen belang, geen actie in het strafrecht (II)

De vraag inzake de bevoegdheid van de kantonrechter bij overtreding van provinciale verordeningen, gelijk beslist door de Hoge Raad bij arrest van 15 februari 1972 (NJ 1972, no.233) heeft nog een heel ander, volgens mij boeiend aspect, dat nu aan de orde wordt gesteld.

De Alkmaarse rechtbank verklaarde de kantonrechter onbevoegd. Dat dit een moeilijke zaak is, omdat zij misschien wel allereerst had moeten vaststellen, dat zij zelf onbevoegd was (waarna ze was „uitgepraat") heb ik al opgemerkt. Maar wat ons nu bezighoudt is, dat zij dit deed, zoals uit de publikatie blijkt, op daartoe strekkend requisitoir van haar Officier van Justitie. (De Adv.-Gen. bij de Hoge Raad: „de rechtbank meende—*en zij zal hierin geïnspireerd zijn door een knap requisitoir van haar Officier: mr Josephus Jitta*—dat een aanwijzing [van het feit als overtreding, L.] nergens in de wetgeving was te vinden".)

De vraag rijst nu of een Off. van Just. die een beslissing heeft uitgelokt (die onbevoegdverklaring van de kantonrechter *gevorderd* heeft) van een dergelijke beslissing in cassatie of appèl kan gaan. Geldt: geen belang, geen actie, ook of geldt het niet in het strafrecht? Ik ben geneigd te zeggen: niet en wel om twee redenen:

a. bij nader inzien kan men, tenzij de wet daar uitdrukkelijk een stokje voor steekt, in het strafproces op een aanvankelijk ingenomen standpunt terugkomen. Dat kan mijns inziens ook de verdachte, die zich bij voorbaat met de straf akkoord heeft verklaard tijdens de zitting („geeft U mij maar de straf die U goedvindt", dit wordt nog heel wat vaker gezegd dan men zou menen) of die deze zelfs heeft voorgesteld („stuur mij maar naar de gevangenis") of via zijn advocaat hoort voorstellen. Rechtsverwerking, die reeds zo'n dubieuze, veel te zware rol speelt in het civiele recht, moet men toch zeker in het strafrecht niet spoedig aannemen. Doet de verdachte of het OM uitdrukkelijk en formeel afstand van beroep, dan is er natuurlijk sprake van bovengenoemd „stokje".

b. Het OM is hiërarchisch gestructueerd. Het is dus »fraglich« of de uitingen van een lid van het OM tijdens het proces, in zijn requisitoir, zijn „meerderen" binden na het proces, in die zin, dat zij hem niet zouden kunnen „gelasten" in appèl of in cassatie te gaan, bijv. omdat zij het niet eens zijn (of twijfelen aan) de in het requisitoir ontvouwde gedachtegang. Het is een probleem overigens, waarvan ik *niet zonder meer* zou willen stellen, dat het *moet* opgelost worden in de zin, dat de uitingen door de Officier ter zitting

gedaan geen bindende kracht hebben voor het OM, dat hij vertegenwoordigt.

In dit geval echter lag de zaak nog anders: in zijn *cassatiememorie* stelt de Officier van Justitie, dat het vonnis van de Rechtbank hem juist voorkomt, zulks op gronden, in zijn requisitoir ter zitting van de rechtbank vermeld. Hij vervolgt dan:

„Ik heb echter niettemin (d.i. dubbel-op) beroep in cassatie ingesteld om het eindoordeel over de vraag, of de Provinciewet ten deze een „gat" bevat, dat niet door enige andere wet wordt afgedekt, aan Uw Raad over te laten."

Zulk een beroep is mijns inziens duidelijk niet ontvankelijk. Het is een soort bedekte cassatie in het belang der wet, met dien verstande, dat het aan de rechtspositie van verdachte wel afbreuk kan doen en ook gedaan héέft.

Men stelle zich voor, dat een verdachte in cassatie zou komen, aanvoerende, dat het recht in een bepaald opzicht geschonden was (want schending van het recht, moet in zo'n geval de cassatiegrond zijn) maar daaraan toevoegende, dat hij, zoals hij in feitelijke instantie ook al verklaard had, stellig van mening is, dat het recht in dit opzicht niet geschonden is. Nog korter: het recht is geschonden, maar ik ontken, dat het geschonden is. Dit toch is de formeellogische structuur van het cassatie-middel. Wie zou het dan onjuist vinden, dat deze verdachte in zijn cassatiemiddel niet-ontvankelijk wordt verklaard bij gebrek aan belang?

Enig verschil met het optreden van het OM in deze zaak zie ik daarbij niet.

12-6-'72

84. What is justice?

Na een korte, wel fraaie, maar toch ook wat obligate inleiding, die Jezus (van Nazareth) en Pilatus ten tonele voert, vervolgt Kelsen zijn befaamde essay: 'What is justice?', als volgt:

'Justice is primarily a possible, but not a necessary, quality of a social order regulating the mutual relations of men. Only secondarily it is a virtue of man, since a man is just, if his behavior conforms to the norms of a social order, supposed to be just. It means that this order regulates the behavior of men in a way satisfactory to all men, that is to say, so that all men find their happiness in it. The longing for justice is men's eternal longing for happiness. It is happiness that man cannot find alone, as an isolated individual, and hence seeks in society. Justice is social happiness. It is happiness guaranteed by a social order. In this sense Plato, identifying justice with happiness, maintains that only a just man is happy, and an unjust man unhappy. The statement that justice is happiness is evidently not a final answer; it is only shifting the question. For, now, we must ask: What is happiness?'

Er worden in zo'n enkele alinea zoveel fundamentele dingen gezegd, dat de lezer, die maar een gewone aandacht op kan brengen, moeilijk tot kritische nabeschouwing kan komen en geneigd is zich op deze stroom mee te laten voeren naar nieuwe uitkijkposten.

Maar ik wil toch twee punten noemen, die mij niet zo duidelijk lijken als door Kelsen gesteld:

1. Als mens-zijn meebrengt—en dat kennelijk van nature—samenmens-zijn om samen gelukkig te kunnen zijn, waarom zou dan de „deugd", die dit geluk bewerkt: de rechtvaardigheid, zelf ook niet primarily in de mensen gezocht moeten worden en waarom zou de sociale orde niet afhankelijk zijn, van de persoonlijke gerechtigheid, die zich, zoals dat gaat, tot structuur van orde verdicht?

2. Bedoelde Plato niet, dat een rechtvaardig mens gelukkig is, ook al mist hij de 'happiness', die Kelsen vooropstelt en die moet worden vertaald als maatschappelijke aangepastheid, en dat een onrechtvaardig mens, hoe 'happy' ook, nimmer gelukkig kan zijn omdat het loutere besef onrechtvaardig te zijn de mogelijkheid zich gelukkig te weten, uitsluit. Is dat zo—en er zijn sterke argumenten voor—dan beroept Kelsen zich ten onrechte op Plato.

4-7-'72

85. Formalisme en finalisme in de rechtsvinding

In zijn in 1927 geschreven essay: »Zur Soziologie der Klassenjustiz«, stelt Ernst Fraenkel (»Ich bin als Student im Jahre 1921 der SPD beigetreten und habe im allgemeinen mit der Politik des linken Flügels der Partei sympathisiert«) tegenover elkaar, naar het voorbeeld van H.Kantorowicz: „Der formalistischen und der finalistischen Methode der Rechtsfindung.«

De formalistische methode, aldus Fraenkel, hanteert de grammaticale en de wetshistorische uitlegging: wat staat er in de tekst naar de bedoeling van de wetgever, die de tekst opstelde.

»Finalistisch wird die Theorie der Rechtsfindung genannt, die weniger nach dem Ursprung als dem Zweck des Gesetzes fragt. Das geschriebene Gesetz ist ihr nicht so sehr Schranke als Wegweiser zur sinnvollen Rechtsprechung.«

Met de finalistische methode is de »Freirechtsschule«, die thans volop in de aandacht is bij de rechtstheoretici, nauw geliëerd. De linkse Fraenkel kiest onvervaard en onvoorwaardelijk voor de formalistische methode al beseft hij, dat de venijnige strijd van conservatieven tegen de Freirechtsschule en haar aanhang »die Arbeiterbewegung in das Schlepptau der Freirechtsbewegung« heeft doen terecht komen.

»Je weiter der Spielraum ist, der dem Richter in seiner Tätigkeit offengelassen wird, desto gröszer musz die Gefahr der Klassenjustiz werden. Unter der gegenwärtige gesellschaftlichen und politischen Situation hat das Proletariat eher Einflusz auf die Entstehung der Gesetze durch das Parlament als auf die Auslegung durch die Justiz. Dieselben Gründe, die das Proletariat bewegen müszten, die finalistische Methode der Rechtsfindung abzulehnen, haben die Hinneigung der Justiz zur Freirechtsschule verursacht.« (p.41)

De keuze is—ik corrigeer mij—niet onvoorwaardelijk maar geldt voor het kapitalistische tijdvak. In de landen, waar „het proletariaat" inmiddels aan de macht is gekomen, bevat de wetgeving meest in de grondwet een beginselverklaring, duidend op finalistische rechtsvinding (vrijheid van meningsuiting, zover in overeenstemming te brengen met de socialistische leer enz.), maar in de praktijk wordt zo heb ik de indruk, vrij formalistisch rechtgesproken.

Fraenkel had voor mij ook nog een nieuwtje:

»Wenn der Richter einmal mit der Eisenbahn fort muszte, fuhr er vierter Klasse.« (p.13)

Wellicht heeft hij zo toch iets opgedaan omtrent de geestesgesteltenis van het Duitse proletariaat, dat niet zoveel later voor een flink deel samen met de bourgeoisie: heil Hitler zou roepen.
12-1-'72

86. De aard van de zaak

Het is zeer wel mogelijk, dat ik mij vergis, maar ik geloof niet, dat de »Natur der Sache«, «la nature des choses» de immanente regel, die in de feiten zelf zetelt »innewohnt«, werkelijk als *zelfstandige* grootheid, die conflicten kan beslechten, bestaat. Helderder dan ik het zelf kan, maar vooral ook met minder twijfel heeft Norberto Bobbio in »Ueber den Begriff der Natur der Sache«, dat tot uitdrukking gebracht. Zijn artikel, gepubliceerd in ARSP, Bd.44, 1958 is ook opgenomen in de bundel: »Die ontologische Begründung des Rechts«, samengesteld door A.Kaufmann, 1965, pp.87-103. Een lang citaat, maar glashelder van pp.93 en 94.

»Sie (te weten: die Verfechtern der Natur der Sache als eine Quelle von Rechtsnormen) glauben oder lassen glauben, dass die Dinge... auf welche sich die juristische Betätiging bezieht, solcher Art wären, dass man von Ihnen... Rechtsregeln gewinnen könnte, welche so eine Art von Objektivität hätten; diese Objektivität käme ihnen nicht zu, wenn sie von Werturteilen abgeleitet wären. In Wirklichkeit ist das vom Gesetzgeber, vom Richter oder vom Juristen angewandte Verfahren, aus der sogenannten Natur der Sache Rechtsregeln abzuleiten, komplizierter. Was der Jurist aus der Beobachtung der Wirklichkeit... lernt, bestehe darin, dass dieses Verhalten bei gewissen Umständen gewisse Konsequenzen hat. Wenn es nun wahr ist, dass eine technische Regel...abgeleitet wird aus der Umformung einer Ursache-Wirkung-Beziehung (A erzeugt B) in eine Zweck-Mittel-Beziehung (Wenn du den Zweck A willst, musst du auch dieses Mittel B wollen) so ist es anderseits wahr, dass ich aus der Beobachtung, wonach ein Verhalten bestimmte Konsequenzen verursacht, nicht notwendigerweise eine Regel gewinnen kann, sondern davon wenigstens drei gewinnen kann gemäsz der verschiedenen Art in der ich gegenüber den Konsequenzen Stellung beziehe. (Wenn du A willst, musst du B tun, wenn du A nicht willst, darfst du B nicht tun, wenn dich A nicht interessiert, kannst du B tun, kannst es aber auch sein lassen). Die unterschiedliche Bewertung, die ich nun den Folgen einer Handlung geben kann, *kommt nicht aus der Feststellung, dass jene Handlung jene Folgen hat, sondern aus der Bewertung dieser Folgen als guter, schlechter oder indifferenter Folgen d.h. aus einem Werturteil.* Die empirische Feststellung kann mir anzeigen welches das beste Mittel zur Erreichung eines Erfolges ist. Es zeigt mir aber nicht, warum dieses Ziel eher als jenes anderes wert sei angestrebt zu werden. Und doch ist es so, dass von der

Antwort auf diese zweite Frage— und nicht von der auf die Erste— die Norm abgeleitet wird.«

25-1-'72

87. Rechter en wet (I)

»Es wird sich immer nur um die Frage des Mehr oder Minder der Bindung an das Gesetz handeln« (Engisch, »Einführung in das Juristische Denken«, 5.Auflage p.107).

Dat wordt door Engisch aldus toegelicht: Artikel 20 lid 3 der grondwet van de Duitse Bondsrepubliek eist, dat de rechtspraak zich baseert op wet en recht. Maar de wetten zijn tegenwoordig zo »gebaut«, dat rechters (en trouwens ook bestuursambtenaren) hun beslissingen niet meer door simpele subsumptie (toepassing van het syllogisme) tot stand kunnen brengen, »sondern dasz sie aufgerufen sind selbständig zu werten, mitunter gesetzgebergleich zu entscheiden und zu verfügen«.

Naar het mij voorkomt heeft dit in het geheel niets te maken met een grotere vrijheid van de rechter ten opzichte van de wetgever. De wet is immers »heute so gebaut«, dat de rechter niet daaraan alleen zijn beslissing kan ontlenen. Welke vrijheid *ten opzichte van de wet* veroorlooft de rechter zich dan door—als hij *krachtens de wet* tot het geven van een beslissing verplicht is—in zulke gevallen, wat aan beslissingscriteria in de wet zelf ontbreekt, elders te zoeken?

Ik zou integendeel menen, dat zulk een rechter zich nauwgezet aan de wet houdt, even nauwgezet als de zoon of dochter zich aan de ouderlijke macht onderwerpt door, waar de ouders hem of haar geheel vrijlaten, naar die vrijheid te handelen.

Het is bovendien, geloof ik, niet juist te zeggen, dat de wetten, *thans* zo ingericht zijn, dat rechters wel zelfstandig moeten optreden.

Het ligt in de aard van wet en rechtspraak en hun onderlinge verhouding, dat de rechterlijke beslissing niet een formeel-logische afleiding uit de wet kan zijn. Als men dit vroeger anders gemeend heeft, wat te bezien staat, dan is nu toch wel aangetoond, dat men zich vroeger op dit stuk vergist heeft.

Het is dan ook niet zo, dat in de hoogtij van de »Begriffsjurisprudenz« de beslissingen *echt* geheel en al op wet en wetssysteem waren te herleiden. Men construeerde prachtige spits-toelopende torens, maar er zaten altijd bouwstenen tussen, die niet „wettisch" waren, doodeenvoudig omdat de wet dat materiaal niet leverde en niet leveren kon.

8-6-'72

88. Rechter en wet (II)

De vrijheid van de rechter tègenover de wet kan niet in de bijzondere opbouw van de wetten zijn gelegen, want die levert niet meer vrijheid op dan juist úít de wet voortvloeit.

Er zijn drie zaken, die nogal eens door elkaar gehaald worden, als men spreekt over de verhouding van wet en rechter, maar die feitelijk elk een aparte problematiek oproepen:

a. Welke vrijheid moet—naar de huidige stand van de wetenschap—iedere toepasser van normen (algemene regels) op concrete gevallen hebben en gebruiken op grond van de—eveneens wetenschappelijke—vaststelling, dat normen voor gevallen niet zonder meer de beslissing kunnen geven? Daarbij wordt de vrijheid wel *groter* naargelang de normen opener zijn, maar zij is er zelfs bij de zeer gesloten norm reeds, en zij is daar van dezelfde *aard* als bij de open norm. Want „de norm is per definitie abstract" (Van Wijk) —en niet alleen algemeen—en het geval is per definitie concreet—en niet alleen geïndividualiseerd. Er is altijd een sprong nodig van feit naar norm, en die sprong vindt noodzakelijk buiten de wet plaats, en binnen de rechtspraak. 'General decisions do not decide concrete cases' (Holmes).

b. Op welke wijze moeten duistere, in zich niet inzichtelijke, meerzinnige termen in een norm geduid worden? Dit probleem is een geheel ander dan het eerste. Het is hier niet de nòrm, die in haar toepassing aan de rechter vrijheid geeft en die wenst, ja eist, dat die vrijheid wordt genomen. De norm is eigenlijk nog geen norm omdat zij uiteenlopende *normatieve* inhouden kan *hebben* (in het eerste geval (a) kon zij voor uiteenlopende *feitelijke* inhouden *gelden*). Dat mogelijke meervoud aan normatieve inhouden binnen één regel, kan onderling tegenstrijdig zijn, òf de engere inhoud kan de ruimere uitsluiten (wat het meest voorkomt). Deze onhelderheid, dit nog-geen-norm-zijn wordt in de rechtspraak *(als zij goed functioneert)* omgezet in een klare zin, en klare eenzinnigheid. Maar die klare norm, door de rechter zelf gevormd uit wankelbare substantie, zal opnieuw het proces oproepen, dat onder (a) is omschreven.

'If we are to communicate with each other at all... then the general words we use... must have some standard instance in which no doubts are felt about its applications. Some one must take the

responsibility of deciding that words do or do not cover some case in hand with all the practical consequences involved in this decision'. (Hart, 'The separation of law and morals', Harv. Law Review, vol.71, p.607.)

c. Welke vrijheid heeft de rechter om in strijd met de klare (of door hem verklaarde) norm te beslissen, dus om óók tegen de vrijheid in te gaan, die toepassing van normen op feiten zelf veronderstelt (a)?

En dat is en blijft—maar dat ook alleen—het vraagstuk, dat bekend is als de controverse: positivisme-natuurrecht: de vraag of de rechter gebonden is aan de norm (na rekening gehouden te hebben met het gestelde sub a en b) alleen en altijd omdat het een *formele rechts*norm is.

9-6-'72

89. Slecht recht—geen recht

Als straks in Nederland op regelmatige wijze een wet wordt aangenomen, waarbij ouders onder bedreiging met ernstige straffen worden verplicht ieder derde kind, dat uit hun huwelijk of verbintenis geboren wordt, aanstonds na zijn geboorte te doden, is zo'n wet dan slecht recht of geen recht? (dat het goed recht zou kunnen zijn, wens ik niet in de bespreking te betrekken).

Is dit een belangrijke vraag of is het een kwestie van woorden, niet meer? Op het eerste gezicht kan men menen, dat alleen van betekenis is een onderscheid tussen goed (althans: niet-slecht) recht aan de ene kant en regelingen, formeel juist tot stand gekomen, die men wegens hun strijd met morele eisen *naar believen* of slecht recht of geen recht (onrecht) kan noemen. Toch is dit eerste gezicht kortzichtig.

Is zo'n regeling als ik omschreef, *slecht recht*, dan staat vast, dat zij recht is, zoals een slechte krant, een slecht mens, een slechte tijding toch: een krant, een mens en een tijding zijn met alle gevolgen van dien.

(NOOT: in het laatste geval ontbreekt er aan de kwaliteit van de tijding zelfs niets meer of minder dan wanneer het een *goede* tijding was, en het voorbeeld was dan ook bedoeld om aan te duiden, dat ook het woord „slecht" poly-interpretabel is.)

De omstandigheid, dat iets recht is (al is het slecht recht) moet enige betekenis hebben van positieve aard. Is die betekenis alléén, dat de regeling, die het inhoudt, afgedwongen en doorgezet kan worden? Dan is iets recht omdat het gerealiseerd kan worden met macht. Moeilijk is in te zien, dat dit juist is (al is het vaak beweerd) want het enkele feit, dat de doorzetting zou falen, zou dan aan het rechtskarakter een einde maken.

Het is niet ongeoorloofd aan te nemen (en daarin zijn de positivisten en hun tegenvoeters het geheel eens) dat wat recht is een morele aanspraak op naleving uit hoofde van het recht-zijn kan doen gelden. Daarmee is niet gezegd, dat daartegenover geen morele plicht kan zijn om ongehoorzaam te zijn aan slecht recht, maar *die* moraliteit, die uit het geweten en de zedelijke overtuiging voortvloeit, zal bij slecht recht eerst in conflict geraken met de moraliteit die gelegen is in de naleving van recht tout-court, en in dat conflict moeten winnen. De moraliteit, gelegen in het nakomen van de wetten—wetsgetrouwheid, waarvan Socrates het klassieke eerste

voorbeeld is—zweeft echter in zekere zin in de lucht: zij kan niet ingeordend worden in de morele waarden van onze zedelijk oordeel over goed en slecht en dan is het ook onmogelijk bij een conflict dat zich voordoet in een geval van slecht recht een keuze te maken: behoeft men slecht recht nooit na te komen, dan betekent dit dat het recht als categorie geen morele aanspraak kan maken op naleving; moet men daarentegen slecht recht steeds naleven, dan ontkent men de waarde van het morele oordeel, dat ons gebiedt aan het slechte voorschrift niet te gehoorzamen. De impasse wordt slechts doorbroken, als men naast slecht recht, dat toch moet worden nageleefd, de mogelijkheid erkent van het bestaan van niet-recht. Dit niet-recht behoeft niet nageleefd te worden omdat het *als recht* niet *kan* worden nageleefd.

10-6-'72

90. Moral conservatism and consequentialism (I)

In Ethics van april 1972 schrijft Kay Nielson (university of Calgary) '*against* moral conservatism' (pp.219v). Hij is *voor* 'consequentialism', wat wel een ander woord is voor: utilitarisme: de moraliteit van de handeling hangt af van de vraag in hoeverre zij 'the greatest happiness'—althans de minste pijn—'for the greatest number' verwerkelijkt.

Aan de orde wordt gesteld het navolgende geval: er is een misdrijf gepleegd van zo afschuwelijke aard, dat alom door de mensen veroordeling van de daders wordt geëist. Gebeurt dit niet, dan zal er volksoproer uitbreken met alle daaraan verbonden verschrikking en wreedheid. De dader is echter niet bekend. De overheid —met name de rechters—onderkennen deze situatie en veroordelen een ongunstig aangeschreven individu zonder dat er sprake is van bewijs. De dreiging van het volksoproer is hierdoor afgewend. Is dit (moreel) geoorloofd? Volgens de aanhangers van het 'moral conservatism' is het antwoord onvoorwaardelijk nee. Als men dit zelfs maar een zaak vindt, die 'in advance' open staat voor discussie, geeft dat blijk van een 'corrupt mind' (Elisabeth Anscombe).

Vastgesteld moet worden, dat Nielsen het met dit voorbeeld voor zichzelf moeilijk heeft gemaakt, wat pleit voor het niveau waarop hij de zaak behandelt. Een eenvoudige, maar enigszins corrupte manier van denken (die daarom nog niet gepaard behoeft te gaan met een 'corrupt mind') neemt om een stelling te adstrueren zodanige voorbeelden, dat het probandum zich daarin, tenminste naar populaire gevoelens, geheel op zijn gemak vinden laat. Zoiets gebeurt regelmatig door „conservatieve" afbakeningen aan te vechten vanuit 'borderline cases', grensgevallen. De analytische wijsbegeerte heeft ons—opnieuw—met het feit geconfronteerd, dat begrippen een vloeiende betekenis hebben en wel aldus, dat het ontbreken van een kenmerk of de aanwezigheid van een extrakenmerk de aangeduide zaak niet buiten het begrip behoeven te stoten. Dat impliceert, dat twee dogmatisch opgestelde begrippen, die wij vroeger als een volmaakte dichotomie zouden opvatten (vastheid en vloeibaarheid) zulks slechts in zekere zin, tot „op zekere hoogte" zijn. De beide begrippen dekken nog wel de hele stof, maar er is een—meest klein—tussenterrein, waarbinnen tenminste dispuut kan ontstaan, tot welke der beide begrippen het verschijnsel behoort èn waarbinnen, wetenschappelijk althans, kan worden volgehouden, dat een keuze voor een van de begrippen niet kan worden gemaakt.

Indien men deze heilzame relativering der dogmatische begripsbenadering echter niet zelf relativeert, door er op te wijzen, dat de relativering slechts in het grensterrein haar beslag krijgt, dreigt het, vaak verwerkelijkte, gevaar, dat begrippen en noties—voor ons geval *ethische* begrippen en noties—van de kaart worden geveegd met een beroep op de onhoudbaarheid daarvan enkel in de grensgevallen. Dat is mijns inziens „wetenschappelijke" goochelarij. Het echte ethische probleem, dat rijst als gevolg van de 'borderline-cases' is: welke rechtvaardiging, zo er een is, bestaat er voor het beoordelen van deze grensgevallen naar één der noties, als ook de andere notie—daaraan tegengesteld, daarmede niet te verzoenen—in het grensgeval is opgenomen. In het algemeen zou ik aarzelend zeggen, dat deze rechtvaardiging in de moraal en de ethiek niet overtuigend is aan te wijzen, in het recht wel, omdat daar de gelederen gesloten moeten worden. En telkens als de morele noties hun posities ten opzichte van elkaar veranderen, zal dan ook aandrang worden uitgeoefend op de wetgever om dit in de wet te laten doorwerken. Die verschuiving kan van tweeërlei aard zijn: wat eertijds zonder enige twijfel buiten de borderlines viel—òf goed òf kwaad was—bereikt nu de borderline en: wat steeds in de grensgebieden verbleef, komt er nu uit, hetzij naar deze, hetzij naar gene zijde van het veld. Ik denk, dat ieder daarvan voorbeelden te over kan invullen.

1-6-'72

91. Misbruik van penumbra (II)

Het onderscheid tussen verschijnselen, die optreden krachtens handelingen, welke de opgetreden gebeurtenis beoogden, en die welke optreden als gevolg van zulk een handeling, zonder dat de handelende met de handeling dat gebeuren beoogde is—onder meer in het strafrecht—van belang en wordt daar—binnen de wereld der moraliteit—kort aangeduid als de distinctie tussen opzet en schuld in de zin van onachtzaamheid (vanzelfsprekend bevat de tweede groep van gevolgen ook die waarbij zelfs van schuld geen sprake is, maar dat is dan weer een onderscheid van gevolgen binnen de groep: niet geïntentioneerde gevolgen).

Het kost geen moeite in te zien:

a.dat dit onderscheid: opzet-schuld, een niet onaanzienlijk gemeenschappelijk middenterrein bevat, waar de rechtswereld dan ook sinds jaar en dag mee worstelt en waarvoor zij zulke omschrijvingen heeft opgesteld als: voorwaardelijk opzet, grove schuld, aan opzet grenzende roekeloosheid enz.

b.dat dit onderscheid, ondanks de welhaast onoplosbare problemen op het middenveld, een onmisbaar hulpmiddel is voor wie een aanwijzing wil hebben omtrent de mate waarin het gevolg aan de handelende persoon moet worden toegerekend.

c.dat dit onderscheid in véél méér gevallen zonder noemenswaardige moeilijkheid werkt dan met moeilijkheid, anders gezegd: dat de vaststaande kern van beide begrippen zich in veruit het merendeel der gevallen als verschillend aftekent.

Een rechtstheoreticus als H.Hart, krachtens zijn analytische benadering van het rechtsfenomeen bijzonder gevoelig voor grensgebieden: 'the penumbra of debatable cases' schrijft in: 'The morality of the criminal law', 1965 (p.51) desondanks zonder veel omwegen:

'Holmes' objective theory of liability... runs counter to some *very firm* principles of the morality of punishment which hold both, that it is less wicked to inflict harm by grossly negligent conduct than to inflict the same harm deliberately and that cases so morally disparate as these should not be punished alike...'

Een vorm van, minst genomen onzuiver en verwarringwekkend denken biedt ons dan ook een artikel in het dagblad De Tijd van 27 mei 1972, waarin dr.J.D. van der Meulen aan de hand van voorbeelden uit de penumbra-sfeer de onderscheiding, die volgens Hart op zeer stevige grondslagen berust, *kunstmatig* noemt:

„De wetgever heeft het veroorzaken van de dood door *verregaande roekeloosheid* reeds heel anders gewaardeerd dan het veroorzaken van de dood door iemand *in drift* neer te steken met een mes. De roekeloze rijder die iemand doodrijdt kan als maximumstraf hiervoor slechts een jaar gevangenisstraf krijgen; de dodelijke messteek kan worden gestraft met een gevangenisstraf van 15 jaar. Een verschil dat niet vrij te pleiten is van een zekere kunstmatigheid. Juristen rangschikken het eerste onder de culpoze gedragingen en het tweede onder de doleuze gedragingen. Het maken van juridisch verschil zou best te maken kunnen hebben met een veel geringere mate van inlevingsvermogen bij juristen met het milieu, waarin men emoties afreageert met het in drift een mes trekken en de bij hen aanwezige veel grotere affiniteit met het nemen van ontoelaatbare risico's bijvoorbeeld bij het besturen van een auto. Naar mijn mening zal men hierbij niet kunnen ontkomen aan het onder ogen zien van de klasse-justitie aspecten."

Naar mijn mening is de klasse-justitie er hier aan haren, handen en voeten bijgesleept. Dit soort „sociologische rechtsbeschouwing" moet eerst de werkelijkheid geweld aandoen, om door te kunnen breken.

Het is vooral onwaarachtig.

2-6-'72

92. Utilitarisme—op lange termijn (III)

Kay Nielsen tracht zijn stelling tègen 'moral conservatism' en vóór 'consequentialism' niet langs deze bedenkelijke weg (die in de door hem opgestelde controverse heel wat minder doorzichtig en dus verleidelijker zou zijn geweest) waar te maken. Het geval van terdoodveroordeling van een aan het feit niet-schuldige—om onheil van kwantitatief groter omvang af te weren—is bij uitstek geëigend om iedere morele goedkeuring als monsterlijk te verwerpen. Nielsen poneert echter, dat ook in de utilitaristische opvatting deze morele afkeuring van dit gedrag in stand kan blijven *op utilitaristische gronden.* Een utilitaristische rechter zou kunnen weigeren de man te veroordelen:

'The rationale for his particular moral stand would be that by so framing and then executing such an innocent man, he would, in the long run, cause still more suffering through the resultant corrupting effect on the institution of justice... This would encourage mob action in other circumstances, would lead to an increased skepticism about the incorruptibility or even the reliability of the judicial process and would set a dangerous precedent for less clear-headed or less scrupulously human magistrates.'

De gevolgen op lange termijn van een—naar utilitaristische maatstaf—op *korte* termijn moreel juiste handelwijze zijn echter van een typisch 'moral conservative' karakter. *Waarom toch zou een rechter corrupt zijn als hij die juiste beslissing nam?* En als dat niet het geval is, moet dan *de idee,* dat de rechterlijke macht corrupt is—zich geheel ten onrechte baserend op een juiste beslissing: de veroordeling van een onschuldige—de rechter ervan weerhouden de beslissing te nemen? Dat is nu juist wat in alle tijden de goede rechter heeft gezien als de druk waarvoor hij niet moest zwichten. Voorts komt men zo langs een omweg toch weer terug bij de „conservatieve moraal" als *grondslag* van de utilitaristische: als die conservatieve moraal maar krachtig genoeg heerst zal iedere utilitaristische beslissing, die vanuit de eigen optiek goed is, maar verkeerd vanuit het standpunt van de conservatieve moraal, toch ook utilitaristisch verkeerd zijn omdat, op de lange duur, het ingaan tegen de conservatieve moraal zoveel verontwaardiging en onrust zal verwekken, dat de beslissing die zich conformeert aan het consequentialisme de meeste pijn oplevert, althans meer pijn dan de andere.

Belangrijker nog is echter, dat Nielsen ons voorhoudt, dat deze

conclusie *op utilitaristische grondslag*, te weten: dat de daad van de veroordelende rechter moet worden afgekeurd, *niet noodzakelijk* de juiste *moet* zijn.

'A consequentialist could consistently—I did not say succesfully—argue that, in taking the above tough-minded utilitarian position, we have overestimated the corrupting effects of such judicial railroading.'

Utilitaristen zouden in dat geval van mening kunnen verschillen en wel niet omtrent 'fundamental moral principles' maar over 'empirical facts', al zou dat niet licht voorkomen. Dan maakt Nielsen het zich nog moeilijker:

'The conservative's point is that in no circumstances, either actual or conceivable, would it be justified. No matter what the consequences, it is unqualifiedly unjustified (kortom: ongeoorloofd) in all possible worlds.'

Dit nu ontkent Nielsen.

'What is brutal and vile, for example throwing a knife at a human being just for the fun of it, would not be so if human beings were invulnerable to harm from such a direction because they had a metallic exoskeleton.' (Verg. Hart: 'Giant landcrabs with an impenetrable carapace'.) *Similarly*, what is, as things are, morally intolerable, for example, the judicial killing of the innocent, need not be morally intolerable in all conceivable circumstances.'

Maar waar het om gaat is: is dat '*similarly*' hier juist?

De onkwetsbare mens wordt, doordat men een mes naar hem werpt, geen kwaad gedaan. En als de werper weet, dat die mens onkwetsbaar is, kan hij door het werpen ook geen kwaad, in de zin van letsel, beogen.

Het is opvallend dat in dit soort gevallen (de fysieke) zowel Hart als Nielsen een voorbeeld geven (metallic exoskeleton, landcrab).

Geen voorbeeld wordt gegeven van een wereld waarin het opzettelijk veroordelen van onschuldigen, dit is: leed toevoegen aan wie het niet verdiend heeft, vanzelfsprekend aanvaardbaar wordt, zo vanzelfsprekend als het messen-gooien naar mensen, die er niet door getroffen en verwond kunnen worden.

3-6-'72

93. Feitelijke en morele 'possible worlds' (IV)

Nielsen vergelijkt en stelt gelijk de navolgende twee beweringen:

Het is—in een 'possible world'—denkbaar, dat het geen afkeuring verdient (dat het moreel geoorloofd is) met een mes naar een mens te gooien. Immers: die 'possible world' kan mensen bevatten, wie dat messen gooien niet kàn deren.

en

Het is—in een 'possible world' denkbaar, dat het geen afkeuring verdient (dat het moreel geoorloofd is) een onschuldige tot de doodstraf te veroordelen. Immers: die possible world zou je je zo kunnen denken, dat dit optreden niet 'morally intolerable' is.

Wij mogen nu de vraag stellen: hoe je je die wereld dan zou moeten denken. Want het is een 'possible world' en tenzij dat een loze abstractie is, waarvoor je niets concreets kunt denken, moet zo'n wereld beschrijfbaar zijn vanuit het nu.

In de wereld van lichamelijk onkwetsbaren *kan* nog met *messen* naar *mensen* gegooid worden. Utilitaristisch bezien is dat niet afkeurenswaardig omdat het geen pijn veroorzaakt, moreel-conservatief is het niet afkeurenswaardig omdat en voorzover een normale mens een daad, waarvan hij weet dat ze geen kwaad kan doen, ook niet met kwade bedoelingen zal verrichten.

Om een zuivere parallel te krijgen moet dus in de 'possible world' het opzettelijk ten onrechte veroordelen van onschuldigen nog kunnen voorkomen. Maar het moet om een of andere reden, in de structuur van die wereld gelegen, niet meer afkeurenswaardig zijn. Vanuit utilitaristisch standpunt: omdat het geen leed veroorzaakt. Vanuit het morele conservatisme: omdat het niet als onrecht bedoeld kàn zijn.

Wat betekent: het opzettelijk onrechtvaardig straffen van een onschuldige berokkent hem geen leed? Deze zin dient *algemeen* opgevat te worden: er is een mogelijke wereld, waarin regelmatig het opzettelijk onrechtvaardig straffen van onschuldigen aan deze onschuldigen geen leed toebrengt. Dat kan alleen maar als opzettelijk onrechtvaardig straffen *van dien aard is*, van nature zo is, dat het (onschuldigen) geen leed berokkent. Nu is straffen: leed toebrengen. Wij zeggen dus: opzettelijk onrechtvaardig leed toebrengen, brengt in een possible world geen leed toe. Dit is onzin. Een wereld, waarin de situatie kan voorkomen van onschuldigen, die opzettelijk ten

onrechte worden gestraft, is een wereld waarin pijn en leed voorkomen. Misschien is de distinctie: schuldigen-onschuldigen vervallen? Maar voor die wereld is Nielsen's voorbeeld niet geschreven: dat ging uit van het bestaan van onschuldigen, die gestraft werden. Ook een wereld waarin geen mensen voorkomen, ontstijgt zo bijv. aan het probleem van Nielsen zonder het op te lossen.

Het verschil zit, denk ik, hierin: in de fysieke orde kunnen wij ons veranderingen voorstellen, die de *afgeleide* regels van moraal drastisch beïnvloeden. De regel: gij zult niet opzettelijk nodeloos aan een ander pijn veroorzaken blijft echter volslagen intact, zolang er nog pijn veroorzaakt en dus geleden kan worden. Is dit niet meer het geval dan houdt de regel op. De vraag is echter of volstrekt onkwetsbare mensen, die pijn noch leed kunnen ondervinden, nog mensen zijn.

In de morele orde komen de veranderingen niet teweeg door fysieke gebeurtenissen. Dat is immers ondenkbaar. Zij komen tot stand door een andere waardering: ik vind het niet onjuist een onschuldige, wetend van zijn onschuld, te veroordelen. Ik kan mij echter niet voorstellen, dat zulk een verandering van morele waardering samenhangt, gevolg is van een verandering van de wereld. Zij is een verandering in mij en in al die anderen, die gaan denken zoals ik ga denken, waarderen. En zolang ik niet zo veranderd ben, dat ik niet meer van „onschuldigen" naast „schuldigen" kan spreken, zolang de realiteit van die distinctie nog in mij leeft; zolang ik nog vertrouwd ben met de notie: ten onrechte leed veroorzaken, straffen zonder reden, ben ik gedwongen de mogelijkheid van leed te erkennen, daardoor veroorzaakt.

En datgene, waarover wij niet kunnen spreken, laat ons daarover zwijgen, zei Wittgenstein. Zo'n wereld als Nielsen in zijn voorbeeld schetst, behoort tot het domein van het noodgedwongen zwijgen.

4-6-'72

94. Devlin, Hart en Von Jhering (I)

Het debat tussen Devlin en Hart, dat als onderwerp heeft: mag de wet (het recht) de morele noties, die bij de meerderheid van een gemeenschap bestaan omtrent doen en laten, ook dan afdwingbaar stellen, als handelen in strijd met die noties (of zonder ze in acht te nemen) geen schade toebrengt aan aanwijsbaar daardoor getroffen individuen, dàt debat, dat zijn parallel vindt in de polemiek tussen Fuller en Hart in de Harvard Law Review van februari 1958, en dat het hedendaagse spiegelbeeld is van de door het sterven van John, Stuart Mill niet tot een echt debat uitgegroeide polemiek, door James Fitzjames Stephen in zijn 'Liberty, Equality, Fraternity' ontketend tegen de in 'On Liberty' ontvouwde visie van eerstgenoemde (nu gaat de hoofdzin door), kent vele hoogtepunten, waarin de debaters elkaar op het scherp van de snede bestrijden.

Er zijn echter ook thema's, die vrij onopgemerkt het debat in- en uitgaan. Bijvoorbeeld: Devlin merkt op, dat het gebruikelijk is homosexualiteit als exempel te nemen van een 'unnatural vice' die de absurditeit demonstreert 'of supposing that private immorality could ever develop into a menace to society'. Natuurlijk, zo gaat hij door, zou je kunnen zeggen, dat een geheel homosexuele maatschappij spoedig zou ophouden te bestaan, tenzij zij van buiten aanvulling verkrijgt

'because it would not breed': But it has been pointed out, the same might be said of a completely celibate society, yet no one regards celibacy as injurious to society. The natural demand for heterosexual intercourse, it is argued, will always be strong enough to ensure that homosexuality is kept to a harmless minority.'

Zo ver ik weet gaat Hart hier niet op in en dat is wel begrijpelijk, want als een goed debater geeft Devlin hiermee aan, met welke argumenten hij zijn stelling: ook 'private immorality' kan strafbaar gesteld worden, *niet* wil schragen tegenover de daaraan tegengestelde opvatting van Hart. Of deze argumentatie zo dwaas is als Devlin wil betogen en door Hart niet wordt weersproken, waag ik te betwijfelen, allereerst met beroep op een autoriteit, te weten Von Jhering, die wel beschouwd is als de grondlegger van de sociologische rechtsbenadering op het continent, en die schrijft:

»Selbstmörder, Ehelose, Bettler vergehen sich gegen die Grund-

gesetze der menschlichen Gesellschaft nicht weniger als Mörder, Räuber, Diebe. Man braucht um sich davon zu überzeugen, ihr Verhalten gegen die Gesellschaft nur den Kantschen Generalisierung der Maxime des individuellen Handelns zu unterwerfen: würde ihre Handlungsweise die allgemeine, so wäre es um die Gesellschaft geschehen« (Der Zweck im Recht).

23-5-'72

95. De categorische imperatief (II)

Is het iets anders dan de categorische imperatief van Kant, die Hart toepast in zijn 'Concept of Law' pp.189v., waar hij een 'minimum content of natural law' ontwikkelt aan de hand van een vijftal 'truisms' (vanzelfsprekendheden in onze wereld) waarvan de eerste: de menselijke kwetsbaarheid, tot gevolg heeft die 'most characteristic provision of law and morals: thou shalt not kill'? Tevoren heeft Hart al gezegd:

'The general form of the argument is simply that without such a content laws and morals could not forward the minimum purpose of survival which men have in associating with each other. In the absence of this content men, *as they are*, would have no reason for obeying voluntarily any rules.'

Het is iets anders *in zoverre*, dat het in Hart's gedachtengang niet gaat over het *samenleven* als grond dezer regels, over het voortkunnen-bestaan daarvan, maar over *het individu binnen die samenleving*, dat alleen onder deze condities iets aan samenleving heeft en er ook iets voor over kan hebben.

Waarom zou echter het individu de regel: gij zult niet doden als noodzakelijke regel van voortbestaan aanvaarden als het niet was vanuit de optiek van de categorische imperatief? Want de behoefte om met anderen samen te leven—desnoods om er voordeel uit te trekken—zal toch in de meeste individuen sterk genoeg zijn om hen van het doden van alle, van sommige of van zelfs maar een medelid dier maatschappij af te houden. Dit empirische feit ligt bovendien duidelijk opgesloten in Hart's derde 'truism':

'men are not devils dominated by a wish to exterminate each other.'

Maar dit empirische feit garandeert ons niets voor alle andere (denkbare) empirische toestanden. De Kantsche imperatief betrekt ook deze in haar beschouwing en deze hoogste abstractie valt dus in werkelijkheid samen met de meest uitgebreide, met iedere denkbare werkelijkheid. Er kan een samenleving gedacht worden waarin de 'natural demand for heterosexuality' niet of slechts als bizarre danwel onverantwoorde afwijking bestaat. Er kunnen mensen te leven komen in wie 'the limited altruism' nog meer is verschrompeld of verdwenen. Als het dan geen genoegen, geen 'natural impulse' meer is voor de meesten om als man en vrouw met elkaar om te gaan, als het voor de meesten niet meer toch „rot en naar" is

anderen uit te roeien, wat anders zal ons dan afhouden van het beëindigen van het leven in maatschappelijke verbanden, het doden van anderen, dan het in die regel neergelegde inzicht en verbod, dat men anderen niet aan dient te doen, wat men zelf niet wil ondervinden?

Hiermee is niet bewezen, dat homosexualiteit dus strafbaar moet zijn. Wel dat Devlin's betoog faalt: het is niet vanzelfsprekend dat daden, die, worden zij algemeen, maatschappij en mensheid uitroeien, vanuit dit oogpunt geen bedenking ondervinden kunnen, enkel omdat zij thans niet algemeen zijn en—vanuit thans bestaande natuurlijke impulsen (of culturele verworvenheden)—ruimschoots worden overvleugeld door hun tegendeel.

24-5-'72

96. Ongelijke gevallen ongelijk behandelen (I)

'Equality of opportunity is every body's girl', aldus Charles Frankel van de Columbia University in Ethics van april 1971. En—zo zegt hij—'if equality of opportunity is a significant ideal, there ought to be some people, who are opposed to it' (p.192).

Natuurlijk moeten we van Frankel onderscheiden. Binnen die onderscheiding treft men dan aan de 'distributive equality' (en we denken even aan Aristoteles). Van deze gelijkheid kan men, zoals velen ontdekt hebben, zeggen, dat ze vooral bestaat in het ongelijk behandelen van ongelijke gevallen. Wie dit als een—overigens lang geleden gedane—vondst beschouwt, moet wel weten, dat het gevonden voorwerp van weinig waarde is en toch—omdat het aan twee kanten scherp is—vrij gevaarlijk in het gebruik.

Van weinig waarde, want houdt de oude stelling, dat het gelijke gelijk moet worden behandeld, niet als logisch tegendeel de „nieuwe" vondst in zich besloten?

Waar het op aankomt is: wat zijn gelijke gevallen. De problematiek, daarin verscholen—die van ethische aard is—ga ik stralend voorbij. Nog belangrijker immers is de daarop volgende vraag: welke soort van ongelijke behandeling moet aan ongelijke gevallen ten deel vallen?

Moet die ongelijke behandeling wellicht corrigerend optreden met betrekking tot geconstateerde ongelijkheden, zodat na de behandeling de 'equality of opportunity' tussen de gevallen groter is geworden of moet zij de ongelijkheid onderstrepen, verduurzamen, vereeuwigen en zo welhaast noodzakelijk vergroten?

Ter illustratie het volgende voorbeeld: A verdient 100 eenheden en B: 50. Er moet een loonsverhoging komen wegens gestegen prijzen van levensonderhoud. Er is sprake bij de verschillende loonverdieners van ongelijke gevallen, ongelijke situaties.

Een methode is nu: A 20% geven en B 10% (Toxopeus-ronde) een andere: A 10% en B 20%. In het eerste geval kan men misschien van 'distributive equality' spreken, want de verhogingen zijn een juiste afspiegeling van de voorafgaande verhouding tussen de verdiensten. Maar is dit 'distributive justice'?

27-1-'72

97. Gelijkheid behoeft geen verklaring (II)

Dat de mensen bij de verdeling der stoffelijke goederen ieder een gelijk aandeel krijgen 'needs no reasons'.

Heb ik een taart, die onder tien mensen verdeeld moet worden, en geef ik ieder een tiende part, dan zal, normaal gesproken, niemand vragen, waarom ik de taart nu juist zo verdeelde. Geef ik echter de helft van de taart aan Piet en verdeel ik de andere helft tussen de negen anderen, dan zal van mij door velen verwacht worden, dat ik van deze wijze van verdeling een motivering geef. Aldus ongeveer Isaiah Berlin, als geciteerd bij Charles Frankel.

De oppositie van Frankel tegen deze stelling is uiterst zwak, om niet te zeggen falikant mislukt. Soms moeten we een reden geven, waarom we *gelijk* verdelen, zegt hij, bijv. wanneer stukken taart werden uitgeloofd 'in relation to people's score in a game'. Dat komt natuurlijk, al ontkent Frankel het botweg, omdat verdeling naar spelprestatie *kan* worden *afgesproken* als basis van verdeling en zo *een reden* vormt om niet gelijk te verdelen. Veel dwazer nog is het voorbeeld, van een tweemaal zo groot stuk taart gegeven aan een kind van 12 jaar vergeleken bij het stuk van een kind van 2 jaar of van een 40-jarige, die op dieet staat. Hier is namelijk de gelijkheid betracht door ongelijke gevallen naar de mate van hun ongelijkheid te behandelen, zoals wanneer ik voor een gulden 20 en voor een kwartje 5 stuivers neertel. Tenslotte zegt Frankel:

'No one would think a reason was needed, if we lived in the kind of society in which such behavior was expected, if we gave the largest piece of cake to the eldest male and no cake at all to the female. Indeed, if we did not do this, we would be asked to give a reason.'

Dat logisch denken toch niet zo eenvoudig is blijkt hieruit, want de speciale reden voor ongelijke verdeling of voor het niet laten delen in de taart is hier nu juist dezelfde, die wij overal waarnemen in het maatschappelijk leven: de ontwikkeling van machtsposities en onmachtssituaties in een gemeenschap, of dit nu gevolg is van fysieke kracht tegenover onmacht, danwel van gewoonterecht of van wetten: steeds is het in het leven geroepen om een afwijking van het gewone patroon te rechtvaardigen.

Waarom slaapt U altijd met Uw hoge hoed op, vroeg men onlangs een heer. In onze familie behoeft dat geen verklaring, antwoordde de man boos, mijn zoon van twee doet het ook al.

28-1-'72

98. Gelijkheid in een 'affluent society' (III)

Laat men tien kinderen op een taart los, dan is de kans niet groot, dat ieder een gelijk part of zelfs maar dat ieder een part krijgt. Die kans neemt toe naar gelang een van de kinderen in staat is zich een leiderspositie te verwerven. De leider moet dan bovendien aan eigen-belang, waardoor zijn eigen stuk te groot wordt en bijzondere belangenbehartiging (waardoor zijn vriendjes teveel krijgen) ontstegen zijn.

Omdat welhaast altijd de betrokkene zijn eigen belang in het oog houdt en omdat welhaast altijd de betrokkene redenen heeft sommige anderen te bevoordelen, kan de cake-verdeling het best geschieden door een buitenstaander(ster)—de onderwijzer van het klasse-feest—die zelf geen taart belieft of er—door de goede zorgen van zijn vrouw—op het moment van de verdeling de buik van vol heeft. Diens uitgangspunt, dat geen verklaring behoeft, zal dan zijn: ieder een gelijk stuk. Ik kan mij zelfs niet voorstellen hoe zo iemand tot een (ongelijke) verdeling kan komen zonder dit uitgangspunt. Hij kan natuurlijk allerlei *goede* redenen hebben om van die gelijkheid af te wijken: Jantje krijgt 's morgens geen ontbijt omdat zijn moeder ziek is, Piet past altijd goed op, Henk is vandaag jarig enz. Maar als hij dat allemaal ingecalculeerd heeft, blijft er telkens weer een vanzelfsprekendheid over: en nu de rest gelijk verdelen.

Eigenlijk is de meerwaarde van de arbeid, die aan de eigenaar van de produktiemiddelen ten goede komt, niet zozeer te zien als strijdig met de regel dat aan ieder de vruchten van het werk van zijn handen toekomen en daarom onrechtvaardig (zie ik het goed, dan kan die regel ook niet gelden in het stelsel dat van ieder vraagt te werken overeenkomstig zijn mogelijkheden en dat iedereen toebedeelt overeenkomstig zijn behoeften) maar veeleer als afwijking van het beginsel der gelijkheid, welke deviatie nodig is (dat betekent: zijn rechtvaardiging als afwijking verkrijgt) in een stelsel dat aan particulieren opdraagt voor investeringsmiddelen te zorgen. De rechtvaardiging vervalt dus als er ander of beter systeem is en zij is maar betrekkelijk ook in het bedoelde systeem.

De beste verdeling zou vanzelfsprekend zijn die welke geschiedde door een volstrekt belangeloze in een 'affluent society', waarin zoveel aanwezig is, dat ieder bij gelijke verdeling meer dan genoeg heeft. Die belangeloze zou dan moeten verdelen sine ira et studio.

Volgens sommigen gebeurt dat in de hemel, anderen denken aan een communistische heilstaat. Volgens mij is dat hetzelfde. Zij zijn beide niet hièr.
29-1-'72

99. Vrijheid en gelijkheid (IV)

De tien kinderen, aan zichzelf en elkaar overgelaten, zullen naar alle waarschijnlijkheid niet tot een gelijke verdeling komen van de taart, omdat ze tesamen meer willen dan die ene taart hen te bieden heeft. De onderwijzer zal de verdeling, naar alle waarschijnlijkheid, eerlijker tot stand brengen, maar het eerste wat hij daartoe nodig heeft is macht en het eerste wat elk van de tien kinderen daardoor verliest is vrijheid. Dat verlies kàn overigens voor negen van de tien kinderen een gunstige uitwerking hebben op de verdeling, als de vlegel, die er anders alleen met de hele taart vandoor zou zijn gegaan, daardoor bedrogen uitkomt.

Maar macht is niet identiek met de capaciteit om gerechtigheid door te voeren. Zij kan—op zich genomen—even goed het absolute tegendeel bewerken. Zij is ethisch volstrekt indifferent. Psychologisch ligt het met macht nog een stuk moeilijker: aan een persoon toegekend, neigt zij ertoe hem te corrumperen: «C'est une expérience éternelle».

En daarom stellen gelijkheid en vrijheid zich niet zo broederlijk naast elkaar op als gesuggereerd wordt in de leuze van de Franse revolutie. Onophoudelijk bevechten zij elkaar: een goede verdeling der stoffelijke goederen (gelijkheid) eist macht in een onvolmaakte wereld en macht van de een, dat is onvrijheid van alle anderen. Een goede verdeling der geestelijke goederen eist vrijheid en dat houdt het gevaar van verwerkelijkte ongelijkheid in zich. Het, voorlopig, evenwichtspunt te vinden waarin beide—vrijheid en gelijkheid—optimaal functioneren, dat is de opdracht van het liberaal-socialisme, het enige echte.

De gelijke verdeling tussen gelijken is altijd door machten doorkruist. De staatsvorming en—reeds eerder de institutionele religievorming—hebben hun verwijtbaar aandeel aan die ongelijkheid. De huisgenoten des geloofs en de landgenoten waren, in het meest ideale geval, volwaardige mededelers in de taart. *Een* 'affluent *society*'—als die er al is of komt—betekent niets, want

a.als er in die 'society' van 1000 leden voor 1000 leden in overvloed is, kunnen er nog wel 50 zijn, die zoveel verbruiken en voor zichzelf sparen, dat er 950 tekort komen

b.de eis der gelijkheid als opgave vervalt pas in een 'affluent *world*', waarin geen minderheid de overvloed voor anderen tot een tekort maakt.

Er valt nog wat te doen.

30-1-'72

100. Een bekentenis vol schaamte

In het begin van 1968 werd mij gevraagd een preadvies te schrijven over de problemen van civielrechtelijke aansprakelijkheid bij zeer jonge mensen en geestelijk gestoorden. Ik was toen rechter en besloot het in de vakantie maar eens te proberen. Het resultaat hiervan kan men terugvinden in een uitgave van Kluwer-Deventer no.III van de publikaties van de rechtskundige afdeling van het Thijmgenootschap, waarin zijn gepubliceerd de preadviezen van prof.mr.W.C.L. van der Grinten en mr.J.C.M.Leyten over: aansprakelijkheid van- en voor minderjarigen en geestelijk gestoorden.

Mijn aandeel heeft mij geen bijzonder lastige kritiek opgeleverd, noch ter vergadering, noch bij de, schaarse, beoordelingen achteraf. Toch was daar alle reden toe en, omdat we tegenwoordig praktisch niet meer plegen te biechten, moet ik een andere weg zoeken om mij van een smet te zuiveren, die ik toen heb opgelopen. Ik heb mijn zonde overigens pas ontdekt, toen ik gedurende enige tijd te Nijmegen rechtstheorie doceerde. Maar het is een misverstand te menen, dat zonden steeds ontstaan op het moment dat de handeling, waarin zij belichaamd zijn, tot stand komt.

Op pag.42 dan schreef ik:

„Bij het lezen en herlezen van vele, meest knappe vertogen over de elementen schuld en onrechtmatigheid in hun onderlinge verhouding, begon de bitse opmerking van een *Britse* auteur, *die mij geheel onbekend is*, maar die Van Goudoever citeert in de aanhef van zijn artikel over deze materie in het Gedenkboek Burgerlijk Wetboek, steeds meer voor mij te leven: 'the law of torts abounds in moral phraseology'."

Hierna verwijs ik naar noot 37 en die luidt als volgt:

„Als vindplaats vermeldt Van Goudoever: 'The Common Law', 79, 1883, *Oscar* Wendell *Helmer* jr."

Het is natuurlijk duidelijk, dat ik niet loog of spotte. Wàs dat maar het geval geweest, want van *Oliver Wendell Holmes* te spreken als een mij geheel onbekend *Brits* auteur en hem daarbij te noemen als ik in de noot deed, dat is naar mijn huidige gevoel wel het ergste, dat iemand die rechtstheorie doceert kan overkomen. Ik doceerde tóén weliswaar geen rechtstheorie, maar ik zou nu zeggen, dat een behoorlijk ontwikkeld rechter toch minstens ook van Holmes gehoord moet hebben.

De moraal van dit verhaal is wat moeilijk. Ik heb mijzelf al voldoende te kijk gezet en wil nu ook wat verzachtende omstandigheden naar voren brengen. Is de rechtstheorie wel zo belangrijk als je na drie jaar universitair doen en laten gaat menen? Ook toen ik rechter was placht ik wel een en ander te lezen, maar kennelijk is het nooit nodig geweest, is het ook nooit vanzelfsprekend geweest, dat ik met Holmes, die in de VS een 'institution' was, kennis maakte. Ik denk, dat er erg veel rechters zijn, die Holmes niet bij naam kennen, waarvan er een aantal toch hun werk goed doen.

Vandaag controleerde ik de vindplaats bij Van Goudoever nog eens (ik heb inmiddels het boek in Londen kunnen kopen; de inleider zegt ervan dat tallozen eraan beginnen, maar dat zeer weinigen het voltooien). Zou ook Van Goudoever toch niet zò bekend zijn geweest met de man, van wie hij een uitspraak als motto aan zijn artikel meegaf? Want tot mijn ontzetting, gemengd met opluchting, constateerde ik, dat mijn vermelding van Oscar Wendell Helmer jr. niet helemaal buiten de schuld van Van Goudoever is tot stand gekomen. Hij heeft het namelijk over ene: *Oscar* Wendell Holmes jr.

En het is echt Oliver.

30-8-'72

101. Wat niet gebeurt

De bekende journalist interviewt de nog veel bekendere voorzitter van de befaamde vereniging, die ten doel heeft iets zeer belangrijks te bevorderen of iets zeer infaams te schandaliseren. Het gebeurt aan de vooravond van het derde landelijke jaarcongres.

Vraag: Is er een ontwikkeling te bespeuren in de jaarcongressen, sinds deze voor het eerst werden georganiseerd?

—(Korte aarzeling—en het antwoord staat toch op een briefje?)—

Antwoord: „Ja, het EERSTE congres was nogal nutteloos en zweverig..." („Alles heeft zijn aanloop nodig" zegt de journalist er begrijpend en aanmoedigend tussendoor.)

...„het tweede was nog aanzienlijk nuttelozer en zweveriger... (De journalist doet er een glimlach toe)... te verwachten valt echter, dat het nu komende congres niet enkel volstrèkt nutteloos maar zelfs uiterst schadelijk zal zijn."

Aan de president van het door enige politieke woelingen geteisterde land, wordt de vraag gesteld: „Hoe ziet U de toekomst"?

Hij antwoordt: ik verwacht op de kortst mogelijke termijn een staatsgreep, die ongetwijfeld zal slagen. Onzeker is slechts of *ik* er in zal slagen te vluchten of dat ik gevangen genomen en gefusilleerd zal worden.

Things that never happen.

Wat hebben we gelachen om die dwaze liederen, die door de patronaatszalen daverden en over de heilig-hart-pleinen galmden. Te gek: Aan U, o Koning der Eeuwen, aan U is de zegekroon. Welk een vals pathos!

Nu zingen ze, en het galmt door de protest-zalen, het davert over de bespandoekte pleinen: we shall overcome some day, o deep in my heart, I realise, we shall overcome some day. Welk een stralende oprechtheid!

In de katholieke vastentijd van weleer (mag ik het mijn geloofsbroeders en -zusters in herinnering brengen?) zongen wij: „flectamus genua".

Op de knieën, ja zeker. En het hele jaar door: supplices te rogamus: smekend vragen wij U.

Nu hoor ik, alom en altijd, kortaf en zonder pardon: wij eisen.

De mens is zich van zijn eigen waardigheid bewust geworden, zegt men, sinds Hegel, sinds Feuerbach en Marx, sinds Nietzsche en Freud e.t.q. hem hebben bevrijd van zijn horigheid aan metafysieke krachten buiten hem zelf.

Maar of men gelooft in een Koning danwel hoopt op eigen kracht, of men smeekt danwel eist: een ding blijft steeds hetzelfde: er valt iets te geloven, te hopen; er is reden om te smeken, te eisen.

De «condition humaine» is er tot nu toe steeds een geweest van gemis, van uitzien naar redding. Is de vervulling sinds de mens zelfbewust werd, veel dichter bij gekomen?

Things that never change.

Het recht heeft geen regels in zijn ransel inzake eenzaamheid, een ander woord voor gemis. Het recht kent slechts de gemeenschap, het samen zijn: in oorlog of vrede. Maar in de beste aller gemeenschappen zouden wij wel eens de meest vereenzaamden van alle werelden kunnen gaan worden. Als er geen ziekten meer zijn om aan dood te gaan, zal de mens niet sterven aan aftakeling of aan slijtage (want ook dat zijn ziekten, die voorkomen en genezen zullen worden) maar aan heimwee en eenzaamheid.

Vroeger toen ik woonde diep in het land
vrat mij onstilbaar wee,
zoals een gier de lever, want
ik wist geen plaats geeft mij bestand
en ik zocht het ver op zee.

Maar nu ik ver gevaren heb
en lag op d'oceaan alleen,
waar slechts d'Acunh' en Sint Heleen
nog boren door de kimmen heen,
voel ik het trekken als een eb
naar het verre, vaste, bruine land.
Nu weet ik, nergens vind ik vree
op aarde niet en niet op zee.
Pas aan die laatste smalle ree
van hout in zand.
(J.J.Slauerhoff, uit het hoofd geciteerd).

Die volstrekte eenzaamheid, waaraan niemand altijd en geheel ontkomt, kan niet overwonnen worden door zelfbewust eisen en verdwijnt niet bij gelovig smeken. Maar eisers en smekers, rechtelozen en machtigen, om het leven leefbaar te maken, zijn ze allen aangewezen op iets wat onder beschaafde mensen niet meer genoemd mag worden en dat slechts omcirkelend mag worden benaderd.

Wordt er een enkele keer in deze tijd nog van gesproken, dan dient men zich te excuseren: 'I have a dream...'

Dan mag het, omdat het niet echt gebeurt.

31-8-'72

SBN 90 271 0787 4

ERKEERSWET
nt Verkeersregels
rkeerstekens
rt. 41
No. 3

Diverse Wetten enz. 28A
(Beslissingen van de Strafrechter)

H.R.

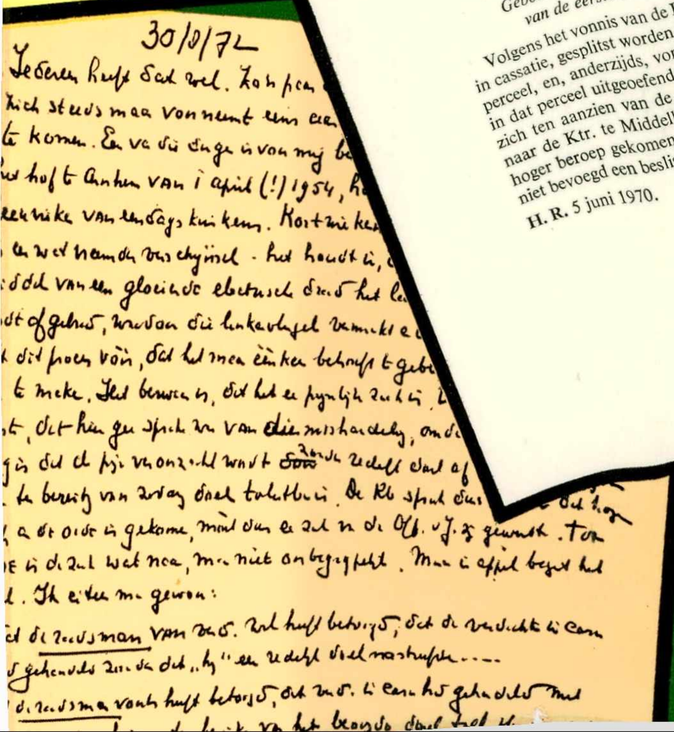
De opvatting van de Rb. dat „het naderen van een kruising" niet eindigt vóór het kruisingsvlak, kan niet als juist worden aanvaard.

Aldus wordt aan het in de t.l.l. voorkomende woord „naderen", hetwelk geacht moet worden aldaar te zijn gebruikt in dezelfde zin als het woord „nadering" in art. 41 R.V.V., een uitleg gegeven, welke afwijkt van het normale spraakgebruik, terwijl uit niets blijkt dat in genoemd artikel door de Besluitwetgever niet het normale spraakgebruik is gevolgd.

H. R. 10 november 1970. N. J. 1971

Art. 1954 Burgerlijk We
No. 121

Gebondenheid van appelrechter aan kracht van de eerste rechter.

Volgens het vonnis van de Rb. kan de reconver in cassatie, gesplitst worden in, enerzijds, een v perceel, en, anderzijds, vorderingen betreffend in dat perceel uitgeoefende hotelbedrijf, alsm zich ten aanzien van de eerste vordering o naar de Ktr. te Middelburg. Geen van be hoger beroep gekomen, zodat zij kracht v niet bevoegd een beslissing te geven over

H. R. 5 juni 1970.