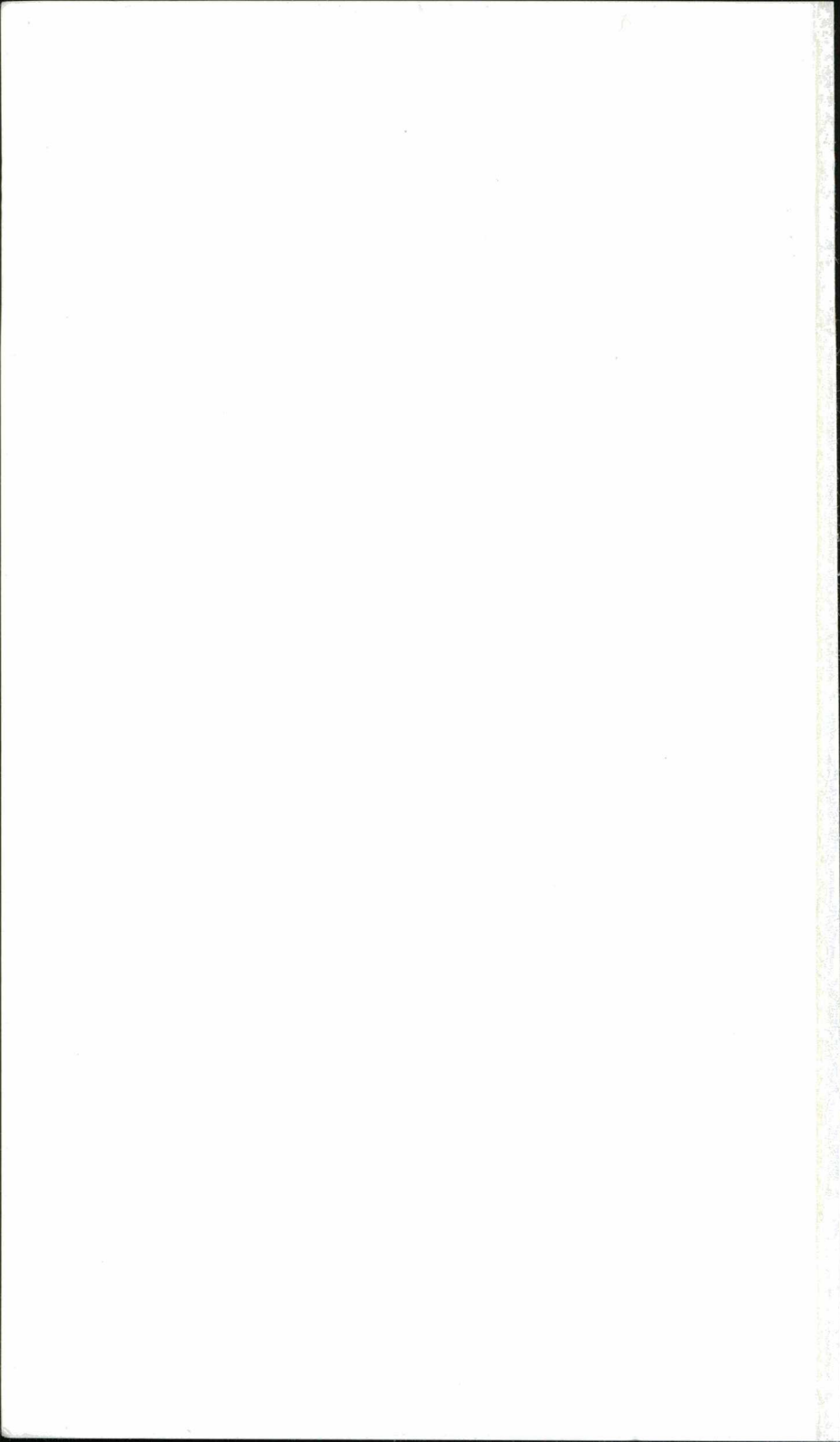


De binnenkant van het recht

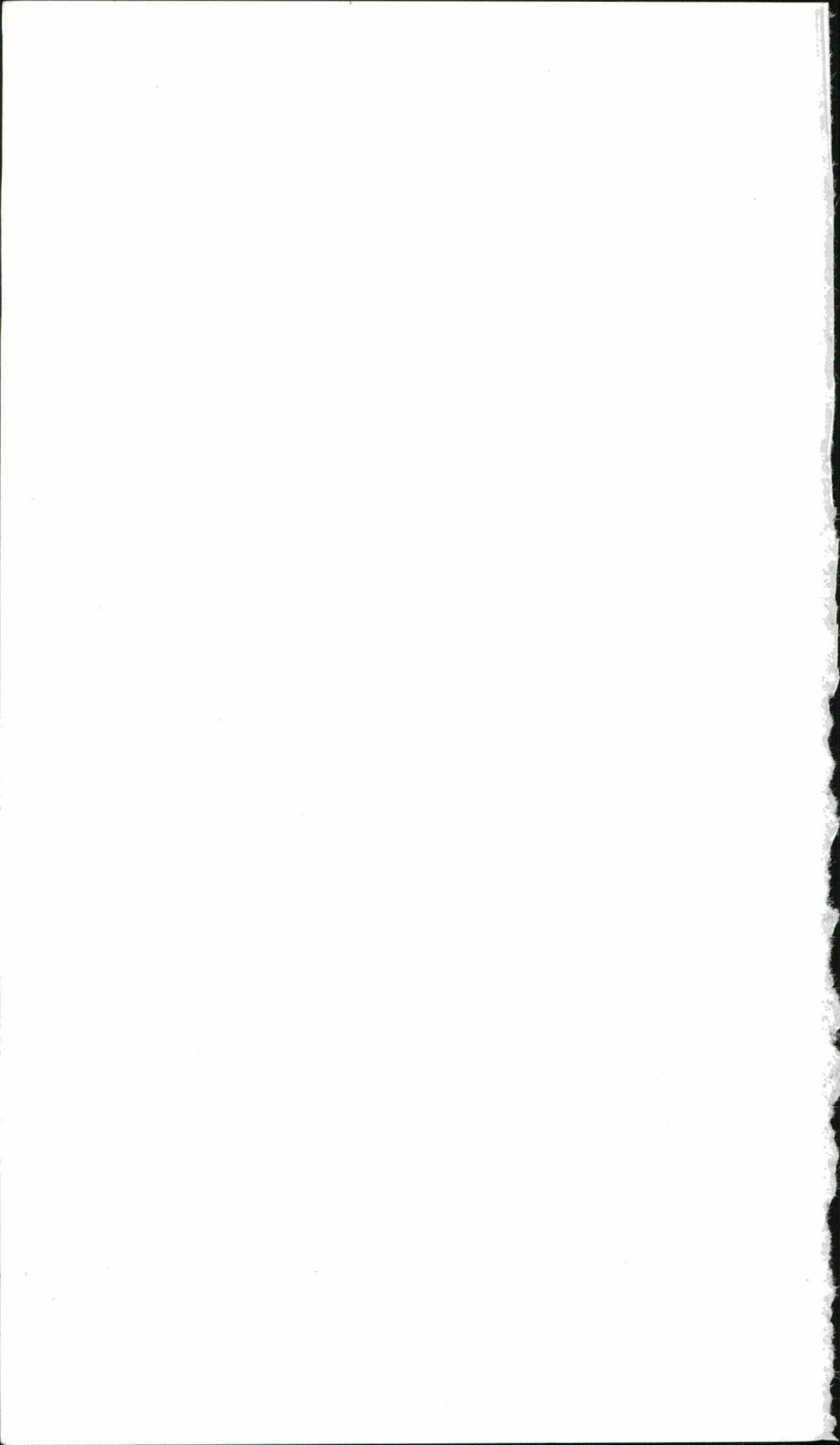
Van buitenaf bezien

Jan Leijten

Sdu UITGEVERS



De binnenkant van het recht



De binnenkant van het recht

Van buitenaf bezien

door Jan Leijten

Opgedragen aan Relinde, een sterke vrouw

Sdu Uitgevers
Den Haag 2006

Meer informatie over deze en andere uitgaven kunt u verkrijgen bij:
Sdu Klantenservice
Postbus 20014
2500 EA Den Haag
tel.: 070 - 378 9880
fax: 070 - 378 9783

© 2006 J.C.M. Leijten, Nijmegen

Ontwerp omslag: Villa Y, Den Haag
Opmaak binnenwerk: emjee | grafische vormgeving, Varik

ISBN: 90 1211 210 9
NUR: 822

Alle rechten voorbehouden. Alle auteursrechten en databankrechten ten aanzien van deze uitgave worden uitdrukkelijk voorbehouden. Deze rechten berusten bij J.C.M. Leijten.

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet 1912 gestelde uitzonderingen, mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand of openbaar gemaakt in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische veelevoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16 h Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (artikel 16 Auteurswet 1912) dient men zich te wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, (www.cedar.nl/pro)). Voor het overnemen van een gedeelte van deze uitgave ten behoeve van commerciële doeleinden dient men zich te wenden tot de uitgever.

Hoewel aan de totstandkoming van deze uitgave de uiterste zorg is besteed, kan voor de afwezigheid van eventuele (druk)fouten en onvolledigheden niet worden ingestaan en aanvaarden de auteur(s), redacteur(en) en uitgever deswege geen aansprakelijkheid voor de gevolgen van eventueel voorkomende fouten en onvolledigheden.

All rights reserved. No part of this publication may be reproduced, stored in a retrieval system, or transmitted in any form or by any means, electronic, mechanical, photocopying, recording or otherwise, without the publisher's prior consent.

While every effort has been made to ensure the reliability of the information presented in this publication, Sdu Uitgevers neither guarantees the accuracy of the data contained herein nor accepts responsibility for errors or omissions or their consequences.

Inhoudsopgave

	Voorwoord	7
1.	Gedachten van een jurist over strijd tegen terreur	10
2.	Van de wijsheid en de rechten van het varken	16
3.	Over verkrachting in rechtspraak en in literatuur	21
4.	Odièvre en haar vergeefse zoektocht	28
5.	Over Prins Bernhard en Rachel Carson	36
6.	Caroline van Hannover of de botsing van het recht op privacy en het recht op vrijheid van meningsuiting	45
7.	Twee weekjes reizen door het recht	49
8.	Het recht in de dagbladen, een impressie	60
9.	Gepruttel om niks	67
10.	Herinneringen aan een jurist die ik bewonder: Gerard Wiarda	72
11.	De valkuilen der aansprakelijkheid	80
12.	Moord zonder straf, naar eer en geweten begaan	90
13.	Kritiek op de openbare machten	92
14.	Small Talk over advocaten	99
15.	Twee soorten advocaten?	101
16.	Wat advocaten in strafzaken wel en wat zij niet (ver)mogen	103
17.	De advocatuur en no cure no pay	106
18.	Nog maar eens, jaren later, no cure no pay	108
19.	Het ongewenste leven van Kelly (I)	111
20.	Het ongewenste leven van Kelly (II)	115
21.	De Staat der Nederlanden strafbaar? (I)	121
22.	Jaren later nog eens: de Staat strafbaar? (II)	125
23.	Verzekeringsfraude	130
24.	Zo maar een vonnis?	134

25.	Job de Ruiters over Jan Donner	141
26.	Rechtspraak voorbij nationale traditie	156
27.	Infiltratie, uitlokking en afluisteren	162
28.	Infiltratie in de bajes	167
29.	'Listige streken' afgestraft	170
30.	Asser-Vranken: drie sterren is nog weinig	177
31.	'Lagere' rechtspraak	182
32.	Criminaliteit als maatschappelijk verschijnsel	185
33.	Tweemaal over de rechten van de mens te Straatsburg	191
34.	Matiging van straf en van schadevergoeding	194
35.	Vergelijkenderwijs	201
36.	Aansprakelijkheid (I)	206
37.	Moderne problematiek in het Verkeersrecht	213
38.	Een eeuw van nederlagen	215

Columns

I	Thomas More en het Arnhemse Gerechtshof	14
II	Whiplash	20
III	Wrongful birth	26
IV	Vuilniszak	35
V	Bouwfraude in de negentiende eeuw	43
VI	Verlaging van de alcohollimiet	47
VII	Spuwen in de rechtszaal	59
VIII	Een primeur en een struikeling	66
IX	Elsevier en onze carrières, uitgedrukt in geld	70
X	'Ontslag van rechtsvervolging bij gebrek aan bewijs'	78
XI	Breedband televisie en gijzeling	123
XII	Van Zuidbroek naar Groningen-stad	128
XIII	Giscard d'Estaing versus Wim Kok	133
XIV	De schrikaanjagende Amerikaanse rechter	140
XV	De dictator zit soms op de fiets	154
XVI	Als waren zij gehuwd...	161
XVII	Burgermoeders	166
XVIII	Vuurwapens in Nederland en in de Verenigde Staten	169
XIX	De rechter is zijn eigen weegschaal	174
XX	Dus	181
XXI	Drugs	218

Voorwoord

“Levenslang lijkt logische eis tegen Richard H.” staat er in *De Gelderlander* van 26 september 2005 boven een artikel dat een soort voorbeschouwing geeft van de rechtszaak tegen een man, die ervan verdacht wordt zijn vrouw en zijn kinderen gedood te hebben. Hij deed dat, zo lees ik verder, uit wanhoop. Trial by media? Weet ‘onze verslaggever’ (verslag waarvan?) voldoende om dat onbarmhartige oordeel te rechtvaardigen? Wil hij het Openbaar Ministerie influisteren wat het doen moet? Kent hij het dossier? Gaat het alleen om de daad of – ook – om de persoon van de dader?

Het recht en de daaruit voortvloeiende rechtspraak: het is mensenwerk en vaak moeilijk mensenwerk. Daarom worden er ook daar fouten gemaakt, veel fouten, ernstige fouten soms, zoals we op een gruwelijke manier hebben moeten vernemen, toen voor de moord op een meisje de verkeerde man werd veroordeeld tot een langdurige gevangenisstraf. En deze straf zou nog voortduren als zich niet de uitzonderlijke situatie had voorgedaan dat een andere man bekend had dat hij het feit had begaan. Maar er bestaat geen verslag van welke verslaggever dan ook, over wat er in recht en rechtspraak aan goeds is gebeurd en dag in dag uit blijft gebeuren. Dat verslag zou lang zijn en vooral *vervelend* en de klacht dat de media wel verslag doen van moorden maar niet van de gevallen waarin geen moord is gepleegd, is niet terecht. Want daarvoor is in de media ruimte en tijd niet aanwezig en we zullen er nooit achter komen wie allemaal, waar en wanneer, een moord *niet* hebben gepleegd, hoewel er mensen waren die daar zin in of reden toe dachten te hebben.

Vervelend. Ik denk aan het boek vol haat en jaloezie van Graham Greene *The End of the Affair*, waarin ik lees:

“The sense of unhappiness is so much easier to convey than that of happiness. In misery we seem aware of our own existence (...) But happiness annihilates us: we lose our identity (...)”

Een sombere kijk op het leven, die ik niet in alle opzichten deel. Maar wel in zoverre als Greene vervolgens uiteenzet dat geluk een hoogst individuele zaak is die zich niet leent voor de openbaarheid. Omdat ze daar voor anderen een genoegzame reden zou zijn voor haat en jaloezie. Wij behoren niet gelukkig te zijn en als we het toch zijn, moeten we er vooral onze mond over houden. Anton van Duinkerken durfde het wel aan toen hij in een moeilijke tijd van zijn leven in het gijzelaarskamp dichtte:

“Al wat Gij mij geeft heb ik dankbaar aanvaard
En Gij geeft mij geluk genoeg!”

Zelfs bij een simpele beschouwing van het leed in de wereld zou ik evenals vele anderen in deze streken moeten erkennen: Gij geeft mij (mogelijkheden tot) geluk *teveel*. En die ‘Gij’ is in elk geval óók iemand anders dan bij Van Duinkerken. Hij, meestal zij, is een meervoud bestaande uit... Maar over geluk moet je je mond houden en ik ga dan ook niet door, want ook schroom weerhoudt mij. Die bedoeld zijn weten het, hoop ik.

Maar het slot van Van Duinkerken's *De Wuivende*:

“En ik dank u. Het leven is goed”

kan en wil ik niet beamen. Het leven, ook in onze domeinen vol welvaart en decadentie, is slecht. Alleen wie heilig gelooft in de ‘voorzegging’ uit het Magnificat:

“Deposuit potentes de sede
Et exaltavit humiles”

zal daar wellicht vrede mee hebben. Maar helaas, het is een voorzegging gesteld in de verleden tijd als had zij reeds haar beslag gekregen. Zijn de machtigen van hun stoel af gedonderd? En zijn de nederigen, de machtelozen er op gezet? Wie geconfronteerd wordt met een harteloze regering die zich voor een kwantitatief

belangrijk deel durft te tooien met het epitheton: christelijk, die weet wel beter.

Dit is het laatste boek dat ik schrijf over zaken en personen van het recht. Al tien jaar bekijk ik het van buitenaf. En probeer iets te begrijpen van wat er aan de binnenkant gebeurt. 'Soms lukt het, meestal lukt het niet'. Welke (pijnlijke) invloed op het recht heeft de dreiging van terreur? Hoe gaan juristen om met het bederf van het milieu en met de hysterie van de massa's?

Ik heb ook in het recht schitterende figuren meegemaakt of uit hun werk leren kennen. In dit boek haal ik enkele naar voren. Het zal misschien verbazen dat ik veel aandacht besteed aan advocaten en aan advocatuur. Ik idealiseer de advocaten niet want er zit ook gajes onder om het grof te zeggen. Maar het is een schitterend beroep. En is niet minstens gedeeltelijk waar, zo vraag ik mij af, wat Camus in *La Chute* de Franse advocaat, die in Amsterdam is neergestreken en die zich een '*juge pénitent*' noemt, laat zeggen:

"Twee oprechte overtuigingen accentueerden dit nog: het gevoel van voldoening dat ik aan de goede kant van de balie stond en een instinctieve minachting in het algemeen voor alles wat rechter is (...) Voor een buitenstaander leek dat echter een waar parti-pris. Het valt nu eenmaal niet te ontkennen dat we, althans op dit ogenblik, rechters nodig hebben. Maar ik heb nooit kunnen begrijpen, dat er mensen zijn die zich vrijwillig beschikbaar stellen voor dit vreemde beroep (...)."

Dit is, wordt mij nog tijd gegund, toch niet mijn laatste boek. Ik heb nog wat op het hart. En in het recht speelt het hart maar een bescheiden rol.

Een oprechte poging om nog een keer die – bescheiden – rol tot leven te brengen, was het doel, dat ik mij, schrijvende weg, heb gesteld.

A- Dieu

1 Gedachten van een jurist over strijd tegen terreur

– 1 –

In het dagblad *Trouw* van 26 januari 2005 trof ik de volgende passage aan, die, naar ik meen, treffend weergeeft welk een duivels dilemma gepaard gaat met bestrijding van terreur, in het bijzonder daar waar terreur *dreigt* te gebeuren zonder dat ze zich al in volle omvang vertoond heeft:

“Scherpe maatregelen, die aan fundamentele vrijheden raken en voor burgers ongemak meebrengen, zijn verdeigbaar, zolang de overheid in staat is duidelijk te maken dat zij effectief en proportioneel zijn. Dat is ook nodig om niet in de fuik te zwemmen van de paradox dat de rechtsstaat moet worden uitgehold om haar te beschermen.”

Gerrit Komrij zegt het in een interview wat korter, na vastgesteld te hebben dat de natuurlijke staat van de mens is om een ander dood te slaan en dat de rest allemaal prietpraat is, anders zou er veel meer vrede zijn in de wereld:

“Ik vind de middelen voor terreurbestrijding erger dan de terreur zelf.”

Onze nationale overheid heeft verkondigd dat de maatregelen die zij heeft genomen en voornemens is te nemen in haar strijd tegen het terrorisme ‘in lijn liggen’ met die van de overige Europese landen. Ik kan helaas niet beoordelen of dat juist is, maar wel dat anders dan in minstens één ander land, een heldere verantwoording door de overheid van die maatregelen ontbreekt. Een verant-

woording die broodnodig is. Wel wordt duidelijk dat de bedoeling is daarmee de veiligheid van de burger te versterken maar niet wordt duidelijk gemaakt waarom en in welke mate zijn vrijheid daarom moet worden ingeperkt. Het minst belangrijk, maar ook het minst effectief, lijkt me in dit verband de identificatieplicht, die de oudsten onder ons doet terugdenken aan die barre tijd waarin men een 'Ausweis' op zak moest hebben. Een stuk ernstiger al is fouillering zonder dat individuele verdenking bestaat. Het is het verschil tussen iets moeten tonen en iets moeten voelen. Het ergste is ongetwijfeld langdurige vrijheidsberoving zonder dat van concrete verdenking sprake is en dat is waartegen een aantal rechters met klem heeft geprotesteerd. Straks komen zij, als dienaren van wet en recht, voor het indertijd door de beroemde Duitse strafrechtsgeleerde Gustav Radbruch zo prangend geformuleerde probleem te staan, zulke maatregelen te moeten toepassen of te moeten abdiceren. Onder die omstandigheden is het te billijken dat rechters zich, voordat het ongewenste tot wet is geworden, kritisch tot de politiek richten, terwijl zij in het algemeen zich niet bezig dienen te houden met de 'innerlijke waarde' van de wet, zoals de politiek zich ook niet dient te bemoeien met de uitspraken van de rechter.

– 2 –

Radbruch behoort al lang niet meer tot de levenden. Het is met een andere wel nog volop levende Duitse persoon, dat ik mij in dit verband wil bezig houden: ik doel op Brigitte Zypries, Bundesministerin der Justiz, die op 4 juni 2004 aan de rechtenfaculteit van Münster een voordracht hield onder de titel: *Der internationale Terrorismus – Bewährung für Freiheit. Demokratie und Rechtsstaat.*

Haar voordracht geeft er blijk van dat zij beseft, dat maatregelen tegen (de dreiging van) terrorisme (ter bescherming van de veiligheid) op gespannen voet kunnen staan en dat al naar gelang zij robuuster worden in steeds toenemende mate, met het behoeven (Bewährung) van ieders vrijheid. En dat is juist wat, zoals ook *Trouw* in de aangehaalde passage aanduidt, wat aan het optreden van de Nederlandse regering ontbreekt: die legt alleen maar de nadruk op het gevaar voor aantasting van de veiligheid en bekomert zich niet om de andere zijde van de medaille: het gevaar voor

aantasting van de vrijheid. Daardoor ontbreekt de afweging van deze belangen en wordt veiligheid een soort toegangspoort tot *elke* maatregel, die haar bevordert ongeacht de mate van vrijheid die het aldus beschermde individu daardoor te kort komt. Ik denk dat de veiligheid van iedereen optimaal wordt bevorderd als we allemaal in een eenpersoons cel in de gevangenis worden gezet maar dat er dan ook van onze vrijheid geen spaan overblijft.

– 3 –

Het is een opgave voor ons allemaal, zo schrijft de Duitse minister, er voor te zorgen dat in de strijd tegen het terrorisme onze ‘Grundwerte’ geen gevaar lopen. Maatregelen van de staat tegen onveiligheid van zijn burgers door terreur zijn, volgens haar en mij, nodig. Maar dat soort maatregelen gaat vaak gepaard met beperkingen van de vrijheid van het individu. Enerzijds zijn er in het geding de rechten van hen die wij verdenken of vervolgen. Anderzijds zijn hierbij ook betrokken de grondwettelijke rechten ‘aller Bürgerinnen und Bürger’. Het gaat over de praktische vraag hoe de Staat van vandaag de dreigende gevaarssituatie kan bejegenen met de middelen van de rechtsstaat. Die middelen moeten effectief zijn maar tegelijkertijd mogen zij de ‘Bürgerinnen und Bürger’ niet onevenredig in hun rechten aantasten. “Wij bewegen ons dus”, zo nog steeds deze minister, “in een spanningsveld”. En het is de opgave van iedere democratie, van iedere rechtsstaat de juiste balans te vinden tussen veiligheid en vrijheid. Deze afweging is van betekenis zowel in de repressieve als in de preventieve fase van bestrijding van het terrorisme.

Vervolgens haalt de minister Cicero’s beruchte oneliner aan: ‘inter arma silent leges’ (als het oorlog is doen de wetten er niet meer toe) om zich daar met kracht tegen te verzetten. Zij stelt vast dat in Duitsland een aantal maatregelen is genomen die ten doel hebben terroristisch aanslagen te *verhindere*n (preventie) terwijl, door de ervaring geleerd, in het bereik van het strafrecht (repressie) daar geen vergelijkbare aanscherpingen zijn getroffen. De minister herinnert er aan dat Duitsland na de Tweede Wereldoorlog al eerder met terreur te maken heeft gehad en zij doelt daarbij zonder twijfel op de strijd tegen de Rote Armee Fraktion.

Zeer belangwekkend is ook dat een *minister* ons meedeelt dat bij de berechting van terroristen van ‘islamistisch-fundamentalis-

tischer Glaubensrichtungen' en in het bijzonder van twee personen, die in dat opzicht het meest de aandacht hebben getrokken (Abdelghani Mzoudi en Mounir El Motassadeq), wordt gestoten op de grenzen van 'rechtsstaatliche Ermittlungen' wanneer om hogere redenen (übergeordneten Gründen) belangrijke bewijsmiddelen niet aan de gerechten ter beschikking worden gesteld. De Verenigde Staten verhinderden in die twee zaken dat een belangrijke getuige door de Hamburgse rechters verhoord kon worden. In zulke gevallen zal men moeten vrezen dat de rechters, als het overige bewijs onvoldoende is, tot een vrijspraak moeten komen. De hier geschetste problematiek is ook op de Nederlandse strafvordering van toepassing en zal ook daar tot onbevredigende uitspraken kunnen leiden. Onbevredigend *voor sommigen* als toch wordt veroordeeld, onbevredigend *voor velen* als wordt vrijgesproken. Tot die laatste behoor ik niet.

Alle lof voor Brigitte Zypries, Bundesministerin der Justiz in Duitsland.

I Thomas More en het Arnhemse Gerechtshof

Mij bereikt een verheugend bericht: het Arnhemse Gerechtshof, afdeling strafzaken, liet onlangs aan de buitenwereld weten dat het geen werk meer had. De voorraad strafzaken was op. Ook hoe dat zo gekomen was, werd ons uitgelegd. Hoewel de werkweek slechts 36 uren telt, hadden de raadsheren die zich met strafzaken bezig hielden wekenlang 50 uren gewerkt zonder dat, maar dat zeg *ik* erbij, rechters overuren in rekening kunnen brengen. Ik denk dat het hof daarmee aan de Minister van Justitie en aan het publiek een bijzonder goedkope manier aan de hand heeft gedaan om overal in den lande de kasten met strafdossiers leeg te krijgen. Voor wat betreft de civiele sector ziet het er, vrees ik, wat minder florissant uit. Zou 80 uur soelaas kunnen bieden?

Overigens zal de prestatie van het Arnhemse Hof, afdeling strafzaken, helaas niet in het Guinness Book of Records worden bijgeschreven. En wel hierom niet.

Thomas More, de vriend van 'onze' Desiderius Erasmus (maar aanzienlijk bloeddorstiger wanneer het ketters betrof) werd in 1535 zelf ter dood veroordeeld en onthoofd (en pas in 1935 heilig verklaard). Hij is een van de weinige heiligen, zo er verder al een is, die twee keer is getrouwd. Het tweede huwelijk viel wat tegen, maar voor wie heiligheid nastreeft, is dat geen nadeel. Deze Thomas More is in de tijd dat hij nog volop in de gratie was ook opperrechter geweest. Hij was, zo vertellen ons zijn biografen, bij wijze van uitzondering niet corrupt. Hij zou, zo zei hij, als hij een geschil moest beslechten tussen zijn moeder en de baarljke duivel, de duivel gelijk geven, als die gelijk had. Alle levensbeschrijvers vertellen over More als strafrechter hetzelfde verhaal: op een dag, toen de zitting ten einde

liep, sprak More, zoals ook nu nog gebruikelijk, de rituele woorden: "deurwaarder, volgende zaak". En de deurwaarder antwoordde: "meneer de rechter, alle zaken zijn op". Dat was, zo voegen de biografen daar aan toe in het verleden nooit voorgevallen; zijn voorganger Wolsey had hem zaken overgedragen die al twintig jaar onbeslist in de kast lagen. Zijn levensbeschrijver Stapleton ging zelfs voorspellen: "such a thing is said never to have happened before or since". Van die laatste voorspelling heeft het Arnhemse Hof nu de onjuistheid aangetoond. Thomas Moore zou daar wel een verklaring voor aandragen. In zijn *Utopia* moeten alle mensen werken. Dat doen ze lang niet allemaal, schrijft hij. En om duidelijk te maken dat hij geen feminist was noemde hij onder de niet-werkenden zowat alle vrouwen. Maar, aldus Thomas More, niemand mag meer dan zes uur per dag werken en uiteraard in het geheel niet op de dag des Heren. Zes en dertig uren dus per week. En dat voorschrift hebben ze in Arnhem aan hun laars gelapt.

Naschrift van latere datum: toen dat allemaal goed en wel bekend was geworden hebben ze het Arnhemse Hof belast met een deel van de strafzaken die het Hof in Amsterdam niet aan kon. Je moet nooit al te spraakzaam zijn als het goed gaat. In deze harteloze wereld weten ze daar altijd een afdoende remedie voor te vinden.

2 Van de wijsheid en de rechten van het varken

- 1 -

In *Animal Farm* van George Orwell zijn het de varkens, die de wijsheid in pacht hebben. Daar is allereerst Major, de twaalfjarige 'prize boar', die meer dan vierhonderd kinderen heeft gehad en die drie dagen voor zijn dood in een opstandig lied de gouden toekomst voorspelt van de 'Beast of England', 'Beast of Ireland', ja 'Beast of every land and clime'. Dat begin moest een vervolg hebben en de daarmee samenhangende taak van onderwijs en organisatie viel natuurlijk ten deel aan de varkens, die nu eenmaal door iedereen werden erkend als 'being the cleverest of the animals'. Varkens, zo laat zich horen, namen niet deel aan de werkzaamheden maar hadden de leiding over en het toezicht op de andere dieren. Snowball en Napoleon namen de heerschappij over van de overleden Major en waren de eerste wetgevers in het dierenrijk. Hun wetgeving was kort en krachtig. Zij gaven zeven wetten uit, zo geredigeerd dat zelfs domme dieren ze konden begrijpen: en noemden ze *The Seven Commandments*:

1. Iedereen die op twee benen loopt, is een vijand.
2. Wie op vier benen loopt of vleugels heeft, is een vriend.
3. Geen dier zal ooit kleren dragen.
4. Geen dier zal ooit in een bed slapen.
5. Geen dier zal ooit alcohol drinken.
6. Geen dier zal een ander dier doden.
7. Alle dieren zijn gelijk.

Dat zevende gebod heeft overigens in de altijd minder fraaie praktijk des levens, die ook bij dieren geldt, geleid tot een corrupte uitleg en toevoeging: "but some are more equal than others".

Tweede minpunt was wel dat het karakter van de varkens Snowball en Napoleon, eenmaal in het bezit van de macht, niet gelijk op liep met hun intelligentie en in de strijd om het unieke leiderschap ging het dan ook de verkeerde kant op: de varkens gingen steeds meer op mensen lijken en "already it was impossible to say which was which". Einde verhaal.

- 2 -

Het verhaal van de 'rise' en later van de 'decline and fall' van de varkens kwam bij mij op toen ik kennis nam van een arrest van de Hoge Raad van 27 januari 2004. Het is bekend dat een van de mensenrechten de vrijheid van beweging is. Maar ook dieren hebben behoefte aan vrijheid van beweging, al zijn de mensen niet bereid die bewegingsvrijheid, zo ze al verleend wordt, ruim toe te wijzen. Het verlangen dieren zo weinig mogelijk vrijheid van beweging te geven om zelf zoveel mogelijk vulling van geldbeurs te verwerven, heeft er toe geleid dat de ruimte waarop, onder meer, varkens recht hebben bij wet moest worden vastgesteld. Het is bekend dat een terugtrekkende overheid, die door velen zo vurig gepredikt wordt als het hoogste goed, zo zuinig als maar mogelijk is moet zijn met nieuwe wetten. De legalisering werd en wordt als een ideaal gezien. Maar dat ideaal is in een moderne samenleving met een beetje hart een illusie, een fata morgana. Hoeveel milieuwetten bestonden er in 1940 of daaromtrent en hoeveel zijn er nu? Hetzelfde geldt voor regelingen waardoor dieren op enige vrijheid van beweging aanspraak kunnen maken. Nu had de wetgever een regel kunnen opstellen die ongeveer zo zou luiden: elk dier moet die vrijheid en mogelijkheid van beweging hebben die voor dat dier, gelet op zijn aard en grootte, passend is. Maar zo een vage regel zou voor ontelbare problemen zorgen en de rechtspraak nog meer belasten. Daarom was het niet alleen nodig die ruimte bij wet te regelen maar ook om die wet zo concreet mogelijk te maken. Het Varkensbesluit, uitvloeisel van artikel 38 van de Gezondheids- en Welzijnswet voor dieren, bevat een artikel 4, eerste lid (oud) dat luidt:

De voor de varkens beschikbare oppervlakte van een stal bestemd voor gespeende varkens, gebruiksvarkens, geiten of zeugen bedraagt tenminste per varken met een gemiddeld gewicht:

- a. tot 30 kg: 0,30 m²;
- b. van 30 tot 50 kg: 0,50 m²;
- c. van 50 tot 85 kg: 0,60 m²;
- d. van 85 kg tot 110 kg: 0,70 m²;
- e. van meer dan 110 kg: 1,00 m².

Het houdt niet over, zouden Major en zijn opvolgers aan het dierenrijk vertellen, maar het is tenminste iets. Maar een nieuwe Mr. Jones, erfgenaam van de eigenaar van de Manor Farm, waar later de dieren heersten, zou je hebben kunnen horen klagen "Ik heb er dagwerk aan." Voor wie dat niet begrijpt, zal hij het uitleggen: er zijn varkens die op het randje van een grensgewicht zitten. Om niet strafbaar te zijn, moet ik iedere dag met de weegschaal naar de stal om te zien of varken A niet zoveel is toegenomen in gewicht dat ik verplicht ben hem of haar in een ruimer vertrek onder te brengen. En, geloof maar niet dat de pakkans gering is. Iedere dag kunnen ze komen controleren. Laatst nog hebben ze bevonden dat ik in mijn stal bestemd voor gebruiksvarkens, negentig varkens had met een gemiddeld gewicht van tussen de 50 en 85 kilogram die per varken minder oppervlakte tot hun beschikking hadden dan de verplicht gestelde ruimte van 0,60 m² en ga zo maar door. Wat denkt u wel dat ik voor een boete kreeg? Ja, meneer: tienduizend euro's. En ik had er nog wel een beroemde advocaat bij gehaald die een berensterk verweer had: hij voerde aan dat mijn varkens *niet* te weinig ruimte hadden omdat meegeteld moet worden de vloeroppervlakte onder de schuine kant van de voederbak. In die ruimte kan een varken rustig liggen en daarom is aan de eisen van de wet voldaan. Weet u wat de Hoge Raad besliste? Ik heb het op een papiertje geschreven want het is nogal moeilijk te begrijpen:

"Onder de voor varkens beschikbare oppervlakte van een stal moet worden verstaan: de nettoruimte voor de varkens. Er moet dus – anders dan in het middel wordt betoogd – niet mede onder worden verstaan ruimte waar de varkens zich niet vrij kunnen bewegen maar slechts met

een gedeelte van het lijf kunnen liggen, maar: de ruimte waarin de varkens zich vrij, dus zonder gehinderd te worden door een obstakel, kunnen bewegen.”

Ik keek de man aan, en zag dat het Mr. Jones jr. niet meer was. Het was, nota bene, een B.V. geworden. En een die verschrikkelijk veel leek op een varken. Ik keek hem aan en achter mijn rug hoorde ik de schim van ‘prize boar’ Major zeggen: “Dat heeft die Hoge Raad nu eens echt heel goed gedaan”. Ik hield mijn mond maar en peinsde wat over het begrip: nettoruimte.

Ik was het met Major eens maar durfde dat niet te zeggen want de B.V. was heel kwaad en B.V.’s zijn sterk als ossen. Geen mens kan er tegen op...

II Whiplash

Ik sta ervan te kijken hoe vaak whiplash de laatste jaren in rechterlijke beslissingen een rol speelt. Ineens schijnt iedereen daar last van te hebben. En of iemand daar last van heeft, lijkt even moeilijk vast te stellen te zijn (of te ontcrachten) als hoofd- en rugpijn. In het maandblad *Verkeersrecht* van juni 2001 komen drie rechterlijke beslissingen voor waarin het verschijnsel de hoofdrol vervult (nr. 94, 95 en 96) en in de laatste uitgave van de *Nederlandse Jurisprudentie* ontmoeten we haar weer. Daar komt de vraag aan de orde of de whiplash die twee personen opliepen bij een verkeersongeval wel kon worden beschouwd als *zwaar* lichamelijk letsel. Bij een hersenfractuur of een gebroken been zal daarover geen twijfel bestaan. In *Van Dale*, editie 1976, komt het woord whiplash niet voor. In de latere drukken van *Van Dale* wel: "plotselinge, heftige, eerst achterwaartse en vervolgens voorwaartse bewegingen van het hoofd, optredend bij o.a. verkeers- en sportongevallen, die beschadigingen in en rondom de cervicale wervelkolom tot gevolg hebben".

Hoe komt het dat die bewegingen voor de taalkundigen van 1976 nog onbekend waren terwijl je je nu, zo lijkt het soms, een beetje moet schamen als je niet ooit een beetje last van whiplash hebt gehad? Zijn ziektes ook onderhevig aan modeverschijnselen? Of hebben de letselschadeadvocaten weer een nieuw arbeidsterrein gezocht en gevonden?

3 Over verkrachting in rechtspraak en in literatuur

– 1 –

“She was sleeping soundly”

Dit minuscule zinnetje, dat lijkt te komen uit een kneuterig verhaal, is de spil waar rond de bekendste roman van Thomas Hardy (1840-1928) *Tess of the D'Uberilles* (1891) draait. Want negen maanden en ruim tien bladzijden later heeft Tess een kind ter wereld gebracht, dat zij alvorens zij het zelf doopt, omdat het wel dra zal sterven, een naam moet geven. Zij noemt het Sorrow en die doopscène in het boek is een van de meest ontroerende, die ik ken. Tess had natuurlijk gewenst dat de ‘pastor’ haar kind zou dopen maar haar tirannieke en meestal dronken vader wilde geen priester in zijn huis toelaten. En zoals wij lang geleden in de catechismusles moesten leren: in geval van nood mag en moet eenieder dopen: Haar vele jonge broertjes en zusjes waren in de nacht door haar wakker gemaakt om als getuigen dienst te doen:

“Sorrow, I baptize thee in the name of the Father, and of the Son, and of the Holy Ghost.

She sprinkled the water and there was silence.

Say ‘Amen’ children.

The tiny voices piped in obedient response: ‘Amen!’”

Voor wie het nog niet duidelijk is: Tess uit het echte maar nu geheel verarmde geslacht van de ooit beroemde stam der D'Uberilles was in haar slaap (langs de kant van de weg) verkracht door een lid van de onechte maar schatrijke stam, Alec, bij wiens familie ze in dienst was genomen. Dienstboden en gouvernantes uit de negentiende eeuw waren veelal prooi voor de op-

groeïende zonen van de rijke families waar zij dienst deden, die langs deze weg het vak moesten leren. Maar Tess was er tot nu toe in geslaagd de toenaderingen van Alec te weerstaan en ze liet hem onverbloemd weten dat ze niets van hem moest hebben. Fraser Harrison geeft ons in *The dark Angel, Aspects of Victorian Sexuality* (1977), een even beknopt als meedogenloos beeld van deze huise-lijke en toen gewone situatie:

“Her status as a servant and his as a member of the employing class were sufficient to ensure that she could neither resist his attacks, nor show him affection. She had no choice but to collaborate in her own rape.”

Tess krijgt van haar moeder, als zij vertelt wat er is gebeurd en welk gevolg dat had, alleen maar te horen: “You ought to have been more careful if you didn’t mean to get him make you his wife”.

Tess zal later de vader van haar Sorrow vermoorden en daarvoor, ter dood veroordeeld, worden opgehangen. Hardy’s tijdgenoten en vooral zijn recensenten ergerden zich groen en geel aan de ondertitel van deze roman: *A pure woman* en aan het einde ervan waar hij, nadat het vonnis aan haar voltrokken was, schreef, (let vooral op de aanhalingstekens, die niet van mij zijn):

“‘Justice’ was done, and the President of the Immortals (...) had ended his sport with Tess.”

– 2 –

Zou Alec naar Nederlands recht wegens verkrachting kunnen worden veroordeeld omdat hij Tess in haar slaap misbruikte? Dat staat nog te bezien. Artikel 242 van het Wetboek van Strafrecht vangt als volgt aan: Hij die door geweld of een andere feitelijkheid of bedreiging met geweld of een andere feitelijkheid iemand dwingt tot het ondergaan van handelingen... Van geweld of dreiging met geweld is in de zaak van Tess zeker geen sprake geweest en een andere feitelijkheid (een toch al onduidelijk begrip) kan, dunkt mij, niet bestaan uit het feit dat het slachtoffer sliep toen het werd misbruikt. Het moet immers de dader zijn die door een van hem uitgaande feitelijkheid het slachtoffer dwingt tot het ondergaan van vleselijke gemeenschap of van een tongzoen (die,

mits afgedwongen, wel verkrachting oplevert). Dan rijst de vraag of de slapende iemand is die in staat van bewusteloosheid of lichamelijke onmacht verkeert, in welk geval artikel 243 Sr toepasselijk is. Direct valt op dat in de gevallen van artikel 243 Sr de maximumstraf aanzienlijk lager is dan in geval van 'gewone' verkrachting. Ik ben geneigd te menen dat iemand die slaapt in staat van lichamelijke onmacht verkeert, maar de geleerde juristen en de rechtspraak zijn het niet met mij eens. Ik citeer uit Noyon-Langemeijer-Remmelink bij artikel 243 Sr op pagina 738 en 739:

“Beide – bewusteloosheid en lichamelijke onmacht – zijn pathologische toestanden (...) Het is duidelijk dat iemand die slechts in een gewoon slapende toestand verkeert, net gezegd kan worden in een staat van bewusteloosheid te zijn, zoals de Rechtbank te Heerenveen, het Hof te Leeuwarden en het HMG aannamen.”

Kennelijk is het nog verder van huis als men de slapende wil beschouwen als verkerende in een staat van lichamelijke onmacht. Mijn conclusie moet dus wel zijn dat Alec naar Nederlands recht zich niet aan verkrachting of het misdrijf van artikel 243 Sr heeft schuldig gemaakt. Ik moet daaraan toevoegen dat hetzelfde handboek vermeldt dat misbruiken van een slapende in België, Frankrijk en Engeland wel als verkrachting wordt beschouwd. Of dat in het Engeland van 1891 ook al zo was, weet ik niet.

– 3 –

De beslissing van het Europees Hof voor de rechten van de mens (EHRM) van 28 oktober 2003, gepubliceerd met noot van Liesbet Stevens in het *NJCM-Bulletin* van april/mei 2005, is in dit verband van eminent belang.

Het betreft een zaak die aangespannen werd tegen Bulgarije, waarvan het Openbaar Ministerie, heel kort gezegd, jongens die ervan verdacht werden zich aan een veertien jarig meisje te hebben vergrepen, niet wilde vervolgen omdat onder artikel 152 van het Bulgaarse Wetboek van Strafrecht een persoon slechts vervolgd kon worden als het slachtoffer was gedwongen tot het ondergaan van “sexual intercourse by means of physical force or threats. This presupposes resistance but there is no evidence of

resistance in this particular case". Twee cumulatieve eisen worden hier gesteld aan strafbare verkrachting: (a) gebruik van geweld of bedreiging met geweld en (b) verzet daartegen. Het is echter zonneklaar dat iemand gedwongen kan worden tot het ondergaan van gemeenschap zonder dat die persoon er zich tegen verzet. In bepaalde situaties is verzet of praktisch onmogelijk òf zelfs zeer gevaarlijk. Het hof stelt dan ook vast dat fysieke weerstand van het slachtoffer niet (langer) vereist is in de wetgeving van Europese landen. Daar hoort ook Nederland bij.

Maar het hof gaat een heel stuk verder. Ik kan het heel kort zeggen in de woorden van het hof: "The investigation and its conclusions must be *centred on the issue of no-consent*". De prosecutor in de Bulgaarse zaak had, aldus het hof, de mogelijkheid dat het meisje geen toestemming had gegeven, niet uitgesloten maar had dat niet voldoende gevonden, niet bepalend, voor vervolging wegens verkrachting. En dat was het nu juist wel.

- 4 -

Er zijn nog meer belangrijke aspecten die samenhangen met deze breed gemotiveerde zaak, zoals wanneer wordt vastgesteld dat positieve verplichtingen in dit verband voor de staat óók voortvloeien uit schending van het recht op privacy (art. 8 EVRM).

Voor mij valt de nadruk op het ontbreken van toestemming als het beslissende criterium en dat in het kader van de seksuele autonomie van de aangerande persoon.

Het is duidelijk dat in deze visie, die waarin het ontbreken van toestemming het leidend beginsel is, de slapende Tess verkracht werd. Ik denk dat of de Nederlandse wetgever of onze rechtspraak, de laatste via uitleg van de wet, ertoe zullen moeten komen dit beginsel de overheersende plaats te geven die het toekomt, zodat zo'n ongelukkig en onredelijk arrest van de Hoge Raad als dat van 16 juni 1987 *NJ* 1988, 156 niet meer kan voorkomen. Daarin keurde de Hoge Raad goed, terwijl nota bene vaststond, dat geweld of bedreiging met geweld was gebezigd, deze overweging van het hof:

"Blijkens zijn, (...) overweging neemt het Hof als vaststaand aan dat de daarin genoemde vrouw – omdat zij definitief de relatie met de verdachte wilde verbreken –

geen vleeselijke gemeenschap meer met de verdachte wilde hebben, maar is het er niet eenstemmig van overtuigd dat de verdachte dit heeft voorzien.”

Als deze gedachtegang algemeen ingang zou vinden, zou het betekenen dat iemand die zo dom is dat hij niet doorziet dat de vrouw tegen wie hij geweld of bedreiging met geweld bezigt om tot zijn doel te geraken, niet met hem wil vrijen vrijuit zou gaan.

In 1982 besliste de Hoge Raad dat toestemming van de vrouw een rechtvaardigingsgrond is (HR 15 juni 1982, *NJ* 1983, 153), maar van nu af is het een voorwaarde voor niet-strafbaarheid. Al moet ik daaraan toevoegen dat die toestemming niet schriftelijk, ja zelfs niet mondeling hoeft te worden gegeven, maar om zo te zeggen, ook lichamelijk, als u begrijpt wat ik bedoel.

III Wrongful birth

Over de aansprakelijkheid van de medicus wegens wrongful birth is nationaal en internationaal heel wat te doen. Bij ons kreeg de zaak intensieve belangstelling na HR 21 februari 1997 NJ 1999, 145 waarin die aansprakelijkheid van de arts (voor kosten van onderhoud en opvoeding van de ongewenste boreling tot aan zijn meerderjarigheid) zonder veel poespas werd vastgesteld. Hoge Raad 1 december 2000 Verkeersrecht, juni 2001, nr. 92 maakt duidelijk dat er veel nuanceringen dienen te worden aangebracht. Het ging daar over een in november 1977 bij een vrouw toegepaste sterilisatie. Ondanks die operatie beviel de vrouw op 8 september 1978 van een dochter. De procedure werd lang daarna ingesteld, zó lang dat de rechtbank oordeelde dat het vorderingsrecht verjaard was, maar het hof nam aan dat de verjaring tijdig gestuit was. Het wees de vordering vervolgens toch af, vooral omdat hier niet sprake was van een, in goed Nederlands gezegd, 'operator failure' maar van een 'method failure'. De toegepaste methode – met de Falope-ringen – was in 1977 nieuw en als ik het goed begrijp konden die ringen gaan verschuiven, afglijden en op die manier dienst weigeren. Naar de mening van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad was de arts niet aansprakelijk voor een fout in de methode, maar had hij de vrouw wel van tevoren moeten voorlichten over de risico's die aan de methode verbonden waren. Van de kant van de arts was op dit punt aangevoerd dat er tussen het eventuele gebrek aan voorlichting en de mislukking van de sterilisatie geen oorzakelijk verband bestond omdat de vrouw toch voor deze en niet voor een andere methode zou hebben gekozen. In zijn conclusie bestrijdt de advocaat-generaal het standpunt van de arts en adviseert om die reden tot

vernietiging van de beslissing van het hof. Maar de Hoge Raad gaat ook op dit punt met het hof mee en verwerpt het beroep.

4 Odièvre en haar vergeefse zoektocht

- 1 -

De niet zeer talrijke juristen die zich meer om de mens 'an sich' bekommeren dan om zijn geld of zijn criminaliteit, hebben dezer dagen een zware schok moeten verwerken veroorzaakt door een instantie die rechtgeaarde juristen in het algemeen meer verblijdt dan bedroeft: het Europese Hof voor de rechten van de mens met als zetel Straatsburg. Ik doel op de beslissing van dat hof van 13 februari 2003 opgenomen in het *NJCM*, *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten* van oktober 2003 en in de *Nederlandse Jurisprudentie*, aflevering 42 van 18 oktober 2003, nr. 587. De beslissing is aanstonds met zeer kritisch commentaar begroet door C.J. Forder in het *NJCM* en door S(ylvia) F.M. Wortmann in de *NJ*.

Dit is, aldus lees ik in voornoemd maandblad, "de eerste keer dat het Europees Hof uitspraak doet over het recht van een persoon om op de hoogte te worden gesteld van de identiteit van haar of zijn natuurlijke ouders". Ik had liever gezegd of geschreven: over het al dan niet bestaan van dat recht want de uitkomst is voor de vijfendertig jarige vrouw uit Frankrijk, op zoek naar wie haar biologische moeder is, negatief uitgevallen. Nadat een (kleine) kamer van het hof de klacht ontvankelijk had verklaard heeft die de zaak verwezen naar de Grote Kamer. Die kamer is inderdaad groot want zij wijst vonnis met zeventien rechters. Een onmogelijk aantal lijkt mij om efficiënt te werken tenzij er intern bijzondere regelingen zijn getroffen. Van die zeventien rechters hebben er zeven een 'dissenting opinion' afgegeven, zodat de beslissing maar met de hakken over de sloot is binnengehaald. Het nut en het belang van de mogelijkheid een dissenting opinion naar buiten te brengen, blijkt hier weer eens zonneklaar. Want het maakt duidelijk dat er sprake is van een onder bekwame juristen zeer

omstreden zaak en vooral is het daardoor mogelijk te weten te komen *waarom* de minderheid er anders over denkt. Goede dissenters, zo heet het in de Verenigde Staten zijn de wetgevers van de toekomst. Gevoegd bij de niet malse kritiek, die in elk geval vanuit Nederland is losgelaten op de beslissing van de meerderheid, is de aanmerkelijke kans aanwezig dat het hof in een komend geval anders zal beslissen. Mijn inleiding moet eindigen met de opmerking dat het hof in dit geval uiteindelijk niet had te oordelen over de vraag of een rechterlijke beslissing de toets der kritiek kon doorstaan maar of de Franse wetgeving op dit punt, die door de nationale rechters correct was toegepast, al dan niet in strijd kwam met de door het Verdrag van Rome gegarandeerde rechten van het individu jegens zijn staat op 'privacy' en/of 'family life'. Als van niet veel meer dan theoretisch belang vermeld ik nog dat het hof om niet duidelijke redenen de zaak bekeek als betreffende het recht op privacy en niet als het recht op family life. Ik zou eerder het omgekeerde aannemen.

– 2 –

De feiten en het recht: direct na haar geboorte in 1965 werd Odièvre door haar moeder aan de Franse autoriteiten afgestaan. Op vierjarige leeftijd werd zij geadopteerd waarna haar geboorteakte voor nietig werd verklaard. In het recht betekent nietigverklaring dat het nietig verklaarde er niet meer is ook al is het niet daadwerkelijk vernietigd. Een vonnis dat in hoger beroep wordt vernietigd, blijft in de maatschappelijke werkelijkheid bestaan maar bestaat niet meer in de juridische werkelijkheid. Zo is het ook met een nietig verklaarde geboorteakte. Daarom is het ook niet vreemd dat Odièvre in 1998 een proces aanspande om haar oorspronkelijke, maar nietige geboorteakte toch in te mogen zien. Dat werd haar bij rechterlijk vonnis geweigerd.

Odièvre kreeg als zoethoudertje wel wat gegevens over haar moeder, die haar identiteit niet verrieden zoals: hoe ze er uitzag, haarkleur, lengte enzovoorts maar tot in hoogste Franse instantie werd, wat zij eigenlijk zocht en eiste: te weten wie haar 'echte' moeder was, aan haar onthouden.

De Franse rechters konden dat doen en moesten het in zekere zin doen, omdat de Franse wetgeving bepaalt dat een proces om het moederschap van een natuurlijke moeder vast te stellen, tot

mislukking gedoemd is als die moeder toen zij afstand deed daarbij uitdrukkelijk had gestipuleerd dat haar identiteit voor haar kind en voor de overige buitenwereld onbekend zou blijven. Ook de instanties van, ruw gezegd, Kinderzorg of Moederheil, mogen in dat geval geen enkele informatie geven omtrent 'identifying data on her mother'.

Bij ons bestaat een dergelijke wetgeving niet maar ook niet één die het tegenovergestelde bewerkt: het recht van het kind om gegevens te ontvangen die de identiteit van zijn vader of moeder aan hem bekend maakt. Dat heeft tengevolge dat het de rechtspraak is die bij ons over dat soort zaken moet beslissen en dat brengt zeer belangrijke verschillen met zich mee. Als de rechter het kind geen toegang geeft tot gegevens over de identiteit van zijn biologische ouder(s) kan ten eerste de wetgever daar althans voor de toekomst een stokje voor steken. Voorts kan en moet de rechter, die geen wettelijk voorschrift ontmoet de belangen van de betrokkenen (en eventueel het algemeen belang) tegen elkaar afwegen, wat in het ene concrete geval anders kan uitvallen dan in het andere. Het is duidelijk dat bij een dergelijke beslissing vele belangen moeten worden afgewogen hoewel het niet duidelijk is (zoals nimmer bij rechterlijke afwegingen) welk gewicht de rechter aan het ene en het andere belang moet hechten. De belangen die in ieder geval rechtstreeks tegenover elkaar staan in dergelijke gevallen zijn, vooral, die van het kind om zijn natuurlijke ouders (zijn wortels) te kennen en die van de ouders om niet gedwongen te worden een mogelijk voor hen hachelijk privé gegeven prijs te moeten geven of te moeten aanvaarden dat de reeds genoemde instanties die informatie naar buiten brengen.

Terwijl nu de beslissing van de meerderheid van het hof als het ware bolstaat van overwegingen omtrent af te wegen belangen is het hoofdbezwaar van de minderheid én van de critici dat *bij* het geven van de beslissing geen echte afweging is gemaakt en dat *door* die beslissing iedere afweging onmogelijk wordt: als het hof ordonneert dat de betreffende Franse wetgeving de toets der kritiek kan doorstaan, vist het kind dat op zoek is naar zijn moeder altijd achter het net als zijn moeder geheimhouding heeft geëist toen zij afstand deed.

In het arrest van onze Hoge Raad van 15 april 1994 (*NJ* 1994, 608 met annotatie van Hammerstein-Schoonderwoerd) wordt een afweging gemaakt tussen het belang van de moeder van een

natuurlijk kind om de vader niet bekend te maken en haar recht om van Valkenhorst te Breda (het vroegere Moederheil) te eisen dat die haar gegevens omtrent de vader niet bekend maakt enerzijds en het belang van het (meerderjarig) kind om zijn 'wortels' te achterhalen anderzijds. Het Hof van Den Bosch maakte die afweging ook en die viel uit in het voordeel van de moeder en van Valkenhorst, maar de Hoge Raad oordeelde vervolgens dat een aantal factoren die het gerechtshof had meegewogen en die de imaginaire weegschaal hadden doen doorslaan naar de kant van de moeder en van Valkenhorst, geen of bijna geen gewicht dienden te hebben en het gevolg was dat de afweging van de Hoge Raad in dit geval precies andersom uitviel. Als onze wet een regeling kende als die van Frankrijk, die in absolute zin het belang van de moeder laat prevaleren, was er voor die afweging van belangen met verschillende uitkomsten in het geheel geen plaats. De dissenting opinion van de zeven rechters van het Straatburgse Hof bevat dan ook, na vastgesteld te hebben dat in deze zaak onderzocht moet worden of het Franse rechtssysteem – niet dus de Franse rechtspraak – een juiste afweging mogelijk maakt van de tegenstrijdige belangen van de betrokkenen, de volgende passage:

“That is the nub of the problem. As a result of the domestic law and practice, no balancing of interests was possible in the instant case, either in practice or in law. In practice, French law accepted that the mother’s decision constituted an absolute defence to any requests for information by the applicant, irrespective of the reasons for or legitimacy of that decision. In all circumstances, the mother’s refusal is definitively binding on the child, who has no legal means at its disposal to challenge the mother’s unilateral decision. The mother thus has a discretionary right to bring a suffering child into the world and to condemn it to lifelong ignorance (...). The effect of the mother’s absolute ‘right of veto’ is that the rights of the child, which are recognised in the general scheme of the Convention (...) are entirely neglected and forgotten.”

Toch heeft het Hof (in zijn meerderheid), naar ik meen, wel een afweging gemaakt, maar dat is dan een afweging tussen het belang van het blijven voortbestaan van deze Franse regelgeving voor hen

die erbij betrokken zijn, tegenover het belang van andere betrokkenen bij een regelgeving die afweging ten minste mogelijk maakt. Door zonder voorbehoud te kiezen voor het eerste belang is de uitkomst inderdaad geworden of verworden tot een absoluut veto van de moeder jegens haar kind. In Nederland gaat het meestal erover wie de natuurlijke vader is van het buiten echt geboren kind (over donors zal ik het nu niet hebben) omdat, zoals de annotator van eerder genoemd arrest vaststelt:

“In de praktijk gaat het meestal om een zoektocht naar de verwekker. Bij de geboorte van het kind wordt immers aangegeven uit welke vrouw het kind is geboren en met uitzondering van vondelingen is dus voor ieder kind bekend wie de biologische en juridische moeder is.”

Daar moet dan aan toegevoegd worden, dat bij ons de geboorteakte ook juridisch blijft bestaan met recht op inzage van de betrokkene als het kind wordt afgestaan en wordt geadopteerd.

– 3 –

Mevrouw Wortmann vangt haar annotatie in de *NJ* aan met de vaststelling dat het hof “naar Nederlandse maatstaven een teleurstellende beslissing heeft gegeven over de aard en de betekenis van het recht om te weten van wie men afstamt”. Dat er leven is na de dood blijkt uit haar opmerking dat de moeder in Frankrijk – ook na haar overlijden – kan weigeren haar anonimiteit op te heffen, maar iedereen weet wel wat zij bedoelt. Het is van harte te hopen en ook wel te verwachten dat ook naar de maatstaven van andere landen, aangesloten bij de Raad van Europa, de uitkomst kritisch wordt bejegend. Zeer terecht voert zij bijna aan het slot van haar informatieve noot aan, dat het hof onvermeld laat het in artikel 7 van het Verdrag inzake de rechten van het kind opgenomen recht van het kind om van de geboorte af, voor zover mogelijk, zijn of haar ouders te kennen. Die fysieke mogelijkheid bestaat natuurlijk ook als de wet het verbiedt al was het maar omdat Verdrag boven wet gaat. Het einde van haar verhaal is te mooi om weg te laten:

“De slotsom moet zijn dat de argumentatie van het Hof niet overtuigt. Het arrest is een gemiste kans op een gevoelig terrein. Dat kinderen die op zoek zijn naar hun anonieme moeder geen bescherming vinden in artikel 8 EVRM, al was het maar dat een afweging van strijdende rechten en belangen zou kunnen plaatsvinden, is onbegrijpelijk.”

– 4 –

Annotator Forder pakt de zaak in het NJCM vanuit een ander gezichtspunt aan: wat zijn de mogelijke gevolgen van dit arrest voor de Nederlandse rechtspraak:

“In Nederland is er discussie gevoerd over de vraag of de moeder jegens haar kind anoniem mag blijven; een derde is echter verplicht om gegevens over de identiteit van de moeder aan het kind te verstrekken. Voorts moet een moeder met zeer sterke argumenten komen wil zij de naam van de man die de mogelijke verwekker is van haar kind niet aan het kind prijs behoeven te geven. Thans is het mogelijk dat een moeder zich in deze situatie op Odièvre gaat beroepen, om te bereiken dat meer rekening wordt gehouden met het in Odièvre zo belangrijk gevonden algemeen belang. Het is zelfs niet denkbeeldig dat een ‘afstandsmoeder’ een klacht tegen Nederland in Straatsburg zal brengen. De Nederlandse rechter hoeft hiervan niet onder de indruk te zijn. Net als Frankrijk zal Nederland kunnen profiteren van de ruime beoordelingsmarge die het Hof in deze zaken hanteert (...). Maar de allerbelangrijkste reden waarom de uitspraak in Odièvre niet tot een koerswijziging zou moeten leiden is dat deze uitspraak bewerkstelligt dat er geen belangenafweging behoeft plaats te vinden tussen de belangen van de persoon die om inzage vraagt en de belangen van de persoon of instelling die inzage weigert. Dat is niet alleen in strijd met eerdere rechtspraak van het Hof op dit specifieke gebied maar ook met het karakter van het EVRM als zodanig dat zich kenmerkt door een voortdurend streven naar evenwicht tussen de belangen van het individu en die van de samenleving.”

Hierop nog twee opmerkingen: (1) het komt mij met de minderheid van het hof voor dat de beoordelingsmarge die het hof de Franse wetgeving in dit geval toestaat veel te groot is en (2) dat de laatste twee zinnen uit het citaat hiervoor opgenomen, gewoon gezegd, aanduiden dat wij ons van deze uitspraak van het hof niets hoeven aan te trekken omdat zij een verkeerde beslissing inhoudt, die niet lang zal stand houden. Daarbij vergeet de annotator dat niet alleen maar toch ook voor rechters niets zo moeilijk is als toe te geven dat de eigen beslissing faliekant fout was.

IV Vuilniszak

Ik kan het niet op zijn waarheidsgehalte controleren dat bericht in de *Groene Amsterdammer* van Mieke Fiers maar ik neem aan dat de schrijfster, zoals dat in goede journalistiek past, het bericht wel heeft gecheckt. Het luidt als volgt:

“De Marokkaan Azzouz, al 25 jaar in Nederland, mag geen Nederlander worden. Hij had een vuilniszak een dag te vroeg aan de straat gezet en kreeg daarvoor de uitzonderlijk hoge boete van duizend gulden. Naturalisatie werd hem geweigerd. Bij een boete van duizend gulden of meer op je naam ben je ‘gevaarlijk voor de openbare orde’. Het loket bleef derhalve gesloten.”

Ter wille van simpele gerechtigheid moet deze zaak boven tafel blijven. Zoiets kan en mag niet.

5 Over Prins Bernhard en Rachel Carson

... and no birds sing (Keats)

- 1 -

Het is maar een enkele keer dat ik mij eraan waag. Waaraan? Aan het lezen en bestuderen van beslissingen van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Maar eerst: waarom dat meer-
voud? Er zal wel een lange geschiedenis achter schuil gaan maar wijs me even binnen het Europees verband die twee of zelfs meer gemeenschappen aan. Toch in elk geval niet de staten die tot de gemeenschap zijn toegetreden.

Meestal zijn de beslissingen van dat hof van puur economische aard, spelen geld, concurrentie en koopmansdrift er een belangrijke rol in. Een voorbeeld: kort geleden werd in de *Nederlandse Jurisprudentie* (NJ 2005,378) het arrest gepubliceerd over *snus*, dat is fijngesneden tabak, die wordt genoten door die tabak tussen het tandvlees en de lip aan te brengen. Dat lijkt me een nogal moeilijk te verwerken genot maar vooral jonge mensen uit Zweden schijnen er verzot op te zijn, zo verzot, en nu komt het economisch belang om de hoek kijken, dat Zweden bij toetreding tot de Gemeenschap op dit punt een uitzonderingspositie heeft gevraagd en die heeft verkregen. Snus maakt deel uit van de tabaksoorten voor oraal gebruik, zoals, lang geleden, bij ons het onsmakelijke pruimen. Het genieten van dit soort tabak brengt, zo begrijp ik, een extra groot gevaar voor de gezondheid mee dat het gebruik van andere rookwaren overstijgt en de handel daarin is daarom binnen en tussen de andere lidstaten verboden. Toch kan ik mij niet goed voorstellen dat het extra gevaar van snus voor Zweedse liefhebbers minder groot is dan voor personen uit andere landen die deel uitmaken van de EG. Een duidelijke aanwijzing

dat het economisch belang het wint van het belang van de gezondheid. Zweden moet er echter wel voor zorgen, dat zijn snus niet in andere lidstaten op de markt wordt gebracht en dat snus niet wordt verkocht als voedingsproduct of wat daarop lijkt. Lekkerere honger? Neem een snusje.

De aan het hof gestelde prejudiciële vragen hadden als kern de vraag of artikel acht van Richtlijn 2001/37, inhoudende dat snus niet in andere lidstaten en dus ook niet in het Verenigd Koninkrijk, vanuit Zweden in de handel mocht worden gebracht, geldig was. Want Swedish Match voelde er wel voor op die manier zijn debiet uit te breiden terwijl de British Secretary of State for Health daar begrijpelijkerwijs even fel tegen was. Je kunt ook als volslagen ondeskundige op je vingers natellen dat het plan van Swedish Match moest sneuvelen maar juristen hebben er toch nog een flink robbertje ruzie van weten te maken.

Op dezelfde dag – 14 december 2004 – wees hetzelfde hof in bijna dezelfde samenstelling (negen rechters, één advocaat –generaal) een arrest waarvan het belang wel en zonder enige twijfel levensgroot is (*NJ* 2005, 377). Het gaat over verpakking en verpakkingsafval en hoe daarvan af te komen. En het heeft dus rechtstreeks te maken met het almaar ernstiger bedreigde milieu met name in welvarende regionen waar veel gekocht en verkocht wordt. En men hoeft maar te denken aan staking van de vuilnis-ophaaldienst in Amsterdam, Nijmegen of waar dan ook, om te beseffen dat de chaos van vuiligheid die daaruit voortvloeit ons aller belang rechtstreeks raakt. Ons belang, maar meer nog dat van onze kinderen en kleinkinderen. Richtlijn 94/62 van de EG speelt in deze zaak de hoofdrol. Zij, die Richtlijn, heeft tot doel de nationale maatregelen betreffende het beheer van verpakking en verpakkingsafval te harmoniseren *enerzijds* om elk effect daarvan op het milieu van de lidstaten en derde landen te voorkomen of te beperken en aldus een hoog milieubeschermingsniveau te waarborgen en *anderzijds* om de werking van de interne markt te garanderen en handelsbelemmeringen, concurrentievervalsing en concurrentiebeperking in de Gemeenschap te voorkomen (dat de stijlfiguur: *enerzijds* – *anderzijds* een tegenstelling en niet een optelling of nevenstelling oproept lijkt men meer en meer niet te beseffen) In deze als altijd zware bewoordingen geeft de Richtlijn haar doelstellingen aan en maakt zij duidelijk dat het haar niet alleen gaat om bescherming van het milieu. Maar als een lidstaat

– in dit geval Duitsland – inzake verpakking een systeem invoert dat op zich genomen concurrentieverstorend werkt, *kan* de bescherming van het milieu een rechtvaardigingsgrond opleveren waardoor dit voor andere lidstaten ongunstig uitwerkend systeem toch aanvaardbaar wordt. Er staat echter niet *dat* milieubescherming altijd een rechtvaardigingsgrond oplevert zodat de vraag open blijft wanneer dat wel en wanneer dat niet het geval is. Dat betekent dat de rechters van het hof ook op dit punt nog wel wat zaken kunnen verwachten. Ook wordt het probleem van milieu en afvalstoffen weer behandeld in een beslissing van het hof van 16 december 2004 *NJ* 2005, 390.

Toch boeit mij de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens uit Straatsburg meestal meer. De beslissingen van dat hof zijn soms te vinden in de *Nederlandse Jurisprudentie* en vaak in het *NJCM Bulletin*, *Nederlands Tijdschrift voor de Mensenrechten*. Het gaat daarbij heel dikwijls over zaken die voor iedereen van belang kunnen zijn en die de mens in zijn wezen raken. De geschiedenis van die rechtspraak moet nog geschreven worden maar nu reeds valt vast te stellen, dat zij er een voorbeeld van is hoe heel klein en vrijwel onbeduidend werk in de loop van een halve eeuw is uitgegroeid tot een indrukwekkende en kolossale taak, die de rechters boven het hoofd dreigt te groeien. Met als gevolg de ironische situatie dat het hof zelf in gebreke blijft wat betreft het voorschrift van artikel 6 EVRM voor zover dat verordonneert dat procedures binnen een redelijke termijn moeten worden afgerond. Het hof verklaarde daarbij lang geleden ook dat een beroep op te weinig werkrachten en teveel werk niet gehonoreerd kon worden omdat de Staat die daarop een beroep doet, er maar voor moet zorgen dat er genoeg werkkraft is voor het voorhanden werk.

Dat er toch ook wel zaken bij dit hof worden aangebracht die amper de moeite waard zijn wordt door het Nederlandse lid van het Hof, Egbert Myjer, in zijn rede reeds door de titel ervan: *Straatsburg zit er niet voor zweetvoeten* ruimschoots gedemonstreerd. Of de zweetvoetenman, op wie die titel slaat, zich ook bij het hof heeft aangemeld, wist Myjer toentertijd niet zeker. De man werd niet meer toegelaten tot een bibliotheek omdat hij daar altijd zijn schoenen uitdeed met een te raden gevolg. Hij trotseerde daarna een hem gegeven toegangsverbod en werd tot in hoogste nationale instantie veroordeeld wegens lokaalvredebreuk: boete

€ 250, voorwaardelijk. Maar men moet ook weten dat de uitdrukking: *niet voor zweetvoeten zitten* gevangenisjargon is waarmee wordt aangeduid, dat iemand niet voor een bagatelzaak in de gevangenis terecht is gekomen.

– 2 –

Tot nu toe heb ik de titel van dit verhaal niet waargemaakt dan in die zin, dat de daarin opgevoerde personen ook iets, ja veel, te maken hebben met milieubescherming.

Van wijlen prins Bernhard, die ik niet zo erg bewonder, ben ik nogal snel af. Dat hij zich voor een beter milieu heeft ingezet valt echter niet te betwijfelen. In een voorwoord bij het boek van Rachel Carson schrijft een lid van het House of Lords van Engeland, Shackleton, over een diner van het Wildlife Fund uit 1963 of daaromtrent, waar Bernhard het woord voerde en zei:

“Wij dromen van de verovering van de ruimte. We zijn al bezig met voorbereidingen voor verovering van de maan. Maar als wij andere planeten gaan behandelen zoals we onze eigen planeet behandelen kunnen we beter van de Maan, van Mars en Venus afblijven.

We zijn bezig met het vergifigen van de lucht boven onze steden; we vergifigen de rivieren en de zeeën, we vergifigen onze grond zelf. Misschien is dat voor een klein deel onvermijdelijk. Maar als we niet samenspannen in een realistische en machtige poging om een halt toe te roepen aan deze aanvallen op Moeder Aarde, zo vaak als dat maar mogelijk is, dan zullen we op zekere dag – en die dag kan spoedig komen – ons zelf terugvinden in een wereld die niet meer is dan een woestijn van plastic, beton en elektronische robotten. In die wereld zal er geen ‘natuur’ meer zijn; in die wereld zullen alleen de mens en een paar huisdieren de enige levende schepselen zijn.

En toch kan een mens niet leven zonder enig contact met de natuur. Dat is voor zijn geluk onmisbaar.”

Dat valt te lezen in het boek van Rachel Carson: *Silent Spring* dat in 1962 in de Verenigde Staten uitkwam en in 1963 in Engeland,

zo ongeveer 10 jaar voordat de *Club van Rome* haar eerste rapport publiek maakte. De schrijfster van dit boek stierf in 1964. Het is een pessimistisch, niet zo gemakkelijk leesbaar boek, maar van een uitzonderlijk belang. Shackleton noemt het een 'briljant and controversial' boek en dat laatste slaat natuurlijk op de voorstanders van het primaat van de economie. Het gaat vooral, maar niet alleen over de gevaren voor de levende natuur van chemische bestrijding van insecten; scherper gezegd met behulp van vergiften die ook andere dieren en planten, alsmede de mens als onderdeel tevens top van de wereld der dieren, in gevaar brengen. Julian Huxley, beroemd bioloog en broer van de beroemde schrijver Aldous Huxley, haalde de laatste aan toen die zei dat het verlies aan flora en fauna als gevolg van het gebruik van pesticiden ons de helft van alle poëzie ontnam, waarop een scherpstlijper reageerde: en misschien straks ook de helft van onze poëten. Ongetwijfeld vallen onder die poëten ook de vogels, die immers vooral insecten als voedsel tot zich nemen en als die vergiftigd zijn kan men begrijpen wat er met de vogels gebeurt. Dat er geen vogel meer gehoord wordt en dat de zegge verschrompelde voorzag Keats reeds. Julian Huxley klaagt erover dat in Engeland veel soorten vlinders verdwenen zijn en dat de koekoek daar een zeldzaam verschijnsel is geworden en dat komt omdat hun hoofdgerecht de rupsen zijn gedood. Rachel Carsons' boek is een vroege alarmkreet, waarvoor velen tot voor kort doof bleven.

Nu is, om bij mijn leest te blijven, een behoorlijke hoeveelheid milieuwetgeving in het leven geroepen maar ik kan mij niet aan de indruk onttrekken dat wij, juristen, toch niet uitmunten in zorg voor en bekommernis om het milieu.

– 3 –

Bij voordrachten voor een gemengd en daarom meestal amusant gezelschap heb ik het vaak gemerkt: onze coryfeeën – E.M. Meijers, Paul Scholten, Bregstein, Gerard Wiarda en Langemeijer om er maar enkele te noemen die niet meer tot de levenden behoren – zijn in de 'buitenwereld' volslagen onbekend. Maar met ons, laat mij liever zeggen met mij, want valse beschuldigingen van anderen zijn verwerpelijk, is het niet anders gesteld. Zo heb ik door het boek van Rachel Carson voor het eerst gehoord van de Nederlander met de uitheemse naam Briejèr, die zij aanduidt als

een 'Dutch scientist of rare understanding'. Van hem haalt zij de uitspraak aan dat wij ons in de natuur gedragen als een olifant in een porseleinkast en:

“Naar mijn mening wordt er teveel als waarheid aangenomen. Wij weten immers niet of alle onkruid in gewassen schadelijk is of dat sommige daarvan nuttig zijn.”

En vervolgens haalt zij een nog mooiere uitspraak van hem aan:

“De wereld van de insecten is het meest verbazingwekkende fenomeen uit de natuur. Niets is daar onmogelijk. De meest onwaarschijnlijke dingen gebeuren daar als waren ze doodgewoon. Wie diep doordringt in haar geheimen is voortdurend ademloos van verbazing. Hij weet dat alles kan gebeuren en dat het volmaakt onmogelijke daar dikwijls gebeurt.”

Dat lezend en in mij opnemend denk ik ineens aan Maria Sibylle Merian (1647-1717), de schilderes van het kleine dier en de bloem, zoals zij door de zeer onderschatte dichter Bertus Aafjes is bezongen:

“Sibylle echter richt haar schreden
– Als steeds – naar de verborgenheden:
den vlinder met smaragd bedekt,
het bijna lichaamloos insect,
De ijveraars die altijd zoemen,
De roze, vleesge wonderbloemen,
De amaryllis rood als bloed,
Den kever in zijn groenen gloed.”

Ja, Dr. Briejèr, die in mijn Algemene Winkler Prins ontbreekt tussen *briefgeheim* en *Brielle* verdient eerbetoon al was het maar om deze opmerking die men zo vaak vergeefs zoekt bij geleerde mensen: de verwondering om wat buiten ons om leeft en gebeurt:

“Het leven is een wonder dat ons verstand te boven gaat en we zouden het moeten eerbiedigen ook als we er tegen moeten vechten”.

Ik besef heel goed dat ik in een deel van het voorgaande het juridisch kader te buiten ben gegaan. Maar ik moet, al houd ik niet van chauvinisme, toch nog een zaak die mij volslagen onbekend was, uit dat boek van Rachel Carson naar voren halen. In het zeventiende en laatste hoofdstuk: *The Other Road* vertelt zij ons dat er veel andere methodes zijn dan vergiftiging van de aarde aan het eind waarvan alleen maar rampspoed ligt. Een daarvan is de 'male sterilization' van bijvoorbeeld de scew worm fly – een grote vlieg, die zich in levend vlees nestelt – een techniek ontwikkeld door een zekere Dr. Knipling. Wie er meer over wil weten moet het boek lezen maar ik wil toch nog vertellen dat de strijd van Knipling tegen de screw-worm fly, die in de VS ongelofelijke schade aanrichtte in de veestapels, met behulp van die sterilisatie allereerst bij wege van proef plaats vond op Curaçao, dit – in 1954 – krachtens een regeling met de Nederlandse regering. Gesteriliseerde grote vliegen werden vanuit vliegtuigen op het land losgelaten. En, ja hoor, korte tijd was de screw-worm fly op Curaçao uitgeroeid.

V Bouwfraude in de negentiende eeuw

Wijlen Prins Bernhard heeft nog niet zo lang geleden beloofd de boete, die een man na veroordeling wegens mishandeling van een winkeldief zou moeten betalen, voor zijn rekening te nemen en hij is, zover ik weet, toen die geldboete ook werkelijk volgde, die belofte nagekomen. Niet overal werd die belofte met gejuich ontvangen. Ik weet niet of de belofte van de prins een zo verre strekking had dat hij, als er gevangenisstraf was opgelegd, deze plaatsvervangend zou gaan uitzitten. Het is wel eens gebeurd zonder dat de persoonsverwisseling op tijd werd ontdekt, maar dat lijkt me in het voorliggende geval niet waarschijnlijk. Er is bovendien, ook een vrij recente rechterlijke beslissing die inhield dat toen een moeder, naar zij dom genoeg zei, de boete voor haar strafrechtelijk minderjarige zoon had betaald (die hij bovendien in termijnen aan haar terug moest betalen) dit door de kinderrechter zozeer in strijd werd geoordeeld met de opvoedende waarde van de straf van geldboete voor een jeugdig persoon, dat deze jongen toch de subsidiair opgelegde jeugddetentie moest ondergaan. Rechtvaardig?

Maar het kan nog gekker en dan wordt het, hoe ernstig ook, en misschien vooral omdat het zo lang geleden is, iets om de lachlust op te wekken: de rechter die de boete die hij aan de strafrechtelijke zondaar oplegt, zelf betaalt.

Het zat zo. De vader van de schitterende dichter en romanschrijver Thomas Hardy (1840-1928) was van beroep metselaar – aannemer. Ik ken dat beroep in Nederland ook van voor de Tweede Wereldoorlog, in de dertiger jaren en de daarmee strak verbonden aanhoudende crisis na de beurskrach in de VS van 1929: een man die metselen als zijn vak had en soms een of twee knechten in loon-

dienst nam om een voor hem financieel aantrekkelijk werk te volbrengen. Het merendeel van zijn tijd werkte hij zonder personeel en als hij personeel had werkte hij altijd stevig mee. Zo iemand was de vader van Thomas Hardy in en rondom het midden van de negentiende eeuw. En zijn hele leven lang heeft de auteur getobd met de in Engeland, zeker in die tijd, bestaande en heersende standsverschillen, die vooral bij huwelijken zo'n absolute rol speelden. Vader Hardy, zo vertelt de biograaf van zijn zoon: Michael Millgate, kon zich op zeker moment de luxe veroorloven van een heel bekwame werknemer. Maar die man beging, let wel in zijn vrije tijd, een strafbaar feit waarvoor hij een flinke boete kreeg. Er was geen sprake van dat de man die boete ooit zou kunnen betalen en daarom wachtte hem vervangende detentie voor lange tijd. Dat was vervelend voor hem maar ook voor vader Hardy, want, de man was voor dit werk: verbouwing van het huis van de rechter, onmisbaar. En daarom betaalde vader Hardy de boete uit eigen zak. Hij stond bekend als nogal lui maar dom was hij zeker niet. Hij betaalde de boete voor zijn knecht en telde bij het bedrag, dat hij van de rechter wegens verbouwing van diens huis had te vorderen, het bedrag van de boete op. Aangenomen werk met een opzetje. En voor de liefhebbers van valse poëzie nu toch maar even het kortste gedicht van zoon Thomas met als titel: *Epitaph on a Pessimist*:

"I'm Smith of Stoke, aged sixty-odd,
I've lived without a dame
From youth-time on; and would to God
My dad had done the same"

6 Caroline van Hannover of de botsing van het recht op privacy en het recht op vrijheid van meningsuiting

Dat de twee grondrechten waarvan ik hierboven gewaag nogal eens 'botsen' en dat het dan niet eenvoudig is uit te maken wie met de 'overwinning' moet gaan strijken, is bekend. Nog moeilijker – maar tevens gevaarlijk – is het over de verhouding tussen die twee algemene regels op te stellen. Wie de rechtspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens enigszins heeft bijgehouden weet dat dit hof, om het voorzichtig te zeggen, nogal eens de suprematie toekent aan het grondrecht van vrijheid van meningsuiting in gevallen waarin de nationale rechters daarvoor in het geheel niet voelen. De Antwerpse rechters die tot op het bot gekwetst waren door publicaties in een periodiek waarin zij voor partijdige racisten werden uitgemaakt en die met genoegen zagen dat hun vaderlandse collega's het dagblad en zijn redacteurs zwaar afstrafden, kregen tot hun verbijstering van de rechters in Straatsburg te horen, dat deze publicaties binnen het bereik van de vrijheid van meningsuiting vielen.

Prinses Caroline van Monaco, oudste dochter van wijlen vorst Rainier III van Monaco en zijn ook overleden echtgenote Grace Kelly, heet nu, zoals ik lees, Caroline van Hannover. Zij heeft, evenals haar zus, meer dan andere royalty figuren lange tijd in de 'belangstelling' gestaan van een bepaald soort pers. Daartoe gaf zij, als ik het mij goed herinner, vroeger ook wel eens aanleiding, maar sinds, laten we zeggen 1990, is ze haar wilde haren kennelijk kwijt geraakt.

Vanaf die tijd is zij ook aan het procederen tegen de paparazzi, die haar met hun fototoestellen zijn blijven achtervolgen. In Duitsland leverden de drie processen die zij aanspande echter geen positief resultaat voor haar op. Het Duitse Constitutionele Hof besliste, na vastgesteld te hebben dat het publiek grote behoefte heeft aan foto's van beroemdheden, dat dit publiek er recht op heeft te weten hoe die zich – ook in hun particuliere leven – gedragen. Toestemming voor publicatie van foto's zou daarom niet vereist zijn. Op een van die foto's struikelt Caroline in badpak bij een bezoek aan een beach club in Monte Carlo, haar vaderland.

Het Hof te Straatsburg komt tot een geheel andere beslissing dan de Duitse rechters. Bij een botsing tussen de beide grondrechten stelt het hof opnieuw voorop het bijzonder belang van de vrijheid van meningsuiting, echter met name wanneer het gaat om de verspreiding van (voor de overheid onwelgevallige) ideeën, waarvan hier duidelijk geen sprake is. Bij de afweging – het vinden van een juiste balans – is van doorslaggevend betekenis de mate waarin “de gepubliceerde foto's en artikelen een bijdrage kunnen leveren aan een debat van algemeen belang”. Als dat niet het geval is, treedt de pers immers niet op als ‘publieke waakhond’. Het recht om te worden geïnformeerd is in dit geval niet aan de orde, aldus het hof, maar alleen de bevrediging van de ‘nieuwsgierigheid van sommige lezers’. Dat behoefte aan informatie en nieuwsgierigheid vrijwel in hetzelfde vlak liggen, schijnt het hof niet te hebben overdacht. Dat is mijns inziens het zwakke punt in dit arrest. Maar overigens is 24 juni 2004 (*NJ* 2004, afl. 36 nr. 42) een zwarte dag voor de ‘roddelpers’ die zich zelden of nooit zal kunnen beroepen op diensten verleend aan het algemeen belang en aan het daarover gevoerd debat als zij tegen de zin of in ieder geval zonder expliciete of impliciete toestemming van de betrokkene, haar publiek het soort foto's voorschotelt als waarvan hier sprake is. Unaniem, zij het met twee *concurring* opinions, stelt het hof vast dat artikel 8 van het EVRM, het recht op privacy, is geschonden.

VI Verlaging van de alcohollimiet

Wie als bestuurder van een auto (of een ander vervoermiddel) geconfronteerd wordt met een controle op zijn gebruik van alcohol en daarbij wordt betrap op 0,5 promille of meer bloedalcoholgehalte is strafbaar. De vraag is gerezen of deze limiet niet verlaagd moet worden tot 0,2 promille. Het maandblad *Verkeersrecht*, aflevering 3 van 2002 bevat de resultaten van een onderzoek ingesteld door De Stichting Wetenschappelijk onderzoek Verkeersveiligheid (SWOV) en die resultaten zijn voor een recht-toe-recht-aan denker verrassend. Zo iemand denkt dat de invloed van zo'n verlaging in ieder geval niet ongunstig zal inwerken op het aantal slachtoffers van automobilisten 'met een slok op'. Hij zal zich misschien toch twee dingen afvragen (1) kunnen politie en justitie hun taak nog wel aan als er dientengevolge veel meer verdachten moeten worden geverbaliseerd, vervolgd en berecht en (2) is het nog wel rechtvaardig mensen strafbaar te achten die 0,2 promille alcohol in hun bloed hebben. De tweede tegenwerping is moeilijk te verdedigen: *als* verlaging het aantal slachtoffers vermindert, is deze reeds daardoor gerechtvaardigd. Maar de eerste wijst in een richting die op het eerste gezicht verbijsterend werkt. De SWOV heeft berekend dat een verlaging tot 0,2 promille – bij gelijkblijvend politie toezicht – zal leiden tot een stijging van het aantal 'alcoholdoden' met ongeveer 45 per jaar. Dit omdat door die verlaging de pakkans voor *zwaardere* overtreders, die natuurlijk het meest slachtoffers maken, zal worden vermindert.

Andere gegevens die uit het onderzoek voortvloeien zijn: vermindering van het aantal doden met ongeveer 12 bij verdubbeling van het politietoezicht (maar wie zal daarin geloven?) Als alleen voor beginnende chauffeurs de limiet wordt verlaagd tot 0,2 promille heeft dat volgens het onderzoek wel

een gunstig aspect: twaalf levens per jaar worden gespaard. Psychologisch lijkt me die maatregel toch op bezwaren te stuiten: wie na drie jaar bezit van een rijbewijs in de hogere limiet terechtkomt, zal mogelijk de gedachte in zich voelen opkomen dat hij nu straffeloos naar huis kan rijden met een paar glazen meer op dan vroeger.

En nu nog een onderzoeksresultaat dat los staat van de vorige: een heel dikke man (107 kilogram) heeft een aanzienlijk voordeel in deze materie vergeleken bij een slanke vrouw (54 kilogram). Bij inname van 72 gram alcohol heeft de eerste een bloedalcoholgehalte van zeker niet meer dan 0,5 promille. De slanke vrouw overschrijdt de fatale grens van 0,5 promille reeds bij inname van 24 gram. Is het juist als ik concludeer dat zij niet eens één alcoholische consumptie mag gebruiken terwijl die vette kerel er in dezelfde tijd straffeloos drie naar binnen slokt? Justice is not here.

Naschrift: Hoewel reeds enige tijd geleden de bloedproef in gewone gevallen is vervangen door de ademanalyse met uiteraard andere gegevens, heb ik dit stuk toch in het boek opgenomen omdat een belangrijk deel daarvan ook geldt bij wijziging, dat is verlaging van de grens waarbij iemand nog niet strafbaar is. Alleen het voordeel van de dikke man tegenover de slanke dame vervalst hoogst waarschijnlijk. En dat is nog rechtvaardig ook.

7 Twee weekjes reizen door het recht

Terreur alom

Twee weken doornemen van de *Knipselkrant van Justitie*, maakt duidelijk dat er bijna maar een thema is dat de pers dezer dagen bezighoudt en dat is terrorisme, het uitoefenen en bestrijden van terreur. Mensen worden bang gemaakt en andere mensen worden beschuldigd. Is het een en het ander wel terecht?

Van de vele vragen die bij mij rijzen in dit navrante verband noem ik er maar één. Hoe zit het nu eigenlijk met de bewijsvoering tegen Bin Laden als financier en aanstichter van de aanslagen? Is het plotseling niet meer aan de rechterlijke macht om uit te maken of het begaan van zo formidabele misdrijven op de rekening kan worden geschreven van een schatrijke meneer waarvan wel vaststaat dat hij een verschrikkelijke hekel heeft aan het westen, maar is dat wel genoeg? En waarom komen wij niets te weten van die door de uitvoerende macht in de Verenigde Staten op zich genomen bewijsvoering. Is de Europese Unie, die zegt door die bewijsvoering overtuigd te zijn van de schuld van Bin Laden als financier en uitlokker, en die daarom niet alleen alle daden van de VS goedkeurt maar desnoods mee te strijden wil trekken, niet verplicht ons, haar 'onderdanen' op de hoogte te stellen van een bewijsvoering, die ertoe kan leiden dat onze kinderen of kleinkinderen mee moeten gaan vechten met de kans hun leven te verliezen? We moeten, denk ik, alvorens in te stemmen met bombardementen op en grondtroepen in Afghanistan, precies weten wat er aan de hand was met die rijke meneer en welke de rol van Afghanistan is in dat verband. En we hebben er, als het erop aankomt, recht op dat te weten.

Vrijheid van meningsuiting

Ik heb er in deze kolommen al een keer de aandacht op gevestigd dat het Europees Hof voor de rechten van de mens, het grondrecht van vrijheid van meningsuiting, zeer hoog inschat. Het ging toen over Antwerpse rechters die in een perspublicatie met zware verwijten werden overladen waarvoor de aansprakelijken voor die geestelijke aanslag tot in hoogste Belgische instantie zwaar werden gestraft. Straatsburg oordeelde echter dat die veroordeling een schending van artikel 10 EHVR opleverde. Nu is er een nieuwe beslissing van het hof, die dat alles nog eens onderstreept en die bovendien de motivering aanscherpt. Zowel naar de kant van wat de pers niet als wat zij wel mag publiceren.

De Italiaanse journalist Perna gaf naar aanleiding van het zich voortslepende proces tegen de oud Minister-President Andreotti in een blad een portret van Caselli, de aanklager van Andreotti en schreef daarin dat Caselli een communistisch militant was die van plan was het hele Italiaanse Openbaar Ministerie onder communistische controle te brengen. De publicatie verscheen in *Il Giornale* van 21 november 1993. Caselli diende een aanklacht in jegens Perna wegens laster en in eerste aanleg verzocht Perna de rechtbank onder meer om Caselli zelf als getuige te horen. De rechtbank wees dit verzoek af en veroordeelde Perna wegens laster tot het betalen van een geldboete en het verzorgen van een rectificatie. Die veroordeling hield in nationaal verband in hoger beroep en in cassatie stand. Het oordeel van het Hof van Cassatie dateerde van oktober 1998. De rechtsgang had dus bijna vijf jaren geduurd, maar was daarmee nog niet afgelopen. Want Perna wendde zich tot het Hof te Straatsburg met twee klachten: schending van artikel 6 EVRM (geen fair proces omdat de rechter zijn verzoek tot het horen van Caselli als getuige had afgewezen) en schending van artikel 10 EVRM (omdat zijn recht op vrijheid van meningsuiting was tekort gedaan).

Op 25 juli 2001, nog weer eens een kleine drie jaar later, deed het hof uitspraak. De klacht van Perna dat hij geen fair proces had gehad, werd unaniem afgewezen. De motivering van die afwijzing kwam hierop neer dat, wanneer men de procedure in haar geheel onder ogen nam (en alleen vanuit deze optiek wilde het hof de zaak beoordelen) de weigering van de rechtbank om Caselli als getuige te laten oproepen en te horen, niet in strijd kwam met de

eisen van een fair proces omdat datgene waarover Perna deze Caselli wilde horen, te weten dat hij, Caselli een militant communist was, door de Italiaanse rechter steeds was onderkend en hij deze aantijging van de journalist dan ook niet als lasterlijk had bestempeld. De noodzaak om Caselli op dit punt te horen was daarom niet gebleken.

Belangrijker is het lot van de tweede klacht. Het hof begint met het geven van 'algemene uitgangspunten'. Het voert daarin aan, en dat is bijzonder belangrijk, dat de beperkingen van de vrijheid van meningsuiting als neergelegd in het tweede lid van artikel 10 EVRM restrictief dienen te worden uitgelegd omdat deze vrijheid één van de fundamenteën van een democratische samenleving vormt. De bescherming van deze vrijheid strekt zich daarom ook uit tot uitingen die aanstoot geven, shockeren of veront-rusten. En als er in dit soort zaken al een *margin of appreciation* is voor de nationale rechter, dan toch gepaard aan een *European supervision*. En voor wie nog gelooft aan nationale autonomie in de rechtspraak volgt dan het hoge woord: "Het hof heeft het laatste woord als het gaat om de vraag of een beperking te rijmen valt met artikel 10 EVRM."

Ik kom nu toe aan dat laatste woord. Daarbij brengt het hof een onderscheid aan tussen in een gepubliceerde tekst opgenomen 'feitelijke beschuldigingen' en 'waardeoordelen'. Het waardeoordeel van Perna inzake het optreden van Caselli als militant communist die aan dat politieke gedrag trouw zweert, was, hoewel hard, mede gelet op het gedrag van Caselli, niet excessief en de klacht van Perna was daarom in zoverre gegrond. De feitelijke beschuldigingen in de publicatie van Perna (a) dat Caselli een cruciale rol speelde in het plan van de voormalige communistische partij om de controle over het OM te verkrijgen en (b) dat Caselli de vervolging doorzette hoewel hij wist dat deze, bij gebrek aan bewijs, tot niets kon leiden zouden slechts dan buiten de beperkingen van lid 2 vallen als zij stevig met feiten waren onderbouwd. Maar het artikel van Perna bevatte geen enkele verwijzing naar bewijsgronden of bronnen van informatie en die kwamen ook tijdens de gerechtelijke procedure niet te voorschijn. En, citaat: "het Hof komt dan ook tot de conclusie dat de extreem ernstige beschuldigingen tegen een lid van de magistratuur de grenzen van toelaatbare kritiek overschrijden."

Het EHRM en het vervolgcircuit van de nationale instanties

De hiervoor besproken uitspraak van het Straatsburgse Hof werpt licht op een probleem dat al lang bestaat maar waarmee men tot nu toe eigenlijk amper raad mee wist. Het Europese Hof *constateert* schending van een grondrecht die door de nationale rechter *niet* is vastgesteld. Het heeft, zoals ik zo even citeerde, het laatste woord in dit soort zaken. Maar het vernietigt de uitspraak van de nationale rechter niet en verwijst ook niet voor een nieuwe behandeling van de zaak door naar een ander gerecht. In Nederland waar het woord van Straatsburg echt wordt opgevat als het beslissende laatste woord, is op een uitspraak als hier bedoeld, door de overheid vaak gereageerd door de vaak tot zeer lange straffen veroordeelden pardoos op vrije voeten te stellen. Dat is gebeurd in de zaak Kostovski en, naar ik meen, ook in de zaak Van Mechelen. In beide zaken oordeelde het Europese Hof dat het gebruik voor het bewijs van verklaringen van anonieme getuigen onder de daar gegeven omstandigheden schending opleverde van de eisen van artikel 6 EVRM, met name van de eis dat een proces fair moet zijn. Maar wat moet er in Italië gebeuren, nu Straatsburg in de zaak Perna de klacht ten dele gegrond en voor het andere deel niet gegrond heeft verklaard? Moet de boete worden verminderd? Moet de (reeds geplaatste?) rectificatie gerectificeerd worden?

Nu ligt er voor ons rechtsbestel het voorstel van wet om voor dergelijke gevallen de procedure tot herziening in te schakelen. Naast de twee bestaande gronden, kort gezegd: tegenstrijdigheid van uitspraken over hetzelfde rechtspunt en het opkomen van een novum zal er nu een derde grond komen: de vaststelling door Straatsburg dat de onherroepelijke uitspraak van de nationale rechter op een, meerdere of alle punten strijd oplevert met het Verdrag. De Hoge Raad, oordelend over het – op grond van de beslissing van Straatsburg – al dan niet herzien van de nationale uitspraak, zal dan meestal, naar ik vermoed, grond zien tot verwijzing naar een gerechtshof dat de zaak vervolgens met in acht neming van de vaststelling door het Hof van Straatsburg kan beoordelen. Daardoor behoeft niet per se gekozen worden tussen twee uitersten: *niets doen* na zo'n uitspraak van Straatsburg (wat meestal de gedragslijn is in het Verenigd Koninkrijk waar men van oordeel is dat niet het Koninkrijk moet leren van Straatsburg maar Straatsburg van het Koninkrijk) of *alles doen* dat wil zeggen,

zonder verder onderzoek, de veroordeelden die het betreft, alsnog vrijlaten (wat tot nu toe de door Nederland gevolgde gedragslijn is geweest). Het initiatief tot de aanvraag van herziening kan van de veroordeelde uitgaan maar ook van de procureur-generaal bij de Hoge Raad. Het lijkt mij noodzakelijk dat als de veroordeelde een vrijheidsstraf ondergaat reeds direct wordt vastgesteld of hij (eventueel op een zekere termijn) in vrijheid gesteld moet worden. Anders zou deze herzieningsprocedure, die lang kan duren (van de beslissing van het gerechtshof is beroep in cassatie mogelijk etc.) het recht op vrijheid van de betrokkene te zeer beknotten.

Inmiddels is de wet aangepast door als derde en nieuwe grond voor herziening een beslissing van het Hof te Straatsburg te erkennen waarbij de nationale beslissing onderuit wordt gehaald. De zaak wordt bij de Hoge Raad aangebracht en die kan haar zelf afdoen of verwijzen naar een feitelijke instantie. De eerste mij bekende beslissing van de Hoge Raad op dit punt is er een van 27 september 2005 waarbij de opgelegde geldboete van f 10.000,- wordt verminderd tot € 4000,- De telefoontaps bij een geheimhouder werden door het Hof te Straatsburg, anders dan door de nationale rechters, voor onrechtmatig gehouden.

Kop en staart (1)

Uit het wegenverkeersrecht zijn bekend de kop-staartbotsingen. Een nogal recent geval treft men aan in Hoge Raad 13 april 2001 NJ 2001, 572. De kop werd gevormd door een automobilist die afremde voor een onoplettend de weg overstekende eend, de staart door een collega die vervolgens met de voorkant van zijn auto tegen de achterkant van de andere auto botste. De populaire opvatting dat in zo'n geval de achterligger altijd aansprakelijk is voor de schade, omdat hij er maar voor moet zorgen zijn auto tijdig tot stilstand te brengen, wordt in het (te?) beknopte arrest van de Hoge Raad ondermijnd:

“De enkele omstandigheid dat de R. (chauffeur van de achterop komende auto) zijn auto niet tijdig tot stilstand heeft weten te brengen, kan in de gegeven omstandigheden immers geen toereikende motivering van het oordeel van het Hof opleveren.”

Het oordeel van het gerechtshof kwam er op neer dat niet de eiser, M, moest bewijzen dat de botsing aan de R. te wijten was, maar dat de Stad Rotterdam, bij wie de R verzekerd was, de door haar gestelde toedracht van de aanrijding, die haar verzekerde disculpeerde, moest bewijzen, immers: "Vaststaat dat de R. zijn auto niet tijdig tot stilstand heeft gebracht." Van deze omkering van de bewijslast en dus van afwijking van de hoofdregel van artikel 177 Rv wilde de Hoge Raad echter niet weten en daarom werd het arrest van het hof vernietigd. De annotator van het arrest stelt vast dat deze uitspraak niet is een 'voorbeeld van unificerende controle op de bewijslastverdeling'. Daarvoor, zo klaagt hij, is het arrest te verhullend en roept het teveel vragen op.

De advocaat-generaal Spier, aan wie zeker *niet* kan worden verweten dat zijn conclusie te summier gemotiveerd en te verhullend was, kwam tot een andere slotsom dan de Hoge Raad. Zijn conclusie strekte tot verwerping van het beroep. Een van zijn merkwaardige slotopmerkingen laat ik hier volgen:

"Dat ik toch concludeer tot verwerping van het beroep houdt ermee verband dat a) (...) b) (...) c)(...) het niet erg nuttig lijkt om cassatieberoepen over de bewijslast in concrete aanrijdingssituaties aan te moedigen. Immers is deze nauw verweven met (een waardering van) de feiten. Voor vernietiging is in dit soort zaken m.i. eerst plaats wanneer voor 's Hof's oordeel niets (of wellicht erg weinig) valt te zeggen. Die situatie doet zich niet voor (...)"

Hier lijkt gepleit te worden voor *marginale* toetsing door de Hoge Raad van bewijslastverdeling door de rechter die over de feiten oordeelt in *concrete* aanrijdingssituaties. Daar zou ik toch niet erg voor voelen en wanneer is er sprake van *abstracte* aanrijdingssituaties?

Kop en staart (2)

Wanneer men wegdenkt wat bij levende wezens, niet behorend tot het menselijk geslacht (behalve waar het gaat over de menselijke gedochten van Gabriel Garcia Marquez in *Honderd jaar eenzaamheid*) gelegen is tussen kop en staart, krijgt men twee niet op elkaar aansluitende lichaamsdelen die allebei morsdood zijn. Niet anders

is het bij vonnissen of arresten. Wie in een civiel vonnis de motivering overslaat, baart een juridisch gedrocht dat door niemand verdedigd zal worden. In het zoveel achterlijker strafrecht is dat, in Nederland, een bij wet geaccepteerde wijze van recht doen geworden. Het zo geheten verkorte strafvonnis of -arrest is geen vonnis of arrest maar een bevelschrift. Ik heb het altijd afschuwelijk gevonden. De aanvulling op het verkorte vonnis bevat de bewijsmiddelen en die aanvulling komt pas als ze vereist is wegens hogere voorziening. Die kan onder bepaalde omstandigheden jaren na het wijzen van het vonnis worden ingesteld, waarna de bewijsmiddelen uit het verre verleden moeten worden opgediept. Iedereen die binnen de rechterlijke macht op een bescheiden trede van die hoog reikende trap is begonnen weet welk een ellende het is, in een verstekzaak waarin jaren later hoger beroep wordt ingesteld, het officiële proces-verbaal op te stellen uit de onleesbare en primitieve aantekeningen die de zittende griffier van toen (nu waarschijnlijk al lang elders werkend of misschien dood en begraven) heeft nagelaten. Niet veel anders is het gesteld met de Aanvulling op het Verkort Vonnis. Die aanvulling raakt echter wel het hart van de zaak, want dat zit, bij een gewoon dier, tussen kop en staart.

Daarom verheug ik mij over de uitspraak van Straatsburg van 7 december 2000 *NJ* 2001, 558 hoewel de klager in die zaak ongelijk kreeg. Hij, een in Nederland praktijk uitoefenende huisarts, klaagde erover dat hij door het ontbreken van bewijsmiddelen in het verkorte vonnis niet voldoende kon taxeren of hij in hoger beroep zou gaan. Het was geen geringe zaak waarover het ging: de tenlastelegging bevatte vier feiten: (a) moord dan wel euthanasie (b) vervalsing van de overlijdensverklaring en (c) en (d) het valselijk opmaken van recepten. Het Hof van Straatsburg wees de klacht op twee gronden af: (1) de in eerste aanleg gevoerde verweren hadden geen betrekking op de bewijsvoering en (2) in het Nederlandse rechtssysteem vormt niet het vonnis in eerste aanleg maar de tenlastelegging de basis voor de behandeling in hoger beroep. Het tweede argument heeft mij absoluut niet overtuigd: de grieven richten zich niet tegen de tenlastelegging, tenzij men deze voor nietig houdt (wat hier niet het geval is) maar tegen het vonnis in eerste aanleg. De toen reeds bijna gestorven Commissie had de klacht van de veroordeelde zonder meer gegrond verklaard.

Toch is er reden tot blijdschap. Ik moet eerst medelen dat het kop-staartvonnis in deze zaak werd gewezen toen deze construc-

tie als zodanig nog niet bij wet was aanvaard en daarom regelrecht in strijd kwam met artikel 59 lid 1 Sv. De praktijk, zo heette het toen, eiste deze bezuiniging op werkkraft.

In overweging 23 van de uitspraak van het hof vindt mijn blijdschap zijn grond:

“In the circumstances of the present case, therefore, it cannot be said that the applicant's defence rights were unduly affected by the absence of a complete judgment or by the absence of a detailed enumeration of the items of evidence relied on to ground his conviction from the judgment in abridged form.”

Je kunt, dunkt mij, zonder overdrijven zeggen dat een veroordelend vonnis waaraan de motivering ontbreekt (in de vorm van bewijsmiddelen) niet erg fair, laat staan overtuigend aandoet. Bovendien: al zijn in eerste aanleg geen bewijsverweren gevoerd dan kan het nog wel zijn dat in hoger beroep, de in eerste aanleg gebezigde bewijsmiddelen worden aangevochten. En om dat te kunnen doen, en dus ook om te beslissen of hoger beroep op die grond geboden is moet je toch weten welke bewijsmiddelen zijn gebezigd.

Wanneer en onder welke omstandigheden van het geval, kan het kop-staartvonnis in Straatsburg wel sneuvelen? Dat zegt het hof niet met zoveel woorden omdat het zijn traditie getrouw alleen dit concrete geval in zijn oordeel betreft (overweging 18) Toch zijn er aanwijzingen dat dit wel eens het geval zou kunnen zijn telkens wanneer de verdachte het aan hem verweten gedrag gemotiveerd ontkent. Een bekennende verdachte heeft maar een marginaal belang bij de inhoud van de bewijsmiddelen. Die kunnen, ondanks zijn bekentenis, nog wel onvoldoende zijn of tegenstrijdig, maar, in gewone gevallen, zullen zij niet veel meer doen dan zijn bekentenis bevestigen en versterken. De annotator prof. mr. Paul Mevis somt nog eens twee bezwaren op tegen het werken met een verkort vonnis, waartoe rechters uiteraard niet verplicht zijn, maar wat wel, voor zover ik weet, steeds of bijna steeds wordt toegepast. Het *eerste* bezwaar is dat zo'n vonnis afbreuk doet aan de zelfcontrolefunctie van de rechter. In de praktijk komt de gang van zaken er op neer dat er bij de rechters, minstens in meerderheid, een algemene overtuiging bestaat dat de verdachte het hem

ten laste gelegde gedaan heeft en dat daarvoor straks de bewijzen wel bij elkaar gescharreld kunnen worden. Het is mij, niet vaak maar toch wel enkele keren overkomen, dat wij in de strafkamer waaraan ik deelnam bij het nader uitwerken van de bewijsmiddelen na het verkrijgen van zo'n algemene overtuiging tot het inzicht kwamen dat er toch onvoldoende bewijs was voor de veroordeling van de ontkennende verdachte. In de sleutel van verkort vonnis met eventueel latere aanvulling is er voor de gevolgen van zulk een inzicht geen plaats meer. Er is een veroordeling uitgesproken en dus moeten de bewijsmiddelen voldoende zijn of worden gemaakt.

Zijn *tweede* bezwaar is wat subtieler maar zeker niet minder belangrijk: het werken met een verkort vonnis beperkt een deugdelijke communicatie over de zaak en het vonnis tussen de procespartijen en ook bij "het groeiende leger van belangstellenden bij (de uitspraak in) concrete strafzaken".

Mevis knoopt daaraan interessante beschouwingen vast over de aard van de motivering van strafvonnissen. De toenemende bemoeienis van de samenleving met de praktijk van het strafrecht, dwingt, naar zijn mening tot een andere wijze van motiveren. De rechter zal, in de toekomst, niet slechts de argumenten moeten noemen voor zijn beslissing maar hij zal ook zijn redeneringen moeten uitleggen. Hij noemt, tot slot, het arrest van Straatsburg in deze zaak, volgens hetwelk motivering maar langs een achterdeurtje hoeft binnen te komen, in zoverre een Pyrrusoverwinning.

De dief en de homoseksueel

"Waarom zou een praktiserende homoseksueel beter zijn dan een dief", vroeg een RPF-lid van de Tweede Kamer zich bij gelegenheid van een interview hardop af. De Rechtbank in Den Haag veroordeelde hem wegens belediging maar in hoger beroep werd hij vrijgesproken. Daarvan ging de procureur-generaal bij het gerechtshof in cassatie. Van vrijspraken is maar onder zeer bijzondere omstandigheden cassatie mogelijk. Die waren hier volgens de Hoge Raad niet aanwezig. Er was immers niet sprake van een onzuivere vrijspraak. Er was, anders gezegd, niet vrijgesproken door het hof van iets anders dan aan de verdachte was ten laste gelegd. Men kan dus niet zeggen dat de Hoge Raad instemming

heeft betuigd met het oordeel van het hof. De uitspraak houdt slechts in dat de Hoge Raad op grond van artikel 430 lid 1 Sv aan een oordeel niet toe kon komen. Heeft de rechtbank ongelijk en het hof gelijk? Ik zou die stelling niet voor mijn rekening willen nemen. Je kunt alleen vaststellen dat in het hiërarchisch opgebouwde systeem van onze rechtspraak het oordeel van de raadsheeren van een hof dat van de rechters van een rechtbank te niet kan doen en dat het omgekeerde niet mogelijk is.

De Europese Unie heeft vastgelegd dat het uitsluiten van vrouwen op de kandidatenlijst voor de Tweede Kamer, zoals dat gebeurt bij een kleine rechts christelijke partij, discriminatie naar geslacht oplevert. In Nederland wil de overheid op grond van die uitspraak niets doen. Partij autonomie is belangrijk, heb ik begrepen. *NRC-Handelsblad* schrijft instemmend over het door onze overheid ingenomen standpunt. Ik begrijp daar niets van.

Inmiddels heeft een rechter het aangedurfd de partij die vrouwen weert van haar kandidatenlijst voor de Tweede Kamer subsidie van de Staat te ontzeggen wegens discriminatie. Zal dat vonnis in de hogere instanties stand houden? Ik hoop het maar verwachten?

P.s. Als gevolg van een recente wetswijziging is nu in meer gevallen cassatie van een vrijspraak mogelijk.

VII Spuwen in de rechtszaal

Het *Rotterdams Dagblad* van 17 maart 2005 bericht ons dat zekere Danny K (30 jaar oud) tijdens de zitting waarin zijn zaak werd behandeld een der rechters van de meervoudige strafkamer van dichtbij in zijn gezicht spuwde, zonder dat de parketpolitie "die al dichterbij was gaan zitten" dit kon voorkomen. Op het voetbalveld word je daarvoor zwaar gestraft. De man schold bovendien de officier van justitie uit voor 'griezel' en omdat hij juristen niet ongelijk wilde behandelen, had hij tevoren ook zijn advocaat bespuwd. Bij die gelegenheid of later had hij zijn raadsman toegevoegd: "Je mag blij zijn dat ik alleen heb gespuugd en je niet drie optaters heb gegeven".

Contempt of Court? De rechter besloot geen aangifte te doen.

Voor het feit waarvoor Danny terechtstond werd hij bovendien, omdat de daad hem niet kon worden toegerekend, niet bestraft. Ontslagen van rechtsvervolging. Wel moet hij gedurende een jaar in een psychiatrische inrichting verblijven. Bij voorbaat sterkte gewenst aan personeel van de inrichting en de collega's van Danny K.

8 Het recht in de dagbladen, een impressie

- 1 -

De knipselkrant van het ministerie van Justitie volgt op de voet het juridisch nieuws dat in het bijzonder de dagbladen de moeite van publicatie waard achten. Wie er een aantal van doorneemt zal minstens twee zaken opmerken: (1) bijna alle dagbladen vinden in een zelfde periode hetzelfde nieuws de moeite waard en (2) het nieuws dat volgens die bladen de moeite van publicatie waard is gaat in, naar schatting, negentig procent over strafrecht of daarmee nauw samenhangende zaken. Omdat juridische vakbladen niet of amper plaats krijgen in de knipselkranten wordt zo een eenzijdig beeld van het rechtsleven in het leven geroepen en dat niet alleen omdat de civielrechtelijke en bestuursrechtelijke problemen, die het leven van veel meer mensen beheersen dan het strafrecht, verwaarloosd worden (het is geen nieuws in de zin van de kranten) maar ook omdat aan die strafrechtelijke belangstelling vaker dan goed is de reflectie en het inzicht ontbreekt, die nodig zijn om de lezer een verantwoord beeld van de situatie te bieden.

Een enkele keer is het anders, in het bijzonder als een krant een goed interview geeft met iemand die durft na te denken en zichzelf onder kritiek stelt. Ik heb het uiteraard over mensen, die hoog in de hiërarchie van de wereld van het recht thuishoren of denken thuis te horen. Tot die laatste categorie behoren ook die vele politici die ofwel verkondigen wat het merendeel van de bevolking hen voorzegt (de straffen zijn veel te laag, privacy is nu van geen belang) of ze draaien zo om de zaak heen, geven zo duidelijk geen antwoord op de hen gestelde vraag, dat ze daarvoor wel in de leer moeten zijn gegaan bij de moderne scholen voor ouderwetse retorica. Gezegd moet worden dat minister Donner,

met wiens standpunten ik het vaak faliekant oneens ben, niet tot deze misleiders of draaikonten behoort. Zijn mening is bijna steeds duidelijk en als hij het tbs-beleid als systeem verdedigt allerm minst populair bij de populisten uit de Tweede Kamer. In plaats van er trots op te zijn dat wij, anders dan alle andere landen er een institutie op nahouden die behalve beveiliging van de samenleving (die natuurlijk nooit helemaal veilig is) ook genezing en aanpassing aan de maatschappelijke waarden van geestelijk gestoorden beoogt, durven we te roepen als er weer eens een betreurenswaardig incident heeft plaats gehad, dat die institutie plaats moet maken voor een bewaarplaats van levenslang gevangenen. Wie spreekt er schande van dat alleen Nederland een Rembrandt heeft bezeten? En de gedachte dat doodstraf nog veel efficiënter is, omdat de levenslange gestrafte uit zijn cel kan ontvluchten, terwijl de dood niet kan worden ontvlucht en tenslotte ook veel goedkoper is, ligt dan bij nogal wat mensen in het verlengde van deze, hun gedachtewereld.

– 2 –

Bij een goed interview, als hiervoor bedoeld, denk ik deze keer aan het gesprek dat plaatsvond tussen de medewerker van *De Volkskrant* Marc van den Eerenbeemt en het scheidende hoofd van het Openbaar Ministerie mr J. de Wijkerslooth.

De dwaze idee, door bijna alle kranten meer dan eens verwoord dat, zeker in een geruchtmakende zaak, een vrijspraak dient te worden gezien als een zware *nederlaag* voor het OM vindt bij hem een afdoende bestrijding: “als we honderd procent veroordelingen zouden krijgen zouden we het niet goed doen. Dan brengen we nooit een zaak voor de rechter waarin vrijspraak tot de mogelijkheden behoort. Moet het OM bij een moord *zonder lijk* zeggen: lastige zaak, niet doen maar? Vervolg is vervelend voor de verdachte. Maar het is deel van het rechtsbedrijf dat het tot een vrijspraak kan komen”. Ik zou daar nog aan toe willen voegen dat ik het niet vaak, maar wel meer dan eens heb meegemaakt, dat de officier van justitie als de zaak is toegekomen aan zijn requisitoir zelf vrijspraak vordert omdat hij *in* de loop van het onderzoek ter terechtzitting en *door* de loop van dat onderzoek tot de overtuiging is gekomen, dat, anders dan hij aanvankelijk oordeelde (anders was hij niet tot dagvaarding overgegaan) vrij-

spraak de enige juiste uitspraak is. Als iedere advocaat iedere veroordeling van zijn cliënt als een nederlaag voor de advocatuur zou beschouwen, zou het geweest en geknars der tanden niet om uit te houden zijn. En wat zou er van de taak van de advocaat overblijven als er sprake zou zijn van honderd procent veroordelingen? Het strafprocesrecht heeft als uitgangspunt dat uit en door de zitting moet blijken – met name ook door toedoen van de advocaat – welke uitspraak moet volgen: veroordeling, vrijspraak, ontslag van rechtsvervolging. Alles staat voordien nog open.

Op een bepaald moment in het interview bestrijdt De Wijkerslooth dat hij tot de 'preciezen' behoort die zich kenmerken door een uiterst strikte wetsuitleg. Daarop geeft hij een aantal voorbeelden. Die slaan meer op de wenselijkheid van nieuwe wetgeving dan op ruime uitleg van bestaande wetgeving. Ik zou hem daarna gezien de woordkeuze: 'preciezen' gevraagd hebben of hij zich rekent tot de rekkelijken die de wet zoveel mogelijk naar hun hand zetten. Ik denk dat in het strafrecht precisie voor vervolger en rechter bijna steeds een absoluut vereiste is. Zonder wettelijke strafbepaling geen straf, is een van de hoofdbeginselen van ons strafrecht en een ruime uitleg van die bepaling bijvoorbeeld door analogie (in de bezettingstijd door de Duitsers bij ons ingevoerd evenals de afschaffing van de voorwaardelijke straf) zal tot ongerechtigheid leiden. Ik beken mij graag als in dit opzicht te behoren tot de preciezen. Waarom? Omdat het bij strafrecht gaat om leed door *mensen* (rechters) op 'voorspraak' van *mensen* (OM) opgelegd aan *mensen* (verdachten) Vroeger (ook) door hen op te hangen, nu door hen hun vrijheid of hun geld af te nemen. Dat gebeurt door de overheid en een overheid die daarbij de precisie te buiten gaat, valt over de brede rand tussen rechtvaardigheid en onrecht heen. Ik beschouw het woord in dit verband als een eretitel en ik zou die graag aan De Wijkerslooth willen toekennen al wil hij er zelf niet van weten. Te bescheiden? Ik voeg er voor alle duidelijkheid aan toe dat *verdiend* leed in de vorm van straf ook het totaal van het leed in de wereld verhoogt en dat er ook daarom zo voorzichtig mee moet worden omgegaan door de 'toediensers' ervan.

De Wijkerslooth toont zich in dat interview een bijzonder mens als hij over de zaak Erik O praat. Deze militair had in Irak de dood van een Irakees, die moeilijkheden maakte in dit moeilijke land, veroorzaakt en hij werd aanvankelijk verdacht van dood-

slag. Bijna onmiddellijk na dit gebeuren kwam De Wijkerslooth op de televisie om het beleid van het Arnhemse parket te verdedigen. Uiteindelijk werd de man in twee instanties vrijgesproken, terwijl het hem ten laste gelegde ook steeds werd afgezwakt. De Wijkerslooth in het interview: "Iedereen zegt dat ik het op tv onhandig heb gedaan. Dat wil ik best toegeven. Ik had dat interview beter niet kunnen doen. Het heeft de zaak geen goed gedaan. Dat betreurt ik".

Leiden mag blij zijn met deze hoogleraar strafrecht.

– 3 –

De zaken die voor de kranten in de periode voor 7 juli 2005 nieuws zijn, bevatten ook, ik beken het met enige schaamte, een civielrechtelijk thema, zij het niet uit het vermogensrecht. De zogenoemde flitsscheiding: twee met elkaar gehuwden kunnen in onderling overleg hun huwelijk omzetten in een geregistreerd partnerschap, dat vervolgens zonder tussenkomst van de rechter ontbonden kan worden. Die mogelijkheid wil de Minister van Justitie afschaffen omdat zij nooit als mogelijkheid bedoeld is en omdat zo'n echtscheiding waarschijnlijk in (sommige) buitenland niet zal worden erkend met als gevolg dat het stel dat in Nederland op die manier gescheiden is in België gewoon gehuwd blijft. Ik kan daar inkomen ook al omdat gewone echtscheiding, als er geen problemen bij komen met alimentatie, toewijzing kinderen en huis, redelijk snel kan gaan. Het is in de visie van de minister, die zich geconfronteerd ziet met een door hem bestreden wetsvoorstel uit de Tweede Kamer van het VVD-lid Luchtenveld, voorts noodzakelijk dat ouders die willen scheiden eerst duidelijk afspraken maken over hun kinderen, hun verzorging en opvoeding. Vraag is of, als zulk een ouderschapsplan door tegenwerking van een der ouders niet tot stand komt, dit tengevolge heeft dat de scheiding (nooit en te nimmer) kan doorgaan?

De andere regelmatig terugkerende thema's zijn (a) de eerwraak die tussen oktober 2004 en maart 2005 aan elf mensen in Nederland het leven heeft gekost en (b) de hoogte van het schadebedrag dat toegekend werd aan iemand die verdacht werd van terrorisme toen deze verdenking niet waar gemaakt kon worden. In plaats van het ingeburgerde woord: eerwraak dat duidelijk is, stellen onderzoekers van een Bureau voor te spreken van: eergerela-

teerd geweld. Van zulke voorstellen, waarin een duidelijk woord wordt omgezet in gebrabbel, dat zelfs mijn computer gelet op de rode onderstreping niet aanvaardt, word ik chagrijnig en moedeloos. Waarom je onder eerwraak niet zou kunnen verstaan familie-eer die geschonden is, is mij onduidelijk. En de onderzoekers die waarschijnlijk mislukte taalkundigen zijn doen er nog een schepje bovenop bij hun poging 'trotsmoord' ingang te doen vinden. Lieve mensen, houdt uw deuren op slot.

Het probleem is echter op zich genomen ernstig genoeg, gelet alleen al op het aantal doden. Er wordt gezegd dat in een flink aantal gevallen voordat de wraak in welke vorm en tegen wie dan ook voltrokken werd, deze zorgelijke situatie bij de hulpverlener reeds bekend was zonder dat doeltreffende maatregelen daartegen genomen zijn. Het is noodzakelijk dat daar snel en terdege verandering in komt. Want het probleem vertoont twee kanten: in onze cultuur is het doden, mishandelen, ontvoeren, tot een huwelijk dwingen en weet ik wat meer, niet minder maar eerder meer strafbaar als dat alles zijn grond vindt in opvattingen omtrent geschonden eer. In de cultuur waartoe de daders behoren is het daarentegen een morele, zo niet religieuze plicht. Zij zijn van mening niet slecht maar goed te hebben gehandeld. En als ze daarvoor gestraft worden, zijn ze eigenlijk een soort martelaren. Zou een geslaagde inburgering ook tot resultaat hebben dat eerwraak als morele of religieuze noodzaak verdween, dan zou dat een veel doeltreffender medicijn tegen deze ziekte zijn dan gevangenisstraf. Maar ik kan er niet toekomen welk misdrijf dan ook, uit eerwraak in Nederland begaan, minder strafbaar te achten dan moord uit hebzucht of jaloezie. Zit trouwens in eerwraak niet ook een element van (geestelijke) hebzucht en jaloezie?

Het heeft nogal wat aandacht getrokken dat een vermeende terrorist (dat is iemand die ten onrechte van terrorisme verdacht werd) die na zes dagen weer moest worden vrij gelaten, tienduizend euro vergoeding kreeg, terwijl het vaste tarief € 95 per nacht is. Voor dit hogere bedrag gaf de rechtbank als redenen op (a) dat hij, Syriër van geboorte, niet met zomaar een misdrijf in verband is gebracht maar met zoiets ernstigs als terrorisme, welke achteraf onjuist gebleken verdenking des te zwaarder op hem drukte aangezien (b) de man woonachtig was in een kleine woongemeenschap als de

Ooy (Nijmegen) “waar zulk nieuws inslaat als een bom”. Hoewel ik nooit vernomen heb dat iemand die ten onrechte verdacht werd van niet zo maar een misdrijf maar van bijvoorbeeld (meer-voudige) moord, daarom een hogere schadevergoeding kreeg dan de gebruikelijke, denk ik toch dat de beslissing billijk is wegens de combinatie van de argumenten (a) en (b). Dat betekent wel dat deze beslissing voor andere gevallen, als zij in Amsterdam, Rotterdam of Utrecht voorvallen, waar burens zelfs van elkaars dood vaak niet weten, niet van doorslaggevende betekenis hoeft te zijn. Het bericht over deze vergoeding in *Trouw*, 8 juni 2005, bevat aan het eind nog een interessant gegeven:

“Volgens het Centraal Bureau voor de Statistiek nemen ex-verdachten steeds minder vaak genoeg met een standaardvergoeding. In 2003 werden 2600 claims wegens onterechte hechtenis ingediend waarvan 1500 werden gehonoreerd. Dat is bijna tien keer meer dan in 1985. Volgens De Roos (hoogleraar strafrecht te Leiden) komt dit doordat het OM meer risico neemt dan vroeger. ‘Er valt eenvoudig meer te claimen.’”

Ongetwijfeld zal ook van belang zijn bij deze toename, dat in die acht jaren het aantal strafzaken dat berecht werd drastisch is toegenomen.

VIII Een primeur en een struikeling

Zo heel vaak hoef ik niet te lachen als ik het *Nederlands Juristenblad* doorneem. Tegenwoordig nog wat minder dan vroeger. De uitgever van dat nooit genoeg geprezen weekblad schreef mij dat hij zich niet (meer) bezig hield met geschriften die 'nice to know' zijn, maar enkel met uitgaven die zich kenmerken als 'need to know'. Wetboeken dus en commentaren daarop en op de rechtspraak. Bonjour allégresse.

De mysterieuze status van het embryo (schrijfster Britta van Beers, promovenda aan de Vrije Universiteit, Amsterdam) en *De bescherming van het ongeboren leven* (schrijfster Caroline Forder, hoogleraar familierecht aan de universiteit van Maastricht) deze artikelen geven rijkelijk stof tot overdenking, maar zelfs een glimlach kan er daarbij niet af. Wel is er een bijzonderheid aan aflevering 13 van 1 april 2005, waarin die artikelen gelezen kunnen worden: het is in de lange geschiedenis van het *Nederlands Juristenblad* nog niet voorgekomen dat de eerste 12 bladzijden van een aflevering (677 tot 688) alleen door vrouwen zijn gevuld.

Maar de claimcultuur in de Verenigde Staten, waarvan voorbeelden worden gegeven in diezelfde aflevering, is wel voldoende voor een zure grijns. Het mooiste voorbeeld vind ik dit:

"Kathleen Robertson of Austin, Texas, was awarded \$ 780.000 by a jury of her peers after breaking her ankle over a toddler (dreumes) who was running inside a furniture store. The owners of the store were understandably surprised at the verdict, considering the misbehaving toddler was Ms Robertson's son."

9 Gepruttel om niks

Een arrest van de Hoge Raad van 28 januari 2003, betrof iemand die wegens straatgeweld en verboden bezit van een vuurwapen in hoger beroep werd veroordeeld tot twee maanden gevangenisstraf voorwaardelijk en tot het verrichten van onbetaalde arbeid ten algemenen nutte voor 140 uren in plaats van drie maanden gevangenisstraf onvoorwaardelijk. Er werden door *twee* advocaten, een meervoud dat bij cassatie in strafzaken veld aan het winnen is, vijf middelen van cassatie voorgesteld die, zonder dat de Hoge Raad er op inging met toepassing van artikel 81 Wet op de rechterlijke organisatie, dus zonder echte motivering, terzijde werden gesteld. In zo'n geval is de advocaat aangewezen op de conclusie van de advocaat-generaal bij de Hoge Raad om te weten te komen waarom zijn middelen niet slagen. Met name in strafzaken wordt de 81 RO-methode steeds meer toegepast, naar mijn schatting in aanzienlijk meer dan vijftig procent van de gevallen. Het wil al lang niet meer zeggen dat het middel waardeloos is, maar het blijft voor de advocaat, die soms veel werk en veel tijd aan een zeer uitvoerige schriftuur heeft besteed, een wat delicate opdracht om aan zijn cliënt uit te leggen waarom zijn middelen geen bespreking van de Hoge Raad zelf kunnen verwerven, toch zeker in die gevallen waarin de Hoge Raad vervolgens wel gemotiveerd en *ambtshalve* (*dus buiten de middelen om*) tot vernietiging van het door de advocaat vergeefs bestookte arrest overgaat.

Zo was het ook in dit geval al had de verdachte aan die vernietiging ambtshalve in het geheel niets. Het arrest dat ik op het oog heb is volstrekt juist en toch heeft het ook iets lachwekkends en ik vrees dat dat moeilijk uit te leggen is aan een niet jurist, reden waarom ik dat toch maar eens zal proberen, als er een paar zo goed willen zijn van dit verhaal kennis te nemen.

Vooraf dit: nog niet zo lang geleden werd artikel 141 Sr drastisch gewijzigd: in plaats van 'openlijk met verenigde krachten

geweld plegen' heette het van toen af: 'openlijk in vereniging geweld plegen'. Het verschil lijkt onbeduidend maar volgens de toelichting op de wetwijziging is het van enorm belang. Als nu zo een feit is gepleegd vóór het in werking treden van de nieuwe versie is daarop meestal de oude tekst van toepassing. Dat was hier het geval. De rechters van het gerechtshof hadden waarschijnlijk aanvankelijk een losbladig wetboek geraadpleegd dat goed bijgehouden was. Daarin staat dan alleen de nieuwe tekst van artikel 141 Sr. Maar later kwamen ze er achter dat ze artikel 141 Sr (*oud*) hadden moeten toepassen. Nu pas kan het verhaal beginnen.

Want wat was er nu precies aan de hand? Tegenwoordig mogen de rechters van rechtbank en hof een zogenaamd verkort vonnis of arrest wijzen. Daar hoeven juist de bewijsmiddelen, *the heart of the matter*, niet in te staan hoewel de wetgever liever zou hebben dat dat wel gebeurde. Maar hoe gaat het met zulke zaken? Geef een mens een vinger en hij pakt de hele hand. Zo is het ook met rechters gesteld, die immers ook tot het menselijke ras behoren. Het komt zelden of nooit voor dat géén gebruik wordt gemaakt van het verkorte arrest, mede omdat juist het bij elkaar sprokkelen van de bewijsmiddelen, zelfs in evidente zaken, een kwestie is die veel tijd en zorg vraagt. En de achterstanden zijn toch al langzamerhand niet meer weg te werken. Komt er echter, als in dit geval, beroep in cassatie dan moet na het verkorte arrest een Aanvulling worden gegeven, die wel de bewijsmiddelen bevat en ook de eventuele nadere bewijsoverwegingen. Er is dus een verdeling tussen wat alleen in het verkorte vonnis *moet* staan en wat ook in de Aanvulling op dat verkorte arrest *mag* staan. Zo moet de kwalificatie (diefstal bijvoorbeeld) van het bewezen verklaarde feit in het verkorte arrest zelf staan als ook de bij de veroordeling voor diefstal toegepaste wettelijke voorschriften (art. 310 wetboek van strafrecht bijvoorbeeld). Het hof had zich daar keurig aan gehouden. Maar toen cassatie werd ingesteld en de aanvulling op het verkorte arrest moest worden vervaardigd kwam aan het licht dat de kwalificatie in het verkorte arrest, om de hiervoor uiteengezette reden, niet helemaal juist was en dat er ook iets mis was met het opgenomen toepasselijke artikel. Het bewezen verklaarde feit was gekwalificeerd als: *openlijk in vereniging geweld plegen tegen personen* en het had (nog) moeten zijn: *openlijk met verenigde krachten geweld plegen tegen personen*. Het toepasselijke artikel was in het verkorte arrest aangeduid als *141 van het Wetboek van*

Strafrecht en dat moest zijn: 141 (oud) van het Wetboek van *Strafrecht*. 'Oud' wil in onze rechtstaal zeggen: verouderd, want reeds afgeschaft of vervangen door een andere tekst. Als gevolg van overgangsrechtelijke problemen kan een ten tijde van de uitspraak al afgeschafte en (vaak) vervangen tekst van een artikel toch nog toepasselijk zijn, maar dat heb ik al uitgelegd. Van belang is dat het hof dat zich, naar ik aanneem, met frisse tegenzin gezet had aan de Aanvulling, tot zijn schrik zag dat in zijn verkorte arrest twee foutjes zaten en, nauwkeurig als dat hof wilde zijn, resoluut besloot die fouten *in de Aanvulling* te corrigeren. Maar dat mocht in dat stuk van het arrest niet meer. Dus moest de Hoge Raad het arrest in zoverre vernietigen, hoewel de kwalificatie en het toepasselijke artikel nu door het hof netjes verbeterd waren. Je moet weten wáár je je verbeteringen aanbrengt.

Het meest merkwaardige komt nog: met artikel 442 Sv als steun in de rug vernietigde de Hoge Raad weliswaar het arrest van het gerechtshof ten dele, maar bracht vervolgens zelf de goede kwalificatie aan met vermelding van het juiste toepasselijke artikel. Diezelfde goede kwalificatie etc was ook te vinden in de Aanvulling op het verkorte arrest van het gerechtshof maar zij stond daar op de verkeerde plaats.

Ik zei het al: de verdachte had aan dat alles niets. Wie wel? Maar wat deed de Hoge Raad anders dan wat eerstens door ons strafrechtsstelsel geëist wordt: vernietigen en daarna door datzelfde stelsel wordt toegestaan: zelf herhalen wat reeds in het vernietigde arrest staat. En toch ik kan me ook voorstellen dat de Hoge Raad zou hebben vastgesteld dat die goede kwalificatie weliswaar op een verkeerde plaats in het tweedelige arrest van het hof stond maar dat die geacht moest worden op de goede plaats te staan. Vergissingen van rechters worden door de Hoge Raad dikwijls verbeterd gelezen. Hier gebeurde dat niet. Maar niemand, zelfs niet de verdachte, laat staan dat raadselachtige algemeen belang, had, was dat wel gebeurd, zich tekort gedaan kunnen voelen.

IX Elsevier en onze carrières, uitgedrukt in geld

Omdat in het weekblad *Elsevier* van 24 mei 2003 een herdenking stond van oud procureur-generaal bij de Hoge Raad Jan Remmelink, een man die, ondanks grote verschillen, zelfs in temperament, mijn hart geheel had gestolen, kocht ik maar weer eens een exemplaar van dat door mij niet bijster beminde tijdschrift. De waardige herdenking door Gerlof Leistra bevindt zich met een vriendelijke foto van de overledene op bladzijde 108. Daarna komen alleen nog het cryptogram, het kruiswoord nr. 1234 en het bridgeprobleem.

Het blad kost € 3,70, maar er is een gedwongen koppelverkoop aan verbonden van een special van € 3,95, zodat je toch bijna zeventien oude Nederlandse guldens kwijt bent als je ervan wilt genieten. Dat themanummer draagt als titel *Carrière* en bevat onder meer een leuk interview met de buiten het vaderland wonende (oud) dichter des vaderlands: Gerrit Komrij:

“Het alder-alder- bijzonderste – zelfs mijn stugste schoolgenoot van weleer sloeg het met verbazing – was dat ik op de televisie was geweest! Niet één keer, maar herhaalde keren! Daarbij verstomde iedere kritiek”.

Hij vergeet te vermelden dat bij het behalen van zijn beroemdheid zeker ook een rol moet hebben gespeeld zijn eredoctoraat aan de oeroude universiteit van Leiden. Maar een aula vol intellectuelen kan het inderdaad niet halen bij een thuispubliek voor de televisie.

De special bevat veel cijfermatige gegevens. Daartoe behoort een overzicht over de verdiensten van academici en HBO'ers na anderhalf jaar werken. Het resultaat heeft mij droevig gestemd. De beoefenaars van het meest gevreesde vrije beroep, de tandtaste-

lijke prozaïsche bewerkers van andermans gebit staan bovenaan. Een tandarts verdient na anderhalf jaar in een werkweek van 28 uren per maand € 2750,- en dat is € 550,- meer dan de beroepsgroep op de tweede plaats: u raadt het al, de apothekers. Maar je moet de zon in het water kunnen zien schijnen en dus niet al te zeer getreurd om die koplopers. Wat echter ten zeerste pijn doet, is dat op de vijftennegentigste en laatste plaats komen de docerende en uitvoerende musici: zij verdienen per maand € 975,- en dat is zelfs € 175,- minder dan de logopedisten die op de voorlaatste plaats staan en waarvan het percentage mannen, dat het vak beoefent nul bedraagt.

Hoe staat het na anderhalf jaar met de juristen zal de lezer van deze regelen misschien vragen. Het antwoord is niet verrassend, wel vertoont het flinke nuances. Fiscalisten staan hoog en droog op de derde plaats, direct achter de apothekers: € 1975,- per maand. Daarvoor moeten ze wel per week elf uren langer werken dan tandartsen. Wat ook bevreemd is dat fiscale *economen*, niet van academische huize, daar ver beneden staan met € 1350,- per maand. De beoefenaars van het Nederlands recht behoren nog net tot de subtop met € 1650,-. Minder verassend dan het lijkt is dat de beoefenaars van het notarieel recht daar na hun anderhalf jaar met € 1575,- per maand een stukje beneden staan. Deze kandidaat-notarissen zullen die achterstand met stip inhalen als zij hun geduld bekroond zien met een eigen notariaat.

Er zijn ook raadselachtige zaken te onderkennen. Geschiedenis levert € 1500,- per maand op, maar de geschiedenisleraar moet het met minder doen.

Tot slot: wil je met succes aan een eigen bedrijf beginnen dan heb je als man, onder meer, een gestreept pak van Paul Smith nodig. Kosten: € 1.450,-. En, zoals men zal begrijpen, ook een stressbal van € 2,95. Misschien wel twee.

10 Herinneringen aan een jurist die ik bewonder: Gerard Wiarda

– 1 –

Als dit boekje verschijnt is hij twintig jaar dood. Hij blijft in mijn herinnering leven als een jurist van uitzonderlijke klasse en eigenlijk heb ik de idee dat hij dat alleen maar kon zijn omdat hij een bijzonder mens was. Ik schrijf over hem met schroom maar ik denk dat ik het moet doen omdat anders in deze wereld de grove bekken het nog meer voor het zeggen krijgen.

Niet echt anders dan mensen moeten instituties na hun geboorte het lopen nog leren. En daarna het praten. Ik weet niet wat het moeilijkst is. Maar anders dan de mensen van onze tijd, die de kinderziektes met glans hebben doorstaan, komen veel instituties aan het een noch het ander toe omdat zij voortijdig aan kinderziektes ten onder zijn gegaan.

Gerard Wiarda, geboren in 1906, was weliswaar niet aanwezig in de kraamkamer toen uit de Raad van Europa het Hof voor de rechten van de mens geboren werd maar in de periode dat deze leerde lopen en vooral in die waarin hij door te praten, aanvankelijk weliswaar stamelend, zich voor de wereld van buiten verstaanbaar begon te maken, heeft hij deze institutie, de belangrijkste die ik ken, trouw begeleid en tot wasdom gebracht.

In het imposante boekwerk: *Protecting human rights: The European Dimension, studies in honour of Gerard J. Wiarda* vertelt Roly Ryssdal, opvolger van Wiarda als president van het hof niet zonder humor het een en ander over de kinderjaren van het hof. Gerard Wiarda was de zesde president van het hof van januari 1981 tot mei 1985. Een rij van indrukwekkende presidenten was hem voor gegaan. Lord McNair was vanaf de geboorte van het hof

in 1959 tot 1965 de eerste president. Wereldberoemd jurist en expert in internationaal recht noemt Ryssdal hem maar hij had de pech dat hij bij de twee zaken die onder zijn bewind werden aangebracht twee keer een niet trok toen er geloot werd wie op die zaken zou 'zitten'. Zijn opvolger René Cassin, winnaar van de Nobelprijs voor de vrede, was president van het hof "in a most difficult phase in its existence – there were years without the referral of a single case". Juist onder zulke omstandigheden is standvastigheid en geloof in eigen kunnen belangrijk: zal ons kind ooit fatsoenlijk leren praten? Zal het zich in de harde buitenwereld staande kunnen houden? René Cassin was uit het goede hout gesneden. Mitterand noemde hem ooit: 'professeur d'espoir'. En zoals dat wel meer gebeurt, een van de voorgangers van Wiarda was ooit een fervent tegenstander van zo een supranationaal Hof voor de rechten van de mens geweest: Henri Rolin, een Belg.

Het hof kwam maar heel langzaam op gang. Twee zaken in het jaar van oprichting, tussen 1960 en 1965 geen enkele zaak en in het decennium daarna gemiddeld ook twee zaken per jaar. Aan het begin van dat decennium, in 1966, werd Gerard Wiarda rechter in het hof en toen hij in 1985 afscheid nam kwamen er per jaar maar liefst twintig zaken bij het hof. Wie denkt aan het aantal zaken dat nu wordt aangebracht en de achterstand die het hof heeft opgelopen, moet misschien om zulke cijfers lachen, maar toch: het begin van wat nu aan de gang is, werd toen gemaakt. Het Europese Hof voor de rechten van de mens is met vallen en opstaan volwassen geworden en beweegt zich binnen het terrein van het recht als een steeds zorgvuldig, soms behoedzame maar andere keren ook drieste en moedige voorganger, waar de nationale rechters tot in hoogste instantie met respect maar ook niet zonder vrees tegen opzien.

– 2 –

Binnen de rechtspraak zijn er drie personen voor wie ik meer dan gewone waardering, ja meer dan gewone bewondering heb. Een daarvan breng ik elders ter sprake. De twee anderen zijn Gerard Langemeijer en Gerard Wiarda. Ik heb van de eerste ook in persoonlijk contact veel mogen leren; de tweede heb ik eigenlijk maar oppervlakkig gekend. Maar is dat wel waar? Ken je iemand niet óók en misschien zelfs vooral uit en door wat hij schrijft en hoe

hij schrijft? Als dat waar is dan heb ik Gerard Wiarda ook goed gekend. George Orwell, Thomas Hardy, George Eliot, Emily Brontë, Joseph Conrad, ik ken ze allemaal alleen uit hun werken en dat is genoeg. Wie heeft er in Nederland ooit een korter, helderder en schitterender essay geschreven dan Gerard Wiarda? Ik doel natuurlijk op zijn *Drie typen van Rechtsvinding* waarvan Tim Koopmans een vierde druk heeft verzorgd. Wie zo kan schrijven over recht en rechtspraak moet wel een voortreffelijk en een mild rechter geweest zijn. Het zou goed, ja eigenlijk noodzakelijk zijn, dat alle studenten in het recht reeds bij het begin van hun studie dit boekje zouden moeten lezen. Wie dan nog durft te zeggen dat het recht een saaie en droge materie is moet onverwijld van het 'tableau' worden geschrapt. Ik heb altijd getracht de werkwijze die Wiarda in deze studie ontvouwt in praktijk te brengen, omdat zij voor wie recht moet spreken en voor al wie met het recht omgaat het ideaal is waarnaar hij dient te streven.

– 3 –

Als ik nu vaststel dat Gerard Wiarda niet erg veel geschreven heeft, behoeft dat onmiddellijk correctie. Want alle rechters schrijven veel en zeker rechters van de Hoge Raad, als waartoe Wiarda vanaf 1950 behoorde om ook daar in 1976 als president afscheid te nemen. Er zijn veel rechters die ook buiten hun handwerk nogal veel schrijven (zij komen meestal uit universitaire kringen) maar meer rechters die dat zelden of nooit doen. Sommigen omdat zij door te publiceren zich zouden vastleggen op oordelen en meningen die zij straks misschien in hun werk als rechter niet kunnen handhaven. Maar het onderscheid heeft in ieder geval niets te maken met hun kwaliteiten als rechter maar veel met hun 'Sitz im Leben', die bij sommigen (waartoe ik hoor) tot expressie noopt bij anderen tot terughoudendheid. Wiarda heeft in deze zin niet echt veel geschreven maar wat hij schreef was altijd meer dan de moeite waard en bewoog zich met uitzondering van de *Drie Typen*, vooral in zijn latere jaren bijna altijd op het gebied van de mensenrechten en het Hof te Straatsburg. Al lezende kreeg ik de indruk dat die publicaties nauw verband houden met wat hij in Straatsburg als rechter heeft voorgestaan. Ik noem, met voorbijgaan van zijn dissertatie en van twee preadviezen de volgende artikelen: *De betekenis van art. 6 lid 1 van het Europees verdrag tot*

bescherming van de rechten van de mens voor de Nederlandse administratieve rechtsgangen (in de bundel voor G.J. Scholten), *Extensieve en restrictieve verdragstoepassing door het Europese Hof voor de rechten van de mens; een middenkoers?* (in de bundel voor Enschedé) en *Rechterlijke voortvarendheid en rechterlijke terughouding bij de toepassing van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens* (rede bij zijn benoeming op de Tinbergen leerstoel). Telkens lange titels voor korte, leerzame en kristalheldere beschouwingen.

– 4 –

Ik houd van levensbeschrijvingen. Dat komt door mijn nieuwsgierigheid naar wat andere mensen allemaal doen en wat zij laten. Van Engelse en vooral van Amerikaanse rechters, wat die laatste betreft vooral de rechters van het Supreme Court, krijgen we meer dan eens zelfs intieme zaken te lezen. Als bij ons, en in de buurlanden is het niet anders, een feestbundel voor een hoogleraar, een rechter of een advocaat verschijnt, is het enige waar het zeker niet overgaat de persoon van de feesteling (behalve in mijn artikel in *Via Straatsburg* waarin ik een klein boekje open doe over Egbert Myjer toen die benoemd werd tot rechter in het Hof te Straatsburg). En omdat rechtspraak weliswaar een openbare aangelegenheid is maar dan met een eigenaardig trekje dat wordt aangeduid als het geheim van de raadkamer, is het heel moeilijk zelfs voor een outsider die dicht bij die geheime kamer staat de invloed te meten die een individuele rechter heeft op de ontwikkeling van de rechtspraak. Dissenting opinions, allerm minst uitzonderlijk bij het Straatsburgse Hof, lichten een tipje van de sluier op maar meer ook niet. Het zijn daarom vooral vermoedens die mij aanleiding geven om te menen dat een zo evenwichtig man als Wiarda in de controversen tussen behoudende en vooruitstrevende rechters van het hof vaak een doorslaggevende rol heeft gespeeld en dan, maar nu ga ik nog wat meer speculeren, minstens lichtelijk in het voordeel van de laatste. Maar toch niet helemaal speculatief. In een van zijn geschriften doet hij met onmiskenbaar maar ingehouden enthousiasme melding van de zaak waarin moest worden beslist of artikel 6 EVRM niet alleen voorschriften omtrent het fair proces gaf maar ook voor een ieder vrije toegang tot de rechter garandeerde. Waar dan uit voortvloeide dat als een rechterlijk

forum om te klagen niet aanwezig was, dit door de staat van de klager in het leven moest worden geroepen. Op deze punten toonde het hof zich, ondanks geduchte tegenstand van rechter Gerald Fitzmaurice, in meerderheid voortvarend en werd artikel 6 EVRM extensief uitgelegd. "Het hof koos in zijn op 21 februari 1975 gegeven beslissing de voortvarende lijn" schreef Wiarda over deze zaak. Daardoor heen komt bij mij de gedachte op dat hij wel de motor achter dit soort beslissingen moet zijn geweest en in ieder geval die beslissing heeft gesteund. Die gedachte wordt nog bijzonder gevoed als ik lees dat de 'separate opinion' van Sir Gerald, waarin deze een 'cautious and conservative interpretation' van artikel 6 EVRM voorstond, door Wiarda als 'sterk gemotiveerd' wordt aangeduid. Zo gaan (gingen?) tegenstanders in de rechtspraak met elkaar om: ze vinden wat hun collega doet prachtig maar dat betekent niet dat ze het ermee eens zijn. Elders herhaalt Wiarda zijn bewondering voor de Engelse Lord maar voegt daar direct aan toe dat hij het heel dikwijls met hem niet eens is geweest. Dat kan in de domeinen van de rechtspraak. Het kan niet in de domeinen van de politiek.

– 5 –

Gerard Wiarda heeft daar in Straatsburg heel goed werk gedaan, daar ben ik zeker van. Ik verzin hier niets want dat valt en dan niet enkel tussen de regels door, te lezen in het grote boek dat 'in honour' van hem het licht zag. Of Wiarda zelf die bundel nog heeft kunnen lezen, betwijfel ik. Het boek verscheen pas in 1988.

Er komt een einde aan het leven van elke mens, maar het recht gaat door. Ik wil besluiten met een citaat uit Wiarda's rede bij de aanvaarding van de Tinbergen leerstoel, een citaat dat mij niet alleen om zijn gestolde wijsheid heeft ontroerd maar ook als vrucht van een duurzame ervaring, die voor geen welmenend jurist verloren mag gaan:

"Er is tussen de verschillende wijzen waarop in het arrest in deze zaak (het zgn. Marx-arrest, L) en in de dissenting opinion van Sir Gerald Fitzmaurice de conventie is geïnterpreteerd na lezing van het arrest en de voortreffelijk gemotiveerde bestrijding daarvan geen wetenschappelijk verantwoorde keuze te maken. Ook Sir Gerald geeft toe dat

de verschillen in laatste aanleg op verschillen in: 'attitude and frame of mind' zijn terug te voeren."

Een les voor al die juristen, waaronder rechters, die nog steeds menen dat het recht een vaststaand en veilig bezit is.

X 'Ontslag van rechtsvervolging bij gebrek aan bewijs'

In *NRC/Handelsblad* van 14 juni 2005 staat een bericht over een daar met naam en toenaam genoemde bekende Nederlandse voetballer, tegen wie aangifte is gedaan wegens *verkrachting* en die daarna in hechtenis is genomen, waaruit volgt dat de aangifte heeft geleid tot verdenking. Ik blijf het aanvechtbaar vinden dat landelijke bekendheid om welke meestal positieve reden dan ook, bijna automatisch leidt tot een andere landelijke bekendheid van diezelfde persoon als hij van misdrijf verdacht wordt, wat een uiterst negatieve reden is voor bekendheid. Blijft de zaak en vooral de persoon in die voorfase waarin het recht hem onschuldig verklaart, uit de publiciteit dan zal een na de verdenking tot vrijspraak leidende beslissing van de rechter veelal geen onherroepelijke schade toebrengen aan de vrijgesproken verdachte. Maar heeft hij zodanige bekendheid dat hij van het begin af bij voor- en achternaam genoemd wordt, dan zal na zulk een vrijspraak de gedachte bij de lezer blijven hangen dat er toch wel iets mis is met die man, zeker als in de media ten aanzien van een andere voetballer, die van iets dergelijks verdacht werd dan nog met nadruk wordt aangevoerd dat hij is vrij gekomen *bij gebrek aan bewijs* (alsof een verdachte om een andere dan juist die reden zou kunnen worden vrijgesproken.) Toch wordt door zo'n absoluut overbodige toevoeging bereikt dat de argeloze lezer denkt, ja ervan overtuigd is, dat de man hetgeen hem wordt verweten wel gedaan heeft, maar dat er een klein stukje bewijs dat wel bestaat niet te terug te vinden is.

In het bericht wordt de oude 'koe' uit de sloot gehaald, waar ik daareven al op doelde. Ik lees: "De raadsman stond enkele jaren geleden voetballer Patrick Kluivert bij, die eveneens beschuldigd werd van het verkrachten van een vrouw. Kluivert werd

later ontslagen van rechtsvervolging, wegens gebrek aan bewijs". In feite kwam er zelfs niet eens een rechtszaak van, meen ik.

Maar wat daarvan zij, ik vind het onbehoorlijk om die oude *en afgedane* zaak er weer bij te halen en vooral als het op zo'n manier gebeurt. Maar behalve van onbehoorlijkheid getuigt het citaat ook van domheid. Ontslag van rechtsvervolging kan alleen maar aan de orde komen als het ten laste gelegde reeds bewezen is. Een zodanige uitspraak: ontslag van rechtsvervolging, houdt in dat *het bewezen verklaarde feit* niet strafbaar is of dat de verdachte, hoewel bewezen is dat hij het feit heeft gepleegd, daarvoor niet strafbaar is, zoals bijvoorbeeld het geval is als hij in noodweer heeft gehandeld. Voor juristen die het strafrecht een beetje hebben bijgehouden (maar dat zijn er niet zoveel, vrees ik) is dit stokoude koek. Maar dat in een dagblad van het niveau van *NRC/Handelsblad*, met een jurist als hoofdredacteur, zoiets ongehinderd opgediend kan worden, is toch wel treurig.

11 De valkuilen der aansprakelijkheid

- 1 -

De Prediker uit het Oude Testament houdt het ons al eeuwen lang voor: wie een kuil graaft voor een ander valt er zelf in (18.8) Hij is zo'n ontluisterende cynicus dat hij dat ook wel, misschien zelfs alleen, overdrachtelijk bedoeld kan hebben. Want wie de kuil graaft weet waar ze aangebracht is en zal er zelf niet zo gemakkelijk in vallen. Maar zou hij niet bedoeld kunnen hebben dat wie een ander in zijn kuil laat vallen daarvan later zelf de gevolgen zal moeten dragen? Zo is het in ieder geval wel in ons aansprakelijkheidsrecht geregeld. De valkuil heeft daar een letterlijke en een overdrachtelijke betekenis. Letterlijk omdat nogal wat procedures over aansprakelijkheid te maken hebben met de val in een kuil, waar die door de mens, die erin valt niet verwacht had behoeven te worden. In overdrachtelijke zin omdat het aansprakelijkheidsrecht veel onverwachte wendingen kent, nu eens voor degene die aanspraak maakt dan weer voor degene die aangesproken wordt.

Verkeersrecht, maandblad uitgegeven door de ANWB, bestaat vijftig jaar. Dit jubileum wordt zonder al te veel fanfare gevierd met voortreffelijke afleveringen die als curiositeit teksten uit het blad van vijftig jaar terug bevatten. Een daarvan, opgenomen in de november aflevering, bevat een kort verhaal over een bedelaar die met zijn hond na gedane arbeid gemotoriseerd naar huis rijdt. Het jubileum heeft de ANWB ook aanleiding gegeven ons te verblijden met de reproductie van een litho die de voorgevel van het huidige gebouw van de Hoge Raad aan het Lange Voorhout weergeeft met daar vóór een auto. Nu is wellicht bekend dat alleen de huisgenoten binnen de Hoge Raad van de toegangsdeur in die voorgevel gebruik mogen maken en dat alle anderen, waaronder ook de advocaten, langs de achterkant, gelegen aan de

Kazernestraat moeten binnentreden. Of dat symbolisch is voor de moeilijke toegang tot de rechtsgang bij de Hoge Raad, weet ik niet. Wel weet ik dat die toegang nog veel moeilijker gaat worden als een of ander selectie systeem in de toekomst zou worden gaan toegepast. Nu al zullen, in elk geval in de afdeling strafrecht, de vele zaken die daar met toepassing van artikel 81 RO worden afgedaan, aan de betrokkenen de indruk kunnen geven dat de toegangsdeur maar op een kiertje openstaat. Overigens zou het Verkeersrecht ook hebben kunnen kiezen voor een fiets, geplaatst vóór het gebouw van het Gerechtshof te Leeuwarden, want de kleinere verkeersovertredingen die met een administratieve boete worden afgedaan vinden hun Hoge Raad in het Hof te Leeuwarden en de feestvierende ANWB is opgericht als Algemene Nederlandse *Wielrijders* Bond.

Het belangrijkste is echter dat het blad na vijftig jaar in blakende welstand verkeert en eigenlijk onmisbaar is voor wie te maken heeft met het verkeersrecht in de meest algemene zin van dat woord: 'wegverkeer, aansprakelijkheid, schade, verzekering'. De aflevering van november bevat een schat aan gegevens over aansprakelijkheid, ook buiten het wegverkeer. In het vervolg van dit overzicht zal ik daar levend water uit putten.

– 2 –

Te beginnen met: de valkuil in zijn meest letterlijke gedaante: het open kelderluik in het café. Een eenvoudige zaak, niet zelden voorkomend en vaak met beroerde gevolgen voor klant en herbergier. Rechtbank Amsterdam moest daarover oordelen toen een vrouw als klant het café met haar bezoek vereerde en op terugweg van het toilet twee meter diep in het openstaande keldergat viel. Zij kwam helemaal uit Tel Aviv en bezeerde zich deerlijk. Het openen van het kelderluik, gelegen midden in het gangpad van het café, is zo overwoog de rechtbank in enkelvoudige vorm, een gevaarscheppende handeling waarop het publiek in een openbare ruimte als het café is, duidelijk moet worden geattendeerd. De caféhouder voerde als verweer aan dat hij het looppad had geblokkeerd door aan weerszijden van het trapgat barkrukken te plaatsen. Barkrukken zijn echter, zo overwoog de rechtbank, niet zonder enigszins valse humor, geen voorwerpen waarvan, zeker in een café, een waarschuwing uitgaat en bovendien vormen zij een

onvoldoende barrière om het daarachter schuilgaand gevaar te voorkomen. Als je in een kerk of een huiskamer barkrukken ziet opgesteld, moet het vreemde verschijnen aldaar van deze krukken, eerder en meer tot waakzaamheid nopen. De caféhouder voerde ook vergeefs aan dat mevrouw eigen schuld had en niet had opgelet. Nu komt dat laatste in cafés meer voor dan in een kerk, gelet op de uiteenlopende taakstelling van café en kerk. Maar ook dit verweer vond bij de rechter geen gehoor nu niet gebleken was dat de vrouw zich van het gevaar bewust was. Ook was door de gedaagde niet gesteld dat zijn personeel de vrouw uitdrukkelijk *'en dan ook in een taal die zij verstaat'* op het gevaar had gewezen. Een mooi vonnis, waarbij alle omstandigheden op hun waarde werden getoetst en gewaardeerd. Eenvoudig misschien, maar daarom nog niet gemakkelijk.

Wat echter ook niet gemakkelijk zal zijn, maar nu voor de gevallen vrouw, is dat zij de door haar opgelopen schade zal moeten waarmaken in een nieuwe procedure: op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Ik vraag mij af of zij *die* taal verstaat. (*Verkeersrecht*, november 2003, aflevering 11, nr. 174).

– 3 –

Hiervoor besprak ik een geval van aansprakelijkheid buiten het verkeersrecht in enge zin. Nu echter een geval waarin daarvan wel sprake is en waar als partijen optraden een zekere G. van der Bent, eiser en een zekere M. Zorregieta, gedaagde.

Rechtspraak dient plaats te vinden zonder aanzien des persoons en dat zal de Haagse rechtbank in enkelvoudige vorm in dit geval terdege beseft hebben. Er ontstond een botsing tussen de auto's die door partijen werden bestuurd. Het ongeval vond plaats op 18 oktober 2001 rond zes uur in de avond te Den Haag ter hoogte van Paleis Huis ten Bosch. De botsing leverde Van der Bent beenletsel op en zijn auto werd bij de aanrijding beschadigd. Ook hier werd door hem schadevergoeding gevorderd op te maken bij staat en te vereffenen volgens de wet. Ik ben weer benieuwd of de gedaagde Zorregieta *die* taal heeft verstaan.

De eerste vraag was of de gedaagde uit een uitrit kwam en daarom voorrang had moeten verlenen aan eiser, hoewel die voor haar van links kwam. Het hieraan vastgekoppeld probleem is dat het niet zo eenvoudig is uit te maken of een weg het karakter van een uitrit

heeft. Dat werd dan ook ontkend door de advocaat van Z. Op sterke gronden, die wie er genoeg belang in stelt, kan nalezen in Verkeersrecht, oordeelde de rechtbank dat Zorregieta wel degelijk uit een uitrit kwam (het grote hek; de witte ononderbroken streep enz.). De tweede vraag die rees was of Zorregieta niet zo voorzichtig uit de uitrit was gereden dat aan haar, hoewel zij verplicht was voorrang te geven, toch geen verkeersrechtelijk verwijt kon worden gemaakt van de aanrijding. Dit verweer werd ook verworpen: nu zij, zoals zij zelf zei, zulk een slecht uitzicht naar links had, van waar de auto van Van der Bent kwam, had ze, kort gezegd, niet zo ver mogen doorrijden. Zorregieta was dus, zo concludeerde de rechtbank aansprakelijk. Maar Van der Bent trof (ook) schuld aan de aanrijding: hij mocht daar, zo werd aangevoerd, helemaal niet rijden want (1) hij reed daar in strijd met een gesloten verklaring (voor ander dan bestemmingsverkeer) (2) hij reeds voorts met forse overschrijding van de maximum snelheid en (3) hij droeg niet de voorgeschreven veiligheidsgordel. De rechtbank verwierp het onder (1) aangevoerde argument, omdat zo'n overtreding aan Zorregieta niet het recht gaf zich niet aan de voorrangsregels te houden. De argumenten onder (2) en (3) waarvan de feitelijke toedracht vaststond, leverden echter wel medeschuld op aan de kant van Van der Bent. Doordat hij zo veel te snel reed kon hij zijn wagen niet tijdig tot stilstand brengen, wat anders misschien wel had gekund en doordat hij geen gordel droeg kon het opgelopen letsel ernstiger vormen aannemen dan wanneer hij de gordel wel had gedragen.

Alles afwegende kwam de rechtbank tot haar oordeel dat de gedaagde voor 25 procent aansprakelijk was voor de schade die Van der Bent had geleden, die voor de rest door het begaan van twee verkeersrechtelijke fouten, die van invloed konden zijn op het ontstaan van de aanrijding en de hoogte van de schade, eigen schade moest dragen.

Die vaststelling van de verhouding schuld en medeschuld heeft altijd een wat arbitrair karakter maar gelet op de aard van de fouten van de eiser, komt mij de verdeling van de schuld als niet onredelijk voor.

Alweer een betrekkelijk simpele zaak maar, ook om andere redenen dan in de vorige zaak, zeker niet een gemakkelijke. Dat de gedaagde eerlang wellicht koningin der Nederlanden zal worden, valt uit het vonnis niet op te maken. Er zullen wel meer auto's vanuit die koninklijke uitrit de weg oprijden.

Bij gelegenheid van het gouden jubileum van het maandblad Verkeersrecht werd de Minister van Justitie verzocht de feestelijke voordracht te houden. Hij gaf aan dat verzoek gevolg en de voordracht is opgenomen als pièce de résistance in de november aflevering van Verkeersrecht.

Het doet goed de Minister van Justitie nu eens te ontmoeten op een terrein dat niet rechtstreeks met strafrecht en criminaliteit te maken heeft. Tenslotte regelt het civiele recht in oneindig belangrijker mate ons doen en laten dan het strafrecht. Er worden heel wat meer auto's verkocht dan gestolen.

De voordracht is ook zeker de moeite waard maar van een man uit het Huis van de Donners valt ook moeilijk anders te verwachten.

Ik pak er een paar aspecten uit. De minister stelt voorop dat zonder nadere voorziening ieder in beginsel zijn eigen schade draagt. Twee voorbehouden dus bij die veel gehoorde regel. Maar als de nadere voorzieningen zo talrijk zijn dat zij de regel in de schaduw stellen en als het beginsel al te vaak geweld lijdt, heb je aan zo'n regel niet zoveel. Ik zou dan ook willen aanvoeren dat er naast, *niet* ondergeschikt aan die regel een andere opgeld doet, die zo ongeveer zo kan worden verwoord: hij of zij moet de schade dragen die deze, alle omstandigheden in aanmerking genomen, het best kan dragen. Van die tweede regel is een uitwerking de door de minister zo geroemde regeling op het gebied van het verkeersrecht bij schade waarbij gemotoriseerd verkeer en, kort gezegd, fietsers en voetgangers betrokken zijn. En ook de gevallen waarin de Staat bij collectieve rampen de gedupeerden geheel of ten dele schadeloos stelt, zijn daarvan een voorbeeld. Grensgevallen bestaan ook: de aansprakelijkheid van de werkgever voor onrechtmatige daden van zijn werknemers kan in dit verband genoemd worden.

De minister wenst zichzelf geluk "met het feit dat u op dit symposium het wetsvoorstel vergoeding affectieschade centraal heeft gesteld". Daarover sprekend aan het einde van zijn voordracht, maakt hij zijn roep als pragmaticus waar. Hij betoogt dat duidelijk moet zijn wie, welke (kleine) kring voor affectieschade in aanmerking komt en op welk bedrag deze kan rekenen. Daar zijn bezwaren tegen aan te voeren en ze zijn ook al aangevoerd. Maar hoewel die bezwaren lang niet ongegrond zijn, denk ik dat

ze niet opwegen tegen de voordelen van een efficiënt systeem in deze gevallen. Ook omdat er toch iets humaan zit in korte wegen naar een uitspraak daar waar, als bij affectieschade, (en meer nog bij shockschade, die door de rechtspraak reeds aanvaard is,) het verdriet, dat niet echt kan worden weggenomen, de boventoon voert. Geld voor verdriet, het blijft toch ondanks alles een hachelijke zaak.

In een heel ander verband, dat overigens in de voordracht niet ter sprake komt, kan ik, anders dan de Tweede Kamer en vele anderen, ook meegaan met het (al verworpen?) plan om vrijheidstraffen, onder bepaalde omstandigheden, tot de helft te verminderen. Ik kan mij niet voorstellen, dat daarbij liefde voor de strafrechtelijk veroordeelden bij de minister voorop heeft gestaan. Eerder zullen het tekort aan cellen en de kosten aan gevangenisstraf verbonden een rol hebben gespeeld. In onze wraakzuchtige tijd was te verwachten dat er verzet zou rijzen tegen dit plan. Maar het is een reeds lang uitgemaakte zaak dat een (werkelijke) straf van drie jaar niet minder hard aankomt dan een van zes jaar, die door de rechter wordt opgelegd en vooral dat zo'n vermindering van straf *achteraf* veel minder (haast geen) onrust en opschudding verwekt dan wanneer aan het begin zo een lage straf zou worden opgelegd.

Van belang is ook nog dat de voordracht ingaat op het wetsvoorstel collectieve afwikkeling massaschades, dat overigens nog verkeert in de fase die vooraf gaat aan het advies van de Raad van State. Ik citeer:

“Juist bij massaschades – men denke aan Volendam, Enschede en de Des-problematiek – kunnen de kosten van afwikkeling daarvan buitengewoon hoog oplopen. Het wetsvoorstel beoogt mede daarom de afwikkeling daarvan soepeler te laten verlopen door een soort van collectieve schikking, gesloten door een organisatie die de belangen van de gedupeerden behartigt met de veroorzaker of de veroorzakers van de schade. Een dergelijke overeenkomst tot schadeafwikkeling zou dan verbindend kunnen worden verklaard door de rechter voor de gehele groep van benadeelden. Uiteraard onder bepaalde voorwaarden.”

Al met al een voordracht die belangrijk is en de moeite meer dan waard. De minister betoogt – dit tot slot – dat de claims binnen het aansprakelijkheidsrecht in toenemende mate worden gebruikt als reactie op onrecht. Het gaat dan niet zozeer om vergoeding van schade maar om genoegdoening. Dan denk ik aan die vrouw die een proces in drie instanties voerde tegen een arts, uitmondend in de plicht van die laatste om de kosten van verzorging en opvoeding van het niet gewenste kind van de vrouw te dragen en die te kennen gaf dat zij nooit aan dat proces zou zijn begonnen als de arts zijn fout had toegegeven en excuus had aangeboden.

– 5 –

Terug naar de valkuil.

Uiteenzetting van de feiten: er wordt een bijkeuken aan een pand toegevoegd. Er zijn twee aannemers bij betrokken: de een (te noemen X) voor de keuken als zodanig inclusief dakisolatie en lichtkoepel, de ander (te noemen Y) alleen voor het aanbrengen van bitumen op het dak.

Y komt uiteraard pas aan de beurt als X nagenoeg klaar is. X heeft op het dak het gat (de kuil of uitsparing) waar de lichtkoepel moet komen reeds aangebracht en de gehele oppervlakte van het dak, *inclusief de uitsparing* bedekt met isolatiemateriaal.

Als een werknemer van Y (verder te noemen Z) op een slechte morgen naar het werk gaat en zich om ook daar een kijkje te nemen op het dak begeeft, komt hij terecht op de plaats waar de uitsparing zich bevindt, het isolatiemateriaal ter plaatse kan hem niet houden en hij valt meters naar beneden. Het was aan Y en evenmin aan diens werknemer Z bekend, dat in het dak een lichtkoepel zou worden aangebracht.

Z sprak vervolgens zijn eigen werkgever aan op grond van artikel 7.658 BW dat op de werkgever een zorgplicht legt jegens zijn werknemers, hierin bestaande dat hij hen, ook als zij op locatie werken, tegen gevaren aan het werk eigen, moet beschermen. De werkgever van Z had, aldus Z, het werk moeten controleren op (on)veiligheidsaspecten en hij had in elk geval in overleg had moeten treden met X om op de hoogte te worden gesteld van de situatie op het dak, die, ook naar mijn mening, zonder meer ver-raderlijk én gevaarlijk was, waarna Z daarvoor of daartegen gewaarschuwd kon worden.

De kantonrechter en de rechtbank wezen de vordering van Z af. In cassatie concludeerde de advocaat-generaal De Vries Lentsch-Kostense, zich beroepend op de bestaande rechtspraak van de Hoge Raad, tot vernietiging van het vonnis van de rechtbank maar de Hoge Raad verwierp het beroep.

Terzijde vraag ik mij af waarom Z niet (ook) X heeft aangesproken. Er was toch een duidelijke reden waarom die, als hij wist dat anderen op het dak moesten gaan werken, moest beseffen dat deze in een door hem geschapen, moeilijk constateerbare, gevaarlijke situatie zouden worden gebracht, waarvoor hij normaliter aansprakelijk was. Dat is of niet gebeurd of niet aan ons bekend gemaakt.

De annotator van het arrest in *Verkeersrecht*, L B(ier), advocaat te Vught, vreest dat de Hoge Raad met dit arrest afgeweken is van de weg die hij al vijftien jaar volgt, waarbij aan een werknemer bij een arbeidsongeval steeds meer bescherming wordt gegeven.

De Hoge Raad verklaart in zijn arrest uitdrukkelijk dat het van de omstandigheden van het geval afhangt of de zorgplicht van artikel 7.658 lid 1 BW meebrengt dat de werkgever die een werknemer naar een karwei stuurt om daar werkzaamheden te verrichten, vooraf een inventarisatie van de aan de arbeid verbonden risico's moet verrichten of dat er een interne regeling moet zijn die strekt tot vermindering van dergelijke risico's. Er is dus sprake van 'ius in causa positum', anders gezegd, er vallen niet snel algemene regels aan het arrest te onttelen, met name valt ook niet aan te nemen op grond van dit enkele arrest dat de Hoge Raad zijn koers zal veranderen. De redenen waarom in dit geval de zorgplicht naar het oordeel van de Hoge Raad niet is geschonden zijn (a) dat het een karwei was van beperkte omvang met daarbij naar redelijke verwachting beperkte veiligheidsrisico's, zeker als Y zelf niet wist dat er een lichtkoepel in het dak zou worden geplaatst en (b) dat Z de werknemer, ten tijde van het ongeval voorman-dakdekker was, zelf in die branche ook wel zelfstandig optredend, terwijl hij kort voor het ongeval was geslaagd voor de veiligheidsopleiding VVA 1. Dat laatste leg ik op z'n Hollands uit als: hij had zelf beter moeten uitkijken. Dat vind ik het zwakste punt in het arrest. Wie vermoedt er nu of behoort te vermoeden dat onder een dichte bedekking een echte valkuil is verborgen, die hem niet is gemeld?

Terwijl de omstandigheid dat Y niet wist dat op het dak een lichtkoepel zou worden aangebracht, in het arrest van de Hoge

Raad in zijn voordeel wordt gebruikt (hij kon daarom menen dat het veiligheidsrisico klein was), is het, naar de annotator met kracht betoogt, nog maar de vraag of dat nu juist niet de fout van Y was, omdat hij dat had móéten weten, onder meer door zakelijke werkcontacten met X. Het arrest is onbevredigend maar mij komt het voor, dat er geen sprake is van een soort principiële afwijking van de voordien gevolgde, voor de werknemer gunstige, lijn in de rechtspraak van de Hoge Raad. Ik heb daartoe ook nog een andere reden: de Hoge Raad oordeelt dat de rechtbank niet blijkt heeft gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door op grond van de hiervoor uiteengezette omstandigheden te oordelen dat Y niet te kort geschoten was in zijn zorgplicht jegens Z maar dat de Hoge Raad dat oordeel, ook als het anders was uitgevallen, niet nader op zijn 'juistheid' had kunnen toetsen omdat het te zeer verweven is met waarderingen van feitelijke aard. Voorts wordt daarna in het arrest gesteld dat de rechtbank *kennelijk* (een veel gebruikte term, die de kritische mens tot denken stemt) van oordeel is geweest dat Y niet alleen is afgegaan maar ook mocht afgaan op de door X aan haar verschaft informatie. Ook dat oordeel is te zeer met waarderingen van feitelijke aard verweven dan dat het verder kan worden getoetst dan op de daaruit sprekende niet onjuiste rechtsopvatting en op zijn begrijpelijkheid, die niet tekortschiet.

Anders gezegd: de Hoge Raad heeft alle wegen in dit arrest opengelaten voor toekomstige beslissingen. Er zijn geen harde regels van jurisprudentie opgesteld. Met de advocaat-generaal en met de annotator ben ik het overigens eens, dat een andere uitkomst te verkiezen zou zijn geweest. Maar het is beslist geen standaard arrest.

Wie in de toekomst in een valkuil terecht komt, hoeft nog niet te wanhopen. Ik bedoel dan: in juridisch opzicht (*Verkeersrecht*, november 2003, aflevering 11, nr. 167).

– 6 –

Van het dak nu nog een keer en heel kort naar de weg en haar almaar voortdurende problematiek.

De provincie Noord-Holland, beheerder van de weg waarop het ongeval gebeurde, had voor werkzaamheden aan die weg een van de rijbanen van de weg afgesloten voor alle verkeer; auto's van

beide kanten moesten daar gebruik maken van één rijbaan. Een der fietspaden langs de weg was ter plaatse opgebroken als gevolg waarvan (brom)fietsers daar moesten oversteken naar het aan de andere kant van de weg gelegen fietspad. Bij het oversteken werd de zestienjarige Mark Vermeulen geraakt door een auto, waarbij hij letsel opliep. Het aldus verleggen van de koers van een fietser naar een aan de andere kant gelegen fietspad mag alleen gebeuren in 'uitzonderingssituaties' en dan nog alleen wanneer de oversteken voor de (brom)fietsers voldoende veilig zijn.

Dat was, om een lang verhaal kort te maken, hier niet het geval, waarbij de Rechtbank Haarlem in de vorm van een driemanschap (met wellicht vrouwen) ook laat meewegen "dat die zorgplicht van de overheid/wegbeheerder zwaarder weegt als het gaat om het treffen van maatregelen ten behoeve van de meest kwetsbare verkeersdeelnemers. Zoals kinderen die per fiets of bromfiets naar school gaan en die, gelet op hun geringe ervaring in het verkeer en hun jeugdige onbezonnenheid minder dan andere verkeersdeelnemers op een adequate wijze op een gewijzigde verkeerssituatie kunnen inspelen. "De provincie treft een ernstig verwijt (...)"

Omdat het nimmer zeker is dat er nooit zulke verkeersdeelnemers als zojuist bedoeld, voor zo een situatie komen te staan, zal de wegbeheerder zich daarom in gevallen als het onderhavige steeds moeten richten op de meest intensieve beveiliging, nodig ter bescherming van jeugdige deelnemers aan het verkeer.

12 Moord zonder straf, naar eer en geweten begaan

Op 22 februari van het jaar tweeduizend plus een lees ik in een dagblad het volgende bericht: "De Rechtbank in Amsterdam acht een Amsterdamse huisarts schuldig aan moord maar legt hem geen straf op. Zij vindt dat hij naar eer en geweten heeft gehandeld. De arts beëindigde op 5 februari 1997 het leven van een 85-jarige vrouw zonder zich aan de regels voor euthanasie te houden".

Het Nederlandse sanctiestelsel in strafzaken kent een algemeen minimum voor strafbare feiten en een bijzonder maximum voor elk in het wetboek van strafrecht of elders strafbaar gesteld delict. Er is, zoals ik al vaak heb betoogd, een brede range van mogelijkheden voor de rechter die straf oplegt: het maximum moet de ergste gevallen voldoende kunnen bestraffen, het minimum laat de rechter bijna alle vrijheid om ver onder dat maximum te duiken. Dat is niet overal zo. Vele strafstelsels kennen bijzondere minima voor afzonderlijk delicten of zelfs maar *een enkele* straf. Zo staat in Duitsland op moord levenslang; zo heeft in het Verenigd Koninkrijk op moord tot voor vrij kort alleen maar de doodstraf gestaan. Een bijzonder minimum beperkt de rechter drastisch in zijn vrijheid van strafoplegging. Het ontbreken daarvan heeft óók een bezwaar: doordat de rechter dan zoveel kan, kan hij ook veel afwijken van het algemeen gevolgde patroon. Dat heeft zijn invloed op de (on)gelijkheid van bestraffing voor gelijksoortige zaken al naar gelang de rechtspolitiek van rechtbanken en hoven en zelfs al naar gelang opvattingen, stemmingen en humeur van afzonderlijke rechters.

Als voorbeeld van het Nederlandse systeem, waaraan ik ondanks dat nadeel de voorkeur geef boven de zo even geschetste andere systemen, heb ik vaak aangehaald dat voor moord zonder

schending van het recht door Nederlandse rechters kan worden opgelegd een dag voorwaardelijke celstraf met een proeftijd van een dag. Ik vond dat een voorbeeld dat door zijn overdreven en theoretisch karakter kon duidelijk maken wat ik wilde duidelijk maken als uiterste consequentie van ons systeem. Ik heb me schromelijk vergist zoals uit de aanvang van dit stukje blijkt: moord kan worden bewezen verklaard waarna er, met toepassing van artikel 9a Sr géén straf (of maatregel) wordt opgelegd.

Moord bewezen; geen straf opgelegd; het plegen van deze moord was, naar het oordeel van de rechtbank, een handeling van de verdachte 'naar eer en geweten'. De gewetensvolle moord, vroeger een mooie titel voor een detective roman, nu ingevoerd binnen recht en rechtspraak.

Wat moeten we nu denken – en dat is mijn allergrootste probleem – van die allochtone verdachten die aanvoeren en aanneemelijk kunnen maken dat zij een moord hebben gepleegd waartoe zij naar eer en geweten verplicht waren? Ook schuldig verklaren zonder oplegging van straf of maatregel? Ik zou er, al bij al, toch in het geheel niet voor voelen.

Overigens vind ik dat de handelwijze van de arts, die kennelijk de wet overtrad en die een mens, naar ik aanneem op haar uitdrukkelijk en ernstig gemeend verzoek, hielp te sterven, anders zou moeten worden benoemd dan met het zo beladen woord: moord.

13 Kritiek op de openbare machten

– 1 –

Het begin van verschil tussen democratie (het minst slechte staatsbestel) en dictatuur (het slechtst mogelijke staatsbestel) is gelegen in vrijheid tegenover onvrijheid van meningsuiting. En het eind van het verschil is gelegen in het fair proces, dat alle verdachten en in het bijzonder politiek verdachten moet worden gegeven tegenover marteling en daaruit voortvloeiende executie van in het bijzonder politieke verdachten. Democratie heeft zijn nadelen: de overwinning van de meerderheid, hoe klein dan ook, is lang niet altijd de overwinning van het goede op het kwade. Het adagium dat de minderheid altijd gelijk heeft is echter ook meer dan eens onjuist gebleken. Wat zouden we er achteraf van zeggen als de invoering van de Leerplichtwet niet met één stem meer was aangenomen maar met een stem meer was verworpen? En die ene stem meer dankte de meerderheid dan nog aan het feit dat een tegenstander van de leerplicht verstek moest laten gaan omdat hij de dag voor de stemming van zijn paard was gevallen.

Ook in een democratie is zucht naar (meer) macht besmettelijk. Ook daar zijn de machthebbers veelal erop uit hun debiet te vergroten: ook door misleiding, verzwijging of leugens. En als de machten bedreigd worden is, al naar gelang de aard en de intensiteit van de bedreiging, het verweer meer of minder ondemocratisch. Ook in een democratie behoort daarom wantrouwen tegenover de overheid te bestaan en het bijzondere is alleen dat dit wantrouwen, publiekelijk naar voren gebracht in wat tegenwoordig met de verzamelnaam: de media wordt aangeduid, getolereerd wordt want vrijheid van meningsuiting dient – zo is in Straatsburg meermaalen vastgesteld – vooral gerespecteerd te worden als het vervelende, de macht aantastende meningen zijn. Het is hier niet de juiste

gelegenheid om dit uit te werken, maar ik zal het elders wel doen. Alleen dit nog. Hoe men ook over de Verenigde Staten denkt: het is een democratie. Die democratie werd wellicht voor het eerst in haar bestaan, in eigen huis door een terreur-aanval op de torens te New York bedreigd. In januari 2005 zei Alberto Gonzales, Minister van Justitie van de VS: "US forces abroad may employ cruel, and degrading treatment in interrogating foreign nationals". Craig Murray, de vroegere *Britse* ambassadeur in Uzbekistan heeft bij herhaling gemeld dat Amerikaanse vliegtuigen gevangenen uit Afghanistan naar dat land vlogen waar ze werden gemarteld door verdrinking, verstikking, verkrachting en onderdompeling van ledematen in kokend water (gegevens ontleend aan een artikel van Y Buruma in het *Nederlands Juristenblad* van 9 september 2005, aflevering 31, p. 614) Het Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (Verdrag van New York van 19 december 1966) kent een artikel 7, dat een verdere strekking heeft dan het daarmee corresponderend artikel 3 van het Verdrag van Rome en dat luidt: "No one shall be subjected to torture or cruel, inhuman or degrading treatment or punishment. In particular no one shall be subjected without his free consent to medical or scientific experimentation"

– 2 –

Twee beslissingen van het Europees Hof voor de Rechten van de Mens van 17 december 2004, gepubliceerd met een nawoord van E.J. Dommering in de *Nederlandse Jurisprudentie* van 27 augustus 2005, nrs. 368 en 369, lijken niet helemaal te rijmen met mijn opvatting dat het hof de goede en enig juiste toon treft als het gaat over het grondrecht van vrijheid van meningsuiting. In beide gevallen wordt de *strafbaarheid*, als vastgesteld door de nationale rechters, van gepubliceerde meningen waarbij overheden worden aangevallen, in stand gehouden maar in het eerste geval niet de straf en in het tweede geval wordt die strafbaarheid vastgesteld door een meerderheid van negen tegenover een minderheid van acht rechters.

Eerst iets over dat laatste. Zo een grootst mogelijke minderheid betekent niet dat de beslissing van de meerderheid wordt aangetast. Zij, die meerderheid, geeft aan wat *nu* recht is. Een vergelijkbare, maar dan regelmatig terugkerende situatie werd na de

Tweede Wereldoorlog aangetroffen in het *Warren Court* van de Verenigde Staten dat veel beslissingen nam in de verhouding vijf voor en vier tegen. Die kleine meerderheid van het Supreme Court was dan bijna steeds voorstander van een progressieve rechtspraak. Dat klink nogal politiekkerig maar dat is niet zonder reden want het Supreme Court van de VS, bestaande uit negen rechters, is er vooral om te beslissen over uitleg van de Amerikaanse Constitutie. En die constitutie alsmede haar amendementen laten zowel een progressieve als een conservatieve uitleg toe. Zo is tijdens het Warren-regime de doodstraf afgeschaft geweest in Amerika. Maar hier zien we meteen dat zulk een 5-4 of 9-8 resultaat, dat bekend wordt gemaakt, wel iets anders is dan een unanieme of bijna unanieme beslissing. Toen conservatieve presidenten als Nixon aan de macht kwamen, deden zij er alles aan om bij vervanging van een rechter door diens overlijden of, wat weinig voorkwam, door zijn terugtreden de balans te doen omslaan, want presidenten van de Staat benoemen de rechters en de president van het Supreme Court. En dat is hen gelukt ook, zoals het nu Bush dreigt te gelukken. Zoals iedereen weet is in de VS de doodstraf niet alleen weer ingevoerd maar ook, op grote schaal maar vaak lange tijd na de uitspraak ten uitvoer gelegd. Waar dan onlangs weer enigszins op terug is gekomen: minderjarigen kunnen niet meer met de dood worden gestraft.

Zowel de 5-4 als de 9-8 beslissing, die bekend wordt gemaakt, geeft aan dat men, dat rechters er ook anders over kunnen denken dan de meerderheid doet en dat er maar weinig in de samenstelling of in het denken van de rechters hoeft te veranderen, en het roer is om. Bovendien is natuurlijk van belang dat niet alleen de stemverhouding bekend wordt gemaakt maar ook de redenen waarom de minderheid anders denkt. Soms overtuigen de dissenting opinions de rechtsgeleerde wereld meer dan de winnende opinion en dat heeft zijn invloed op de toekomstige rechtspraak. Van de dissenting opinions van Oliver Wendell Holmes werd gezegd dat zij het recht van de toekomst voorspelden.

– 3 –

De eerste zaak (nr. 368) gaat over de klacht van twee journalisten, waarvan er een ook burgemeester en hoofdredacteur van het dagblad *Telegraaf* was, tegen Roemenië. Zij hadden in die krant een

artikel gepubliceerd dat zich richtte tegen de voormalige loco-burgemeester, een man, en een fungerend rechter, een vrouw, die zij ervan beschuldigden verantwoordelijk te zijn in een grote oplichtingszaak, eigenlijk meer een kwestie van corruptie. Het ging over een wegsleepregeling bij verkeerd parkeren die door de gemeenteraad aan A werd gegund terwijl, aldus de journalisten, de burgemeester en de rechter, die toen nog geen rechter was, achter de rug van de gemeenteraad om de opdracht aan V hadden gegund. De loco-burgemeester zou van V smeergeld hebben aangenomen en zijn ondergeschikten hebben omgekocht onder wie de toekomstige rechter. In het artikel werd de loco-burgemeester een schurk genoemd en van de rechter werd gezegd dat zij ofwel geen kennis van het recht had, reden waarom zij nooit tot rechter benoemd had mogen worden of corrupt was. Het artikel werd verlucht met een cartoon waarop loco-burgemeester en rechter gearmd liepen en er met elkaar over spraken dat zij nu genoeg geld hadden om naar Amerika te vertrekken.

Alleen de rechter diende een klacht in wegens belediging en laster en was vooral gebelgd door de cartoon. De journalisten werden in eerste aanleg veroordeeld, de een tot drie, de ander tot zeven maanden gevangenisstraf, tot maximale ontzegging van de burgerlijke rechten en zij mochten het beroep van journalist pas een jaar na ommekomst van hun straf weer opnemen. Als ik het goed begrijp stonden de feiten vast, ook in die zin dat de beschuldigingen niet waar konden worden gemaakt. Na het vergeefs ingestelde hoger beroep stond geen gewoon rechtsmiddel meer open voor de journalisten en richtten zij zich tot het Hof te Straatsburg. De journalisten, zo moet gezegd worden, hebben de gevangenisstraf niet uitgezeten omdat hun voor het zover was, gratie werd verleend ook voor wat betreft de ontzetting uit de burgerlijke rechten. In een zeer uitvoerige beslissing kwam het hof tot de slotsom dat de aantasting van het recht op vrijheid van meningsuiting vaststond maar dat die aantasting bij wet was voorzien en dat zij noodzakelijk was in een democratische samenleving. Dit laatste vooral lokte een groot aantal overwegingen uit. Op zich genomen was het optreden van de nationale rechters en de veroordeling van de journalisten niet in strijd met artikel 10 EVRM maar de opgelegde straf kon er volgens het hof absoluut niet mee door. In een geval als dit is er 'no justification whatsoever' voor het opleggen van een gevangenisstraf en dat de straffen als gevolg van

gratie niet ten uitvoer zijn gelegd doet er niet toe omdat gratie de veroordeling niet uitwist. En ook de ontzetting uit de burgerrechten was nu juist in een geval als het onderhavige volstrekt 'inappropriate'. Indirect geeft het hof ook te kennen dat de Roemeense rechtsregel inhoudende dat elke gevangenisstraf leidt tot verlies van burgerrechten niet door de beugel kan. Dat ook deze maatregel niet tot tenuitvoerlegging is gekomen als nevengevolg van de verleende gratie is al evenmin van belang. Annotator Dommering spreekt van een 'draconische straf' en zegt venijnig: "Roemenië schaart zich nog in de traditie van voormalige Oostblok landen, waar de onafhankelijke pers met zware strafvervolgingen werd dwarsgezet". Maar ook voor andere landen die onderhevig zijn aan toetsing niet alleen van strafbaarheid maar ook van de hoogte van de opgelegde straf is het arrest van het hof een ernstige waarschuwing. De straffen die de Nederlandse rechter na de moord op Fortuyn en op Van Gogh soms oplegt voor bedreiging zijn meer dan fors toegenomen.

– 4 –

De tweede zaak waarin ook weer twee journalisten hun klacht indienen tegen Denemarken, heeft wat haar onderwerp betreft veel overeenkomst met de thans bestaande Nederlandse zaak waarbij iemand wegens moord op een jong meisje werd veroordeeld tot een lange gevangenisstraf waarna door de bekentenis van een ander kwam vast te staan dat hij het door hem eerst bekende en later ontkende feit niet gepleegd kon hebben. Hierbij rijst de vraag of er ontlastend bewijs door politie en of justitie is achtergehouden. Toen de tweede man bekende had de eerste reeds vier jaar cel achter de rug. Eerste les voor justitie moet zijn dat de ene bekentenis niet gelijk is aan de andere en dat mensen soms terecht een eerdere bekentenis intrekken.

De Deense zaak lag als volgt: Wegens moord op zijn echtgenote werd – in 1982 – een man veroordeeld tot 12 jaar gevangenisstraf. In 1990 vroeg hij herziening van het vonnis aan en dat leidde in 1992 – twaalf jaar na zijn veroordeling – tot zijn vrijspraak. In twee programma's op de Deense televisie bekritiseerden de journalisten daarna de werkwijze van de politie en als belangrijkste punt brachten zij naar voren het door de politie achtergehouden feit, dat een vrouwelijke taxichauffeur enkele dagen na de

moord tegenover twee politieagenten had verklaard dat zij de verdachte en zijn zoon had gezien op de dag van de moord. Kennelijk zou dat, gelet op dag en uur waarop de taxichauffeur de verdachte en zijn zoon zei gezien te hebben, een degelijk alibi hebben opgeleverd voor de verdachte. Maar later bleek dat zij zich een uur had vergist in haar eerdere verklaring, waardoor het alibi niet meer bestond. Na vrijspraak in eerste aanleg werden zij in hoger beroep tot geldboetes veroordeeld. In cassatie werd dat vonnis door een meerderheid van de rechters in stand gelaten.

Het arrest van het hof gaat diep op de zaak in. Het laat uiteindelijk met nipte meerderheid de beslissingen van de nationale rechter in stand. Dat resultaat wordt bereikt doordat het hof onderscheid maakt tussen – door journalisten – gepubliceerde waardeoordelen en feitelijke oordelen. Het waardeoordeel van de journalist – de waakhond van de media – behoeft niet per se juist te zijn maar moet voldoende feitelijke gronden hebben die het ondersteunen. De aantijging van verdonkeremanen van ontlastend bewijsmateriaal door de politie en met name door de hoofdcommissaris, houdt uiteraard een negatief waardeoordeel over de politie en haar commissaris in. De journalisten waren in de televisie uitzendingen tot beschuldigingen van politie en hoofdcommissaris overgegaan door de aanvankelijke verklaring van de taxichauffeur tot de hunne te maken. Dat was, gezien de ernst van de beschuldiging, te kort door de bocht. Ook de wijze van beschuldiging via een televisie uitzending die op zich reeds een groot verspreidingsgebied en -gehoor verzekert, speelde een rol. Geen van de betrokken politieambtenaren was bereid om aan de uitzendingen te participeren. Toch werden er, terwijl foto's van de hoofdcommissaris en de hoofdinspecteur in beeld waren door een commentaarstem vragen aan hen gesteld, die uiteraard niet beantwoord werden maar die juist ook daarom een schril licht wierpen op de handelwijze van de top van de politie in Frederikshaven. Een absoluut oordeel over deze zaak heb ik (nog) niet. Maar ik heb een lichte neiging om met de minderheid mee te gaan, nu de media, die als waakhonden moeten optreden, naar mijn mening wat al te zeer in het verdomhoekje worden gezet. Ook als ze vervelend of lastig zijn, zijn ze nodig, als ze ons iets te zeggen hebben. Maar het is wel duidelijk dat een waakhond, mits hij niet al te fel doorbijt, veel agressie mag tonen. Hier was, volgens de meerderheid van de rechters, al te fel doorgebeten in het bijzonder ten aanzien van de

hoofdcommissaris, aan wiens erfgenamen bij wijze van schadevergoeding 75.000 Deense kronen moesten worden betaald.

14 Small Talk over advocaten

Er zijn nogal wat advocaten die zich zowel met strafzaken als met civiele procedures bezighouden. De 'oude' Moszkowicz is er een treffend voorbeeld van. Maar, en dat is ook opvallend, hoewel niet verrassend, in de wereld buiten het recht is hij alleen bekend als strafpleiter.

Toch is de advocaat in strafzaken in veel opzichten te onderscheiden van die in burgerlijke zaken. En die twee verschillen weer hemelsbreed van de advocaat die procederen in het algemeen maar een minne zaak vindt en die zich daarom bezighoudt met adviseren vooral waar het gaat om zaken van groot financieel belang: het voorbereiden van fusies en – met evenveel genoeg – van ontbindingen van fusies.

Waarin onderscheidt zich de advocaat die gespecialiseerd is in strafzaken van die welke zich beperkt tot civiele zaken?

Het belangrijkste verschil, dat ook doordringt in heel hun levenshouding, is dat de civiele advocaat zich erop richt zijn zaak te winnen terwijl de advocaat in strafzaken ten doel heeft het verlies zo klein mogelijk te houden. De keren dat hij een algehele vrijpraak krijgt zijn meestal belangrijk maar, *statistisch* gezien, bijna te verwaarlozen. Een advocaat in strafzaken moet tegen 'nederlagen' kunnen. Door zijn houding tegenover het resultaat denkt de advocaat in strafzaken trouwens veel minder in termen van nederlagen dan zijn collega op de civiele bank. Hij acht zich zelfs reeds een winnaar als rechtbank of hof beneden de eis van het OM blijven en dat gebeurt nogal vaak omdat het OM regelmatig te hoog in de boom gaat zitten. Dat het dan nog niet altijd zijn werk is maar simpel een gevolg van het feit dat rechters de geëiste straf te zwaar vinden, zal niemand kunnen aantonen en zal zijn cliënt nimmer vermoeden.

De opmars van mediation die zo zeer de talk of the juridical town is geworden, hangt hiermee nauw samen. Ik weet dat ik generaliseer en andere factoren onderbelicht laat als ik vaststel dat mediation omdat zij, als zij werkt, geen winnaar en geen verliezer aanwijst, de deelnemende civiele advocaat, meer zal behagen dan het zwart-wit van de gewone procedure voor de rechter. Paul Scholten heeft indertijd du haut de son grandeur zijn banvloek uitgesproken over het bemiddelend vonnis: 'Ik aarzel niet te zeggen dat dit onrecht is' (*Algemeen Deel van de Asser-serie*, p. 179) Veertig jaar later zou Gerard Langemeijer hem, wel aarzelend, bestrijden:

“Zouden niet belangrijk meer gevallen dan wij thans in de praktijk menen, gediend zijn met een in een vroeg stadium door de rechter bewerkte schikking of met een bemiddelend vonnis?”

15 Twee soorten advocaten?

– 1 –

De Telegraaf van 7 april 2004 – mij onder ogen gebracht via de knipselkrant van het ministerie van Justitie – bevat het volgende onthutsende bericht:

“Het aantal advocaten dat tegen een overheidsvergoeding wil procederen neemt in rap tempo af waardoor een dramatisch tekort ontstaat aan raadslieden voor minima (...). Personen die tien keer worden geweigerd, kunnen uiteindelijk bij de Raad voor de Rechtsbijstand terecht. Die kan dan een advocaat toewijzen”.

Als dit bericht juist is, werpt het een smet op wat ooit het nobile officium werd genoemd. Het EVRM acht toegang tot de rechter voor iedereen een fundamenteel mensenrecht en toegang tot de rechter zonder bijstand van een bekwaam en toegewijd advocaat is in veel gevallen nutteloos. Dat de sociale advocatuur als gevolg van de te lage vergoedingen van de Staat, vergeleken met de steeds in hoogte toenemende honoraria van de commerciële advocatuur, in staat van ontbinding verkeert, is jammer maar niet geheel onbegrijpelijk. Als het er op aankomt moet *iedere* advocaat bereid zijn tegen die te lage vergoeding rechtsbijstand te verlenen. Vroeger, ja heel lang geleden, deden wij het voor niks en niemen-dal. En laten we nu nog steeds in welstand leven. Er dient als het er op aankomt, maar een soort advocaat te zijn.

De Staatscourant van diezelfde zevende april 2004 bevat een geheimzinnig bericht over de advocatuur: "De Tweede Kamer roept het kabinet in een motie op onderzoek te doen naar de rol van de advocatuur in onze rechtsstaat". Ik dacht dat die rol al eeuwen lang bekend was: rechtsbijstand verlenen aan allen die in moeilijkheden zitten waar het recht mee te maken heeft: in strafzaken verdachten verdedigen; in burgerlijke zaken opkomen voor de civiele belangen van zijn cliënt in en buiten rechte. In het bericht lees ik verder: "Al bij de eerste parlementaire behandeling van het WRR-rapport (*Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid*) afgelopen januari merkte De Vries op dat advocaten steeds vaker optreden als juridisch adviseur in plaats van (als) belangenbehartiger van hun cliënt in rechtszaken".

Ik zie niet in waarom een juridisch adviseur niet per definitie tevens belangenbehartiger is van degene die hij adviseert. Voorts heeft de heer De Vries blijkbaar geklaagd over de wijze waarop advocaten hun kritiek uiten op voor hen onwelgevallige uitspraken van de rechterlijke macht. Ik zie daar geen enkel bezwaar in. Een diepgaande analyse moet van De Vries aan de advocatuur gewijd worden.

Ik vraag me af of zo een analyse de taak is van een Kabinet of van de Tweede Kamer, die het toch al zo druk hebben met hun reacties op incidenten. Zou het niet zaak zijn dat de Tweede Kamer eerst haar eigen rol in de samenleving ('in onze rechtsstaat' klinkt het plechtig) terdege gaat onderzoeken? Daar wordt immers ook nog al eens over geklaagd.

16 Wat advocaten in strafzaken wel en wat zij niet (ver)mogen

De jeugdige advocaat krijgt het tot vervelens toe voorgeschoteld: zij of hij is domina/dominus litis en wordt op haar/zijn woord geloofd. (ter wille van de leesbaarheid ga ik verder door in de hij-vorm)

Welk een almacht. Pas als hij lang in het vak, sorry het nobele beroep, zit beseft hij hoe zelden hij volstrekt dominus litis is en weet hij dat hij maar zo nu en dan op zijn woord wordt geloofd.

Alle absolute uitspraken, die ons voor ogen worden gesteld, moeten we terdege relativeren, willen we in onze eigen kracht blijven geloven en tegelijkertijd niet al te gedepimeerd raken van onze daarnaast altijd opduikende onmacht. Artsen weten zeker dat zij de strijd tegen eigen en andermans dood op den duur nooit kunnen winnen. Maar aan dat 'op den duur' ontlene zij hun onmisbaarheid, want de meeste van ons willen pas op den duur doodgaan.

Ophouden nu, voegt de man in het zwart mij boos toe: dit is geen predikboek maar een juridisch geschrift, waarin alleen het allernieuwste uit het rijk van Themis dient te worden opgenomen. En wat je nu schrijft is ten hoogste oud nieuws en geldt ook buiten het rijk van het recht. Daarom nu ter zake:

– 1 –

Vroeger was het zo: als de advocaat in een strafzaak met toga en al in de rechtszaal plaatsnam en tot zijn schrik moest bemerken dat zijn cliënt thuis was gebleven, kon hij rustig blijven zitten waar hij zat, want hij mocht de verdediging niet voeren. Later werd die hardheid voor zeer bijzondere gevallen wat verzacht en nog later, alles onder invloed van het Europese Hof voor de rechten van de

mens, kon de advocaat altijd optreden voor zijn afwezige cliënt. Wel wordt daarbij vaak vergeten dat artikel 272 Sv nog altijd bestaat en dat geeft de rechter de bevoegdheid te bevelen dat de verdachte ter zitting zal verschijnen en zo nodig zijn medebrenging te gelasten. Daarvan maakt de rechter echter weinig gebruik en doet hij dat, dan heeft hij weinig sancties als de verdachte toch wegblijft. Ook in dat geval zal naar mijn mening de advocaat als de verdachte aan het bevel geen gehoor geeft, voor deze afwezige verdachte de verdediging mogen voeren.

Nu is er weer een kleine terugslag als gevolg van de nieuwe wettelijke regeling op dit punt als neergelegd in artikel 279 Sv: Bij afwezigheid van de verdachte kan alleen de advocaat *die verklaart daartoe uitdrukkelijk gemachtigd te zijn* de verdediging in alle opzichten voeren. Dat verklarende wordt de advocaat inderdaad op zijn woord geloofd en degene die hij verdedigt zal dat niet makkelijk kunnen tegenspreken want die is er niet. In de zaak Bouterse legde de advocaat die verklaring niet af en de Hoge Raad besliste toen, dat een advocaat onder die omstandigheden ter zitting alleen maar het woord mag voeren ter toelichting van de afwezigheid van de verdachte en om aanhouding van de zaak te verzoeken ter wille van het aanwezigheidsrecht van de verdachte. Vroeger is het wel voorgekomen dat de rechter een advocaat die hier zo een uitdrukkelijke verklaring had afgelegd, toch onverplicht tot de volle verdediging toeliet, wat, natuurlijk impliceert dat de rechter, laat hij verdediging in die gevallen toe, daarmee ook ten volle rekening moet houden. Nu is in HR 23 april 2002, NJ 2002, 338 met noot Schalken uitgemaakt dat het toelaten door de rechter van verweren die de advocaat in dergelijke omstandigheden opwerpt, in strijd is met het rechtssysteem en dat die verweren daarom als het ware non-existent zijn Een onnodig streng standpunt.

Wat gebeurt er als de advocaat de uitdrukkelijke verklaring vergeet of de zittingsgriffier dit niet opneemt in het proces-verbaal? Ik denk dat het *op de lange duur* zo zal gaan als met de eis dat de advocaat die in cassatie een schriftuur indient daarbij moet verklaren dat hij daartoe uitdrukkelijk is gemachtigd door de verzoeker van cassatie. Hij wordt geacht dat te hebben willen verklaren tenzij op een of andere manier duidelijk van het tegendeel blijkt. Nu wil de Hoge Raad nog van geen wijken weten. De regel is nog een nieuwe bezem en die vegen, zoals bekend, schoon.

– 2 –

De gemachtigde advocaat duikt ook op in Hoge Raad 8 januari 2002, *NJ* 2002, 339, maar daar in een heel andere, voor de verdachte niet zo prettige, rol. De raadsman van een zelf niet verschenen verdachte verklaarde ter zitting, uitdrukkelijk gemachtigd te zijn om hem te verdedigen, maar dat had in dat geval als gevolg dat zijn cliënt geacht moest worden bekend te zijn met de datum van de terechtzitting in hoger beroep de dato 11 februari 1997 met als aansluitend tweede gevolg dat het na 25 februari ingestelde cassatieberoep te laat was ingesteld en tot niet-ontvankelijkheid leidde.

– 3 –

In sommige gevallen, meestal kleine zaken, kan de advocaat als *vertegenwoordiger* van de verdachte optreden. Een vertegenwoordiger kan worden vereenzelvigd met de vertegenwoordigde en wat de advocaat in die hoedanigheid aan de rechter ter zitting meedeelt kan, als ware het afkomstig van de verdachte, als bewijsmiddel worden gebruikt. Het Arnhemse Hof meende nu dat ook voor het bewijs mocht worden gebruikt elke mededeling van een advocaat die verklaard had door zijn ter zitting afwezige cliënt uitdrukkelijk gemachtigd te zijn de verdediging te voeren. Daar stak de Hoge Raad een stokje voor, of liever een flinke stok. Schalken: “Het zou natuurlijk strijdig zijn met doel en karakter van de verdediging wanneer de verdachte het aan het optreden van zijn raadsman te danken heeft dat hij wordt veroordeeld.”

De gemachtigde advocaat vertegenwoordigt zijn cliënt niet en kan daarom ook niet met hem vereenzelvigd worden. Wel kan hij vele rechten uitoefenen die in eerste lijn aan de verdachte toekomen. Zo kan de raadsman die optreedt op de wijze als voorzien in artikel 279 Sv anders dan vroeger zonder meer namens zijn afwezige cliënt een aanbod doen om zijn cliënt een taakstraf te laten verrichten. Vroeger was daarvoor een schriftelijk aanbod van de verdachte nodig (Hoge Raad 8 januari 2002, *NJ* 2002, 340).

17 De advocatuur en no cure no pay

Het is zeker al meer dan tien jaar geleden dat ik tijdens een voordracht grote verontwaardiging bij mijn toehoorders – meest advocaten – opriep door te verdedigen dat aanvaarding van het no cure no pay-beginsel van eminent belang zou zijn voor de toegang tot de rechter, in het bijzonder in die gevallen waarin naast een claim van de eiser, gegrond op aanzienlijke schade, een aan de mogelijke toewijzing van die claim voorafgaande schaars gevulde geldbeurs stond. Bij toewijzing kon de advocaat dan alsnog beloning voor zijn diensten verkrijgen. Het argument daartegen was toen en nu dat de advocaat daardoor te veel belang bij de afloop van de zaak kreeg. Ik heb dat argument altijd onzinnig gevonden. Het belang van de advocaat bij het winnen van zijn zaak is er altijd en ik zie in dat belang niets wat onbehoorlijk lijkt. Ik denk daarbij aan de makelaars voor wie het no cure no pay-stelsel *verplicht* is. Dat zou in de advocatuur niet moeten gebeuren en uiteraard moeten de kosten van het procederen die de advocaat voorschiet betaald worden Grote woorden worden gebruikt om het stelsel tegen te gaan. En grote middelen worden gebruikt om het de kop in te drukken; grote woorden: de Orde vreest voor de onafhankelijkheid, partijdigheid en geheimhoudingsplicht van een advocaat die op basis van no cure no pay te werk gaat; grote middelen: nu al is het niet toegestaan volgens de advocatuurlijke gedrags- en beroepsregels, maar zo nodig zal het publiekrechtelijke lichaam dat de Orde vormt zelfs een verordening uitvaardigen tegen no cure no pay. Mogelijk zal die verordening dan hetzelfde lot ondergaan als de eerste welke de Orde indertijd uitvaardigde: vernietiging.

Het is zeker niet zo dat de advocaat die te werk gaat volgens dit beginsel maar lukraak mag gaan rekenen bij goed gevolg. Hij zal wel in rekening mogen brengen zijn risico dat hij straks werk voor niets heeft gedaan.

De afwijzing lijkt mij, voorzichtig gezegd, gestoeld op een opvatting omtrent het officium nobile, die stamt uit de negentiende eeuw. De advocatuur is minstens zo belangrijk voor wie recht zoekt als de rechters maar zij dient de eisen van de tijd te begrijpen en niet als een struisvogel de kop in het zand te steken. Men zou ook eens aan het grote belang van de cliëntèle bij invoering moeten denken.

Ik zie de boze reacties al op mij af komen. Ik ga ze met gerust hart tegemoet. Ik ben daar zo langzamerhand wel aan gewend. Straks, na mijn dood, krijg ik toch gelijk.

18 Nog maar eens, jaren later, no cure no pay

De Nederlandse Mededingings Autoriteit (NMa) De Raad van State en de Orde van Advocaten, het geeft allemaal niet, wat die ervan vinden: minister Donner is en blijft tegen. Op zich genomen vind ik halstarrigheid geen slechte eigenschap: ik koester zelf ook een paar van die zaken en Maarten Luther is het goede voorbeeld: Hier sta ik en ik kan niet anders. Maar ook als je niet anders kan, kun je ongelijk hebben en ik denk dat dit hier het geval is.

De proef die de Orde wil(de) nemen met het experiment, beperkt zich tot gevallen waarin er sprake is van letselschade en de daaruit voortvloeiende processen, want ik neem aan dat ze niet bedoeld is voor bereikte minnelijke schikkingen buiten proces. Daar, op dat steeds belangrijker wordend gebied van het privaatrecht, komt zij ook het meest van pas. De toegang tot de rechter voor een ieder is een van de grote beginselen van ons democratisch bestel. Daarom is er een regeling die het minvermogenden mogelijk maakt ook tegen machtige gedaagden als verzekeringmaatschappijen bijna zonder kosten te procederen. Wij spraken vroeger van gratis admisie en die was er al voordat advocaten voor diensten in die sector een vergoeding van de Staat ontvingen.

Maar het grootste deel van de mensen in Nederland, ja in Europa, is noch behoeftig noch schatrijk maar zal door de kosten van een civiel proces in drie of meer instanties tot de groep der behoeftigen kunnen gaan behoren. Hun spaarcenten, in jaren van zuinigheid met geringe rente overgehouden, krijgen nu een aanslag te verduren die ze niet kunnen weerstaan. Zij kunnen het risico van zo een slepende procedure niet op zich nemen. Dat zij dit risico ook niet hoeven te nemen, dat is verreweg het belangrijkste voordeel van toepassing van no cure no pay. Er zijn nadelen aan verbonden maar ik zie niet hoe het stelsel de onafhankelijkheid

van de advocaat in het bijzonder in gevaar brengt. Ik kom daar nog even op terug. Het nadeel bestaat overigens voor een groot deel voor de advocaat die procedeert volgens het no cure no pay-stelsel. Als hij de zaak verliest, kan hij fluiten naar de niet geringe bedragen die hij anders in rekening zou kunnen brengen. Dat betekent meteen dat de angst van minister Donner dat daardoor de claimcultuur zal toenemen allerminst gerechtvaardigd is. Immers allereerst kan iedere advocaat, kan ieder advocatenkantoor, weigeren zaken aan te nemen op deze basis. En de advocaten die daar in beginsel wel mee in zee willen gaan, zullen tevoren wel uitkijken of het schip zeewaardig is. Gewoner gezegd: het risico dat ze straks de kous op de kop krijgen na jarenlang procederen zal hen minder snel een zaak in de orde van claims doen aannemen dan de advocaat die ook bij verlies het 'volle pond' in rekening kan brengen, nu daargelaten of die in dat geval dat pond ook zal kunnen binnenhalen. Het is waarschijnlijker dat het aantal claims afneemt dan dat het toeneemt. Dat de advocaat een direct belang heeft bij de afloop van de zaak is niet te weerspreken. Maar ik weet niet of de minister ooit advocaat is geweest, zo ja dan weet hij dat ook de 'gewoon' procederende advocaat belang heeft bij de afloop. Ten eerste omdat de advocaat, die regelmatig wint meer cliënten trekt dan de 'loser' en dat wordt, langs allerlei sluiptwegen, sneller bekend dan men zou denken. En voorts is het ook zeker dat in het huidige stelsel de advocaat die verliest, tenzij dat gebeurt als zijn cliënt een groot bedrijf is, zijn declaratie zal moeten matigen omdat hij anders of die cliënt verliest of zijn honorarium niet of niet ten volle ontvangt. Bovendien, het klinkt allemaal wat prozaïsch maar het is wel natuurgetrouw, de advocaat die wint zal in het merendeel van de gevallen het bedrag waarop zijn cliënt recht heeft ontvangen en daarvan zijn honorarium kunnen aftrekken. Iets (gedeeltelijk) houden wat je al hebt is simpeler dan iets verkrijgen wat je nog niet hebt. Dat de advocaat zijn onafhankelijkheid zou verliezen door invoering en aanvaarding van het no cure no pay-stelsel, is voor mij, als gezegd, een raadsel. Zijn makelaars minder onafhankelijk van hun opdrachtgevers omdat zij geen geld vangen als de opdracht zonder succes blijft? Ik verwijs voor de weerlegging van dit en andere bezwaren van minister Donner naar het artikel van Bas de Jong: *Kanttekeningen bij Donners bezwaren tegen 'no cure no pay'* in het *Nederlands Juristenblad* van 25 maart 2005, pagina 631 e.v. alsmede naar een

artikel van Adriaan Krans in het Financiële Dagblad van 8 maart 2005: *Kabinet ziet spoken rond no cure no pay*. Het is mij een keer overkomen dat ik de slogan omdraaide: no pay, no cure. Ik bedenk nu dat het niet al te vrijmoedig is de hedendaagse claimcultuur en de hulpverlening in strafrechtelijke zin op die manier weer te geven.

Natuurlijk moeten er, wil het experiment kans van slagen hebben, 'fast and hard rules' worden aangebracht: zo omtrent vastleggen van de overeenkomst waarin no cure no pay is belichaamd en natuurlijk moeten er maximum tarieven komen uitgedrukt in zodanige percentages dat voorkomen wordt dat de winnaar zich toch nog een verliezer voelt. Maar omdat de advocaat een belangrijk risico loopt (wie zal de uitkomst van een proces met zekerheid voorspellen?) zal het bedrag dat hij mag 'claimen' bij winst hoger liggen dan dat van de advocaat die met een uurtarief werkt, al ligt ook dat hoog.

19 Het ongewenste leven van Kelly (I)

- 1 -

Op 26 maart 2003 is door het Gerechtshof te Den Haag een uiterst belangrijk arrest gewezen dat ik alleen heb teruggevonden in *Verkeersrecht* 2003, aflevering 4, nr. 59, pagina's 125-130.

Tegen mijn gewoonte in zal ik in deze zaak eigen opinies achterwege laten niet alleen omdat ik verwacht dat cassatie zal volgen maar ook omdat eigen opinies in een zaak als deze zich weliswaar opdringen maar er in wezen niet zoveel toe doen. En menging van eigen oordeel met het oordeel van de rechters zou alleen maar tot verwarring kunnen leiden. Ik volsta met te zeggen dat ik op een aantal punten twijfels heb.

- 2 -

Kelly kwam zwaar gehandicapt ter wereld. Prenatale diagnostiek en/of inschakeling vóór haar geboorte van een klinisch geneticus hadden kunnen duidelijk maken dat de kans daarop aanmerkelijk was. Maar die zijn achterwege gebleven hoewel onder meer de chromosomale afwijking van een familielid die hem tot gehandicapte had gemaakt, daartoe aanleiding had moeten geven. Dientengevolge was door toedoen van de verloskundige arts het keuzerecht van de moeder, hierin bestaande dat zij kon kiezen tussen het geboren laten worden van een mogelijk (wellicht?) zwaar gehandicapt kind enerzijds en abortus van de vrucht anderzijds geschonden. Het hof nam evenals de rechtbank aan dat de moeder, had zij kunnen kiezen, voor abortus zou hebben geopteerd. Een medicus/specialist die ten tijde van de zwangerschap zijn beroep op redelijk bekwame wijze zou hebben uitgeoefend, zou de fout (bestaande uit achterwege laten van prenatale diagnostiek

en/of van verwijzing) niet hebben mogen maken en dus was er sprake van een beroepsfout die, voor zover daarvan schade het gevolg was, tot schadevergoeding verplichtte.

– 3 –

Er komen vervolgens veel vragen aan de orde waarvan ik er slechts enige bespreek. De toepasselijkheid van de omkeringsregel, die het hof aannam met verwerping van de proportionele aansprakelijkheid, laat ik rusten.

Als eerste punt noem ik de positie van de vader. De rechtbank had diens vordering tot vergoeding van immateriële schade afgewezen. De verstoring van de gezinsorde door de geboorte van dit zwaar gehandicapte kind trof ook de vader maar dit was enkel affectieve schade, die – het hof bekrachtigde het oordeel van de rechtbank op dit punt – naar huidig Nederlands recht *nog* niet voor vergoeding in aanmerking komt, al is zeer onlangs een wetsvoorstel ingediend, dat dit in de toekomst wel mogelijk zal maken (6 februari 2003 TK 28 781) Het gaat, aldus het hof, de rechtsvormende taak van de rechter te buiten, om op dit voorstel te anticiperen. Het hof hanteert daarbij een wat merkwaardige stelling: het voorstel zou niet hoeven te worden ingediend als toekenning van affectieschade in de bestaande wettelijke regeling al mogelijk was. Is het hof vergeten dat toekenning van smartengeld wegens immateriële schade door de Hoge Raad in 1943 zonder uitdrukkelijke wettelijke basis is gebeurd? Weten het hof en zijn voorzitter niet dat in toenemende mate niet de rechter de wet nakomt maar de wetgever de rechter volgt (abortus, euthanasie, anonieme getuige; infiltratie enz. enz.) Ik vraag excuus, toch iets van een mening te hebben geopperd, maar niet op een van de punten waar het op aankomt.

Want de immateriële schade die de *moeder* lijdt door het geboren worden en leven binnen het gezin van Kelly komt wel voor vergoeding in aanmerking. Dit verschil ligt volgens het hof vooral hierin dat de moeder 'in haar persoon' is aangetast, immers de beslissing om al dan niet een zwangerschap af te breken en al dan niet een kind te krijgen behoort tot de meest essentiële en fundamentele basisrechten van de vrouw.

Dat ook de kosten van psychiatrische behandeling van de moeder voor vergoeding in aanmerking komen is, hoewel het hof het verschijnsel, niet noemt, wellicht omdat voor haar anders dan

voor de vader shockschade aanwezig is. Na opsomming van wat er met Kelly aan de hand is, wat tot de conclusie leidt dat zij er 'bepaald deerniswekkend' aan toe is vervolgt het hof: "dat een moeder, die uiteraard hoopte op een gezonde baby, als reactie op de dagelijkse confrontatie met deze langdurige en indringende problematiek geestelijk instort en professionele psychiatrische hulp zoekt is naar algemene ervaringsregels geenszins ongewoon te noemen (...)"

– 4 –

Bij de rechtbank hadden de moeder en haar man afgezien van het indienen van een vordering van Kelly zelf wegens de schade van Kelly door haar geleden *door het feit dat zij geboren was*. In incidenteel appel werd echter voor het eerst ook daarvoor schadevergoeding gevorderd. Het gaat hier dus om schadevergoeding door Kelly (namens wie haar ouders optraden) gevorderd wegens 'wrongful life' niet als in de zaak van baby Joost wegens 'wrongful birth'.

Eerstens stelt het hof vast dat Kelly, ook toen zij nog niet geboren was, partij was bij de behandelingsovereenkomst omdat een kind waarvan de moeder in verwachting is als reeds geboren wordt aangemerkt als zijn belang dat vordert. Vervolgens stelt het hof vast dat het opvoeren in hoger beroep van een vordering die in eerste aanleg niet is opgevoerd, (de ommezwaai) wettelijk toelaatbaar is en het voegt daaraan toe dat aan eisers wat dat betreft meer speelruimte toekomt dan aan verweerders die immers niet kunnen terugkomen op een onvoorwaardelijke erkenning. Dat over dit soort claims binnen en buiten Europa zeer verschillend wordt gedacht en dat in Frankrijk een dergelijke actie bij wet van 2002 zelfs verboden is, neemt volgens het hof niet weg dat de vordering naar Nederlands recht geen absolute belemmering ondervindt.

De vordering van Kelly wegens een onrechtmatige daad van de medici, hierin bestaande dat hun fout er de oorzaak van was dat zij geboren is, wordt door het hof 'in principe' toegewezen. Maar de hoogte van de diverse schadeposten zal nog moeten worden vastgesteld in een schadestaat procedure.

Tenslotte een mooi fragment uit dit memorabele arrest gewezen door de mrs Van Schellen, Welbedacht en Schmitz:

“Het kwalificeren van een gehandicapt kind als een ‘schadepest’ vormt overigens een terminologie die het Hof voor rekening van appellanten laat en waarvan het zich nadrukkelijk wenst te distantieren: uit de geboorte van zo’n kind vloeien wel (in juridische zin) vermogensnadelen voort, maar het is ongepast het kind dan zélf (ook) als schadepest te betitelen: een (gehandicapt) kind, eenmaal geboren, heeft nu eenmaal nog méér en andere facetten dan alleen economisch/ juridische.”

20 Het ongewenste leven van Kelly (II)

– 1 –

Indertijd ben ik vrij uitvoerig ingegaan op het arrest van het Haagse Hof van 26 maart 2003 inzake Kelly. Bijna 2 jaar later komt nu het arrest van de Hoge Raad: 18 maart 2005, gepubliceerd in *Verkeersrecht*, aflevering 4 van 2005, nr. 47, met conclusie van de procureur-generaal. Hartkamp. In het *Nederlands Juristenblad* van 22 april 2005, aflevering 16, pagina 835-840 geeft mr. dr. drs. M. A. J. M. Buijsen een kritische analyse van het arrest van de Hoge Raad. Zijn artikel eindigt aldus:

“De vraag of die situatie bevredigend en gewenst is, is een politieke. In Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk heeft de wetgever het verstandig geacht de aansprakelijkheid van deze hulpverleners te beperken.”

De situatie waarover het in dit citaat gaat is die van de medische hulpverlener, verloskundige wiens (of wier) medische beroepsfout vaststaat maar wiens aansprakelijkheid volgens de schrijver wel fors wordt opgerekt nu aan het feit van de chromosomale afwijking bij Kelly binnen de vraag naar de aansprakelijkheid geen enkel gewicht wordt toegekend, terwijl die afwijking in elk geval niet het gevolg is van het handelen van de hulpverlener. Niet zonder bitterheid stelt de auteur vast, dat de Hoge Raad “zich de gekozen oplossing kan permitteren, daar is hij de hoogste rechter voor”. Dat is overigens alleen waar bezien vanuit strikt nationaal gezichtspunt.

M. Buijsen is, zo lees ik onder zijn foto, behalve hoofddocent gezondheidsrecht verbonden aan de Erasmus Universiteit Rotterdam, lid van de Wetenschappelijke kring voor recht, ethiek

en gezondheidszorg. De *wenselijkheid* van datgene waartoe ook de Hoge Raad in het voetspoor van het Hof Den Haag is gekomen is inderdaad van politieke aard en niet een juridische zaak, maar die politieke zaak moet op haar beurt haar basis vinden in de ethiek: is dat waartoe de Hoge Raad is gekomen op grond van de huidige stand van zaken *in de wereld van wet en recht* ook vanuit het standpunt waarin goed en kwaad een beslissende rol spelen, verantwoord? Zo nee dan zal op die grond de wetgever moeten optreden, zoals de wetgevers in Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk dat blijkbaar hebben gedaan. Het zou, gelet op de tweede functie van de auteur, van belang zijn geweest als hij ook dit ethische aspect van de zaak voor ons, zoveel als dat mogelijk is, uit de doeken had gedaan. Want de problematiek die hier aan de orde is, zit vol ethische valkuilen.

– 2 –

De Hoge Raad heeft het cassatieberoep tegen het arrest van het hof verworpen en daarmee de beslissingen van het hof in stand gelaten, zij het dat de motiveringen van de Hoge Raad hier en daar afwijken.

Uitgangspunt in cassatie was dat er sprake is van een medische beroepsfout bestaande uit een verzuim om nader deskundig onderzoek te (laten) doen over de toestand van de vrucht. Daardoor werd een chromosomale afwijking, die grote kans opleverde voor geestelijke en lichamelijke beschadiging van Kelly niet opgemerkt. En dat had weer tot gevolg dat de moeder van Kelly niet tijdig de keuze had tussen het niet of wel geboren laten worden van Kelly, welke keuze, naar in alle instanties werd aangenomen, zou leiden tot abortus.

De moeder en de vader van Kelly vorderde aanvankelijk alleen voor zichzelf op grond van de wanprestatie bij de uitvoering van de behandelingsovereenkomst vergoeding van materiele en immateriële schade. Later in het proces traden zij ook op als formele procespartijen voor hun dochter Kelly, die eveneens materiele en immateriële schadevergoeding eiste. Al met al zijn dat dus zes vorderingen.

In cassatie werd allereerst aangevoerd dat aan de vader geen vorderingsrecht toekwam omdat hij geen partij was bij de door de moeder met het Leids Universitair Medisch Centrum (LUMC) gesloten behandelingsovereenkomst. Dat laatste aanvaardt de

Hoge Raad kennelijk maar, wegens de nauwe betrokkenheid van de vader bij de keuze van de moeder en zijn plaats in het gezin als mede verantwoordelijk voor verzorging en opvoeding, levert de fout van de verloskundige medicus jegens de vader geen wanprestatie maar wel een onrechtmatige daad op. Ook verwerpt de Hoge Raad het beroep op ontbreken van juridisch relevante causaliteit tussen de fout en de schade, waarbij werd aangevoerd dat de schade haar oorzaak vindt in de bij Kelly aanwezige chromosomale afwijking. Dit is het punt waarop Buijsen vooral zijn kritiek richt. De Hoge Raad zet uiteen dat de medische fout de schade van de ouders weliswaar niet direct, maar wel indirect heeft veroorzaakt en dat dit niet in de weg staat aan toerekening van die schade aan het LUMC en de verloskundige. De Hoge Raad begeeft zich even buiten de strikt juridische grenzen van de zaak wanneer hij daarop laat volgen dat het feit dat de geboorte van Kelly als schade is aangemerkt, vanzelfsprekend niet betekent dat het leven van Kelly als schadepost wordt aangemerkt. Toch zou ik op deze plaats graag een uitleg van die vaststelling hebben gezien, want de ethische bezwaren vinden hier hun grondslag en het is niet vanzelfsprekend, hoewel de Hoge Raad dat woord gebruikt, dat wanneer de geboorte van een (ernstig gehandicapt) kind schade oplevert voor de ouders, dit kind, eenmaal geboren, in financiële zin geen schadepost voor hen zou opleveren. Er is zowat sprake van een tautologie. Het hof had aan deze precaire zaak ook aandacht besteed met, naar ik meen, een indrukwekkender relaas, weergegeven aan het slot van Kelly I.

Dan komt aan de orde of de schade voor de ouders bestaat uit de volledige kosten van opvoeding en verzorging van Kelly inclusief die welke gemaakt moeten worden *na* haar 21^e levensjaar of slechts de kosten die samenhangen met haar handicaps. Dit laatste is het standpunt van LUMC c.s. Aangevoerd wordt daartoe, naar te verwachten was, dat haar ouders, was Kelly gezond ter wereld gekomen, de gewone kosten die verzorging en opvoeding van een kind met zich brengen, uiteraard ook voor hun rekening hadden moeten nemen. Ik denk dat dit argument niet bijzonder overtuigend is weerlegd als door de Hoge Raad overwogen wordt, dat de ouders Kelly, hadden zij tijdig van de handicaps geweten, niet geboren hadden laten worden, haar in de woorden van de Hoge Raad “voor haar bestaan hadden willen behoeden”. Nu zij wel geboren werd was er geen sprake van *wrongfull birth*.

Het verweer van LUMC c.s. dat de ouders in elk geval geen recht hebben op vergoeding van immateriële schade omdat zij door de fout van de verloskundige niet in hun persoon zijn aangetaast als bedoeld in artikel 6:106 lid 1 BW, wordt door de Hoge Raad niet gehonoreerd voor wat betreft de moeder en dat de verschrikkingen omtrent Kelly voor de moeder, die zich daarom onder psychiatrische hulp had moeten stellen, een flagrante aantasting van haar persoon ten gevolge had, kan ik heel goed begrijpen. Wat de vader betreft had het hof deze vordering afgewezen en de Hoge Raad is het daarmee eens, zij het op andere gronden.

Dan komt ter sprake het recht op vergoeding van materiele en immateriële schade van Kelly zelf, voor wie uiteraard haar ouders optreden.

De bestrijding van die vorderingsrechten komt er op neer dat (1) Kelly geen partij was bij de door haar moeder met het LUMC gesloten behandelingsovereenkomst terwijl (2) jegens Kelly ook geen onrechtmatige daad is begaan, omdat zij geen recht heeft op haar eigen niet-bestaan en ook geen recht op afbreking van de zwangerschap van haar moeder.

De Hoge Raad gaat mee met het eerste argument, omdat de ongeboren Kelly weliswaar krachtens de fictie van artikel 1:2 BW mede partij *kon* zijn bij de overeenkomst, maar nu er geen aanwijzingen zijn dat de ouders dit bedoelde kan de enkele omstandigheid dat Kelly een eigen belang bij deze overeenkomst heeft, haar niet tot procespartij maken. Ook aanvaardt de Hoge Raad dat Kelly tegenover het LUMC c.s. geen recht heeft op een eigen niet-bestaan dan wel op afbreking van de zwangerschap van haar moeder. We raken hier in de sfeer van de wijsbegeerte: wat houdt het recht op niet-bestaan, op niet-zijn, in wezen in? Kan er voor iemand zulk een recht bestaan? Maar toch baat dit alles het LUMC c.s. niet:

“omdat de behandelaar op grond van zijn thans in art. 7:453 BW omschreven, primair jegens de zwangere vrouw bestaande, zorgplicht ook jegens het nog ongeboren kind ertoe is gehouden de in de gegeven omstandigheden prenatale diagnostiek te (doen) verrichten en, indien daartoe aanleiding is, een klinisch geneticus te consulteren om de vrucht waarvan de vrouw zwanger is te doen onderzoeken. De vrouw dient immers in staat te worden gesteld een goed

geïnformeerde keuze te maken ten aanzien van de vraag of zij mede met het oog op de belangen van haar nog onge-boren kind, voortzetting of afbreking van haar zwanger-schap wenst.”

En door het tekort schieten in deze verplichting jegens de vrouw is ook gehandeld in strijd met hetgeen jegens de onge-borene vol-gens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dus ook hier een actie uit onrechtmatige daad die tevens aspecten vertoont van een derdenbeding in de overeenkomst, als waarover P-G Hartkamp in zijn indrukwekkende conclusie uitweidt.

Wat het bedrag van de schadevergoeding van Kelly persoonlijk betreft, die vanzelfsprekend niet kan worden gevorderd voor zover zij reeds aan haar ouders zal worden betaald, voert LUMC aan dat die niet kan worden vastgesteld “omdat daartoe het bestaan van Kelly in haar huidige toestand zou moeten worden vergeleken met haar niet-bestaan”. De Hoge Raad geeft toe, dat de schade die Kelly lijdt niet nauwkeurig kan worden vastgesteld omdat aan het niet-bestaan geen bepaalbare waarde kan worden toegekend en verge-lijking, de gewone wijze van schade berekening, daarom niet mogelijk is. Maar in de gedachtegang van de Hoge Raad behoeft dat niet te leiden tot ontzegging aan Kelly van haar claim tot scha-devergoeding omdat de schade moet worden begroot op de wijze die het meest met de aard ervan in overeenstemming is, terwijl dat ertoe voert “dat alle kosten die worden gemaakt voor opvoeding en verzorging van Kelly en ter bestrijding van de gevolgen van haar handicaps in hun geheel voor vergoeding in aanmerking komen”. Ik vraag me af of dit geen cirkel redenering is. Daar wordt dan weer aan toegevoegd – een zekere angst voor eigen ‘dapper-heid’ straalt er toch wel van af – dat de rechter door van die bevoegdheid gebruik te maken niet de menselijke waardigheid van het gehandicapt geboren kind ontkent noch daaraan tekort doet. Dit wordt een paar regels verder nog eens herhaald. Nu zal duidelijk zijn dat het materiele vorderingsrecht van Kelly voor een zeer groot deel samenvalt met het materiele vorderingsrecht van haar ouders. Toch oordeelt de Hoge Raad dat toewijzing nodig is omdat het vorderingsrecht van de ouders op verschillende gron-den kan wegvallen. Nu Kelly, zoals de Hoge Raad vaststelt, eigen vorderingsrechten heeft, is evident dat haar *immateriële* schade niet samenvalt met die van haar moeder. Verdriet en pijn van de

een valt nooit samen met verdriet en pijn van een ander, Deze immateriële schade van Kelly moet in de schadestaatprocedure, die nog heel wat moeilijkheden zal opleveren, beoordeeld worden naar haar toestand ten tijde van die beoordeling. Indertijd had het hof die toestand deerniswekkend genoemd. Ik denk en vrees dat het nu, zo anders, alleen maar erger, kan zijn.

Overigens: mijn eerder uitgesproken twijfels zijn niet weggenomen maar eerder versterkt.

21 De Staat der Nederlanden strafbaar? (I)

Er is al veel over te doen geweest. Na Enschede en, versterkt, na Volendam. Waarom kan een overheid niet worden gestraft voor handelingen of nalatigheden, die bij een individuele persoon wel strafbaar zouden zijn? Meestal gaat het dan over lagere overheden, provincies of gemeenten. Maar ook de Staat zelf kan in het geding zijn. Vergeet trouwens nooit dat de criminaliteit van criminele staten duizenden malen ernstiger en afschuwelijker is dan de criminaliteit van ordinaire individuen. Stalin, Hitler, Pol Pot, Mao: het aantal niet schuldige personen dat door hen, vaak onder afschuwelijke omstandigheden, de dood vond is *de* schande van de eeuw die definitief achter ons ligt. Onuitwisbaar.

De Staat der Nederlanden strafbaar? De Minister van Justitie en D66 zijn er, zo lees ik, tegen.

Je kunt de Staat niet in de gevangenis stoppen. Hem een werkstraf opleggen, gaat ook al niet. De Staat werkt niet. Geldboete kan wel, maar wie betaalt dan? Wij met ons allen. Ook als daarvoor het budget van een ministerie zou moeten worden verlaagd. Het toenmalig lid van Tweede Kamer voor de PvdA, de heer Rehwinkel meende indertijd dat in dat geval de burger niet betaalt. Slecht nagedacht, vind ik. Te druk natuurlijk. Want dat budget zal, als het op behoorlijke wijze wordt beheerd, strekken ten behoeve van de burgers. En het zal bovendien bij een tekort ongetwijfeld aangevuld worden uit de portemonnee van die burgers.

In het civiele recht is het doodgewoon dat de Staat wordt gedagvaard en bij verlies wordt veroordeeld. Meestal tot betaling van enig geldbedrag, en dat kan soms hoog oplopen. Soms tot het verrichten of nalaten van bepaalde handelingen of gedragingen. Maar zit het *hier* met die geldbedragen die de Staat moet betalen dan *wel* goed? Ja, want een vrouw, een man of een rechtspersoon

die via de rechter de Staat dwingt tot betaling van geld aan haar of hem, heeft daar tegenover die Staat, dat zijn wij met ons allen, recht op. De collectiviteit, die Staat heet, heeft zich iets toegeëigend dat aan de eenling, de individuele persoon toebehoort. En dat kan en moet zelfs worden rechtgezet door aan dat collectief iets te ontnemen. Het bijzondere is dat die eenling, dat individu, ook deel uitmaakt van het collectief en als zodanig meebetaalt aan zijn eigen overwinning op het geheel.

Maar: dus toch geen *strafrechtelijke* aansprakelijkheid van de Staat der Nederlanden? Hoewel de Staat, ik heb er al op gewezen, zeer verwijtbaar kan handelen. Een Staat, zo leerde ons ooit Augustinus van Hippo, die zijn plichten verwaarloost, die zelf het recht schendt, is gelijk te stellen aan een roversbende en rovers worden, indien betrap, gestraft.

Maar ook een op zich genomen fatsoenlijk functionerende Staat kan incidenteel in de fout gaan zoals ook fatsoenlijke mensen onder omstandigheden tot handelingen kunnen komen die, soms ernstig, strafbaar zijn.

Wij kennen in onze rechtspraak de uitspraak: hij of zij is schuldig maar wij leggen hem of haar toch geen straf (of maatregel) op. Als dat gebeurt, is het meestal omdat het een klein vergrijp is. Artikel 9a Sr waarop deze bevoegdheid van de strafrechter berust, geeft de rechter een ruimere range van mogelijkheden om deze uitspraak te doen. En, naar mijn mening, zou er grond bestaan voor het doen van zo'n uitspraak telkens wanneer het gaat over strafbaar optreden van de Staat. En ik zou hier de verleiding om te spreken van een symbolische straf met kracht willen bestrijden: het is een keiharde uitspraak die niets te maken heeft met de lichtheid van het vergrijp. Het is, kortweg, het gepaste antwoord van de getergde rechtsorde op de tergende overheid.

En er is nog een bijkomend voordeel aan te wijzen: ieder die door dat strafbaar maar niet gestrafte gedrag van de Staat schade heeft geleden, kan na deze uitspraak binnen het civiele recht trachten zijn schade te verhalen op de Staat met als steun in de rug deze uitspraak. Ja, hij kan zich zelfs in het strafproces tegen de Staat voegen als beledigde partij.

XI Breedband televisie en gijzeling

De man van 59 jaar die in de Rembrandt toren bij het station Amsterdam-Amstel een aantal mensen gijzelde met als motief dat hij zich ergerde aan breedband televisie, stelt ons voor een flink aantal raadsels. Wat wilde hij met die gijzeling bereiken? Het kan niet veel anders geweest zijn dan een absolute afschaffing van dit gehate televisiebeeld. Hij was gestoord maar er viel verstandig met hem te praten, zo lees ik.

Hij moet zwáár gestoord zijn geweest om om zo'n reden zulk een middel ter hand te nemen. Daar staat weer tegenover dat ik zo een twee drie geen enkel ander wel effectief middel zou kunnen bedenken, dat afschaffing van breedband televisie zou kunnen bewerkstelligen.

Maar er is vooral iets anders dat mij in het verband van deze man en zijn actie bezig houdt. Wie wegens een geestelijke stoornis gevaar oplevert voor zich zelf of voor anderen kan gedwongen in een inrichting worden opgenomen. Zo leert ons de, met een afschuwelijke afkorting aangeduide Wet BOPZ. Over dat criterium: gevaar bestaat veel ongenoegen, niet in de laatste plaats bij de burger op straat en in huis die met *zeer hinderlijke* mensen die gestoord zijn als buur of huisgenoot moet optrekken. En er radeloos van wordt. Want *gevaarlijk* zijn die mensen vaak niet. Nu is het gevaarscriterium er een dat de rechter extensief of restrictief kan uitleggen. En de neiging bestaat in de rechtspraak om het eerste te doen, zodat rechters bijvoorbeeld verwaarlozing in hygiënisch opzicht nogal gemakkelijk als 'gevaar voor zich zelf' beschouwen.

Er is echter nog een heel ander punt dat in dit verband aandacht vraagt. De man in kwestie was, volgens zijn bekenden, een vriendelijke, gewone mens

die evenals anderen een aantal zaken had dat hem niet aanstond en die daarover mopperde. Ik weet niet of de lezer zich in de gemoedsgesteltenis van zo'n man kan inleven maar in elk geval weet ik wel, dat ik zelf het met een groot aantal ontwikkelingen in onze maatschappij grondig oneens ben en ik vrees dat ik daarover in het bijzijn van anderen wel eens mopper, ja zelfs daarover te keer ga.

Maar hoewel mijn negatieve aandachtspunten, naar mijn onbescheiden mening, stuk voor stuk veel zwaarwichtiger zijn dan die van de man die een hekel had aan breedband televisie, heb ik er nog nooit aan gedacht daarom een gijzelactie op touw te zetten. Moeilijk schijnt het overigens niet te zijn als je eenmaal een vuurwapen bemachtigd hebt en dat is ook al niet zo moeilijk.

Hoeveel mensen lopen er rond die èn voor anderen èn voor zichzelf een (geweldig) gevaar opleveren zonder dat iemand dat in de gaten heeft en zonder dat daarom aan de hand van de wet ingegrepen kan worden?. Deze man is er een schrijnend voorbeeld van dat de dubbelfunctie van het gevaarscriterium gaat werken als het te laat is: hij bracht een willekeurig aantal mensen op willekeurige manier uitgezocht, in direct levensgevaar en uiteindelijk pleegde hij zelfmoord en was dus voor zichzelf het ultieme gevaar.

En als het gevaar dikwijls niet achterhaalbaar is voordat het gevaar zich heeft verwerkelijkt, is het dan andersom ook niet zo, dat waar wel gevaar geducht wordt, geen echt gevaar (meer) hoeft te bestaan? Terwijl mensen intussen in het kader van de TBS wel jarenlang of levenslang van hun vrijheid worden beroofd op grond van een vermoeden van later onheil, dat niet op zijn waarheidsgehalte kan worden beproefd.

Wat, zo luidt mijn slotsom, weten wij van wat in de toekomst gebeuren zal? Tot nu toe verliep de toekomst altijd een stuk anders dan volgens de deskundigen voor de hand lag.

22 Jaren later nog eens: de Staat strafbaar? (II)

Een commissie met als voorzitter Roelvink, tot voor kort vice-president in de Hoge Raad, heeft aan de Minister van Justitie een advies aangeboden over de vraag of de Staat (der Nederlanden) strafrechtelijk moet kunnen worden vervolgd. Het antwoord van de Commissie is dat zelfstandige onderdelen van de Staat strafrechtelijk vervolgd moeten kunnen worden voor overtredingen van de ordeningswetgeving. De Staat zelf is een te abstract begrip om vervolging daarop te richten, meent de Commissie. De staatsonderdelen waaraan de Commissie denkt zijn die waarbij delicten op het terrein van het milieu, de arbeidsomstandigheden en de ruimtelijke ordening zijn ondergebracht. Voorts wordt geadviseerd deze strafbaarheid ook te doen gelden voor provincies, gemeenten en waterschappen. Daarentegen is de Commissie er geen voorstander van de strafrechtelijke aansprakelijkheid van publiekrechtelijke rechtspersonen uit te breiden tot commune delicten als dood door schuld, verduistering of diefstal. In voorkomende gevallen moet dan maar strafrechtelijk worden opgetreden tegen de verantwoordelijke functionarissen en bestuurders. Het zal nog een tijd duren, als het advies al in een wet wordt omgezet, voordat vaststaat via rechterlijke beslissingen wat ordeningswetgeving inhoudt en hoe die wordt afgegrensd van het domein der commune delicten. Interessant is ook, dat de Commissie adviseert de functionarissen ook dan strafbaar te stellen als de publiekrechtelijke rechtspersoon zelf strafrechtelijke immuniteit geniet. Dit in afwijking van de thans heersende rechtspraak op dit punt.

Wat is het nut van strafrechtelijke aanspreekbaarheid van publiekrechtelijke rechtspersonen? In dit verband bespreekt de Commissie het tegenargument dat geldboetes opgelegd aan de Staat uiteindelijk door de burgers zelf via de belastingen moeten worden betaald. ('vestzak-broekzak'). Ter weerlegging van dat

argument voert de Commissie aan dat niet zozeer de hoogte van de sanctie van belang is als wel 'de normbevestigende werking ervan'. In gewone taal zou je kunnen zeggen dat de burger die de staat ziet knoeien er voldoening in zal vinden als de rechter vaststelt *dat* het ook (strafbaar) geknoei is. Aandachtige lezers met een goed geheugen zullen zich misschien herinneren dat ik in dit verband heb bepleit de staat strafbaar te stellen zonder oplegging van straf. Bezien vanuit deze normbevestigende werking, kan, aldus ook de Commissie, een schuldigverklaring zonder oplegging van straf ten aanzien van een publiekrechtelijk rechtspersoon effectief zijn.

Voorts geeft de Commissie in haar advies haar standpunt weer inzake de moeilijke verhouding tussen de Minister van Justitie enerzijds en het Openbaar Ministerie anderzijds. Zij is van mening dat de minister wel algemene aanwijzingen aan het OM moet kunnen geven maar geen aanwijzingsbevoegdheid moet hebben in concrete, individuele zaken zulks om, met name waar het de strafbaarheid van publiekrechtelijke lichamen betreft, iedere schijn van politieke beïnvloeding van de vervolgingsbeslissing uit te sluiten. Gewoner en concreter gezegd: de Commissie vindt dat de minister niet aan het OM mag zeggen: je mag in deze zaak waarin een zelfstandig onderdeel van de Staat als verdachte kan worden beschouwd, niet tot vervolging overgaan. Een goed advies, dunkt mij, met een sluitende argumentatie maar de Minister van Justitie heeft nu al meegedeeld dat het kabinet het in dit opzicht met het advies niet eens is: de politieke verantwoordelijkheid van de Minister van Justitie ook in individuele zaken zou een te wezenlijk element zijn van de nieuwe wetswijziging op dit punt uit 1999. Als doekje voor het bloeden wordt daar aan toegevoegd dat de ministeriële verantwoordelijkheid van de minister in individuele zaken beperkt dient te blijven tot uitzonderlijke gevallen. Te vrezen valt dat die uitzonderlijke gevallen zich met name kunnen voordoen als het gaat over strafrechtelijke vervolging van de Staat of andere publiekrechtelijke organen.

Hoezeer strafrechtelijke aansprakelijkheid van de Staat of van de personen die namens de staat zijn opgetreden gewenst is blijkt weer eens uit de beslissing die het Europese Hof voor de rechten van de mens heeft gegeven in de zaak van het zigeuner gezin Conka tegen België: De Gentse politie riep eind september 1999 een groot aantal zigeuners op om zich op het politiebureau te

melden. Dan zou, zo kregen zij te horen, hun dossier betreffende hun asielaanvraag kunnen worden gecompliceerd. Ik citeer nu uit de in het *Nederlands Juristenblad* weergegeven feitelijke toedracht:

“Op het bureau aangekomen bleek echter dat sprake was van een lijst: de zigeuners – onder wie de familie Conka – kregen elk een uitzettingsbevel uitgereikt en werden terstond gedetineerd.”

Volgens mij is dit misschien een lijst maar zeker puur bedrog.

XII Van Zuidbroek naar Groningen-stad

Met het toenemen der jaren neemt de geografische omvang waarbinnen wij ons bevinden evenredig af. Dat is althans mijn ervaring. Als kind vond ik het Koninkrijk der Nederlanden mateloos en onmetelijk groot en uitgestrekt, zelfs als je er onze 'bezittingen' in oost en west buiten liet. Nu krijg ik zo langzamerhand de idee dat wie een beetje hard kan lopen Nederland van noord naar zuid en van oost naar west in een paar dagen kan doorkruisen. En als inzittende van een supersnel vliegtuig, moet je, zo heb ik me laten vertellen, als je Nederland vanuit de lucht wilt aanwijzen, daarbij een niet te lange uitleg geven want dan is het al weer voorbij.

Hoever is Zuidbroek verwijderd van de stad Groningen? En zou er ook maar een van de maar liefst drieduizend inwoners van Zuidbroek Groningen te ver weg vinden als er in die stad iets leuks te beleven valt? Meestal, ik geef het toe, is er maar weinig leuks te ontdekken in een kantongerecht, maar je kunt er toch ook je proces winnen en plezier hebben omdat je tegenstander heeft verloren. Wat daarvan zij, de kantonrechter van Zuidbroek kreeg de zaak te behandelen van een man die op *23 april 1998 te 15.57 uur* als bestuurder van een auto de ter plaatse geldende maximumsnelheid met 10 kilometer per uur had overschreden. Als je zoiets doet *en* daarop betrapt wordt ben je tegenwoordig geen verdachte meer maar een betrokkene. Je krijgt ook geen gewone maar een administratieve boete. In termen van geld gesproken maakt dat allemaal niets uit. De betrokkene was, omdat hij bezwaar had aangetekend, opgeroepen voor een zitting van de kantonrechter in Groningen. Hij vroeg om uitstel en verzocht beleefd om de zitting in Zuidbroek te houden "dit om mijn reistijd en reiskosten te drukken". Dat verzoek werd niet ingewilligd maar aan die betrokkene

werd meegedeeld dat hij schriftelijk zijn verdediging kon kenbaar maken en dan niet naar Groningen hoefde af te reizen. Betrokkene berichtte daarop in een brief niet ter zitting te zullen verschijnen. De man kreeg een geldboete. Hij ging in cassatie. De strafkamer van de Hoge Raad had het er maar moeilijk mee en oordeelde, wat zo langzamerhand uitzondering wordt, met vijf raadsheren. Ook de advocaat-generaal Fokkens schreef een geduchte conclusie waaruit ik citeer: "Naar het oordeel van de Minister van Justitie dient bij verkeerszaken van geringe ernst de beroepsgang niet onevenredig te worden bemoeilijkt. Vanuit dat perspectief bezien is het houden van de zitting te Groningen in plaats van in Zuidbroek zeer onwenselijk".

Tevoren had deze advocaat-generaal al uitgezocht dat de kantonrechter, zitting houdende te Groningen, formeel onbevoegd was deze zaak dáár te behandelen. En daar was de Hoge Raad het mee eens. De beslissing van de kantonrechter werd vernietigd met verwijzing naar het kantongerecht te Winschoten. Het arrest is van 10 oktober 2000 en te vinden in Verkeersrecht, aflevering 5 van 2001, pagina 144 en verder.

Fiat justitia, pereat mundus. Het recht moet zijn loop hebben, ook al vergaat de wereld.

Zo'n zaak – en zij is nog niet afgelopen – maakt ook duidelijk dat rechtspraak nooit zal kunnen worden opgezet naar de maatstaven die in het bedrijfsleven gemeengoed zijn. Kosten en baten tegen elkaar afwegen: no way.

Bericht uit latere tijd: nu verneem ik dat een andere Minister van Justitie een geheel ander standpunt huldigt. Volgens hem speelt afstand in het kleine Nederland met zijn vele auto's geen rol weer en moeten de (straf)zaken aangebracht worden bij de gerechten die het nog niet zo druk hebben, onverschillig waar de verdachte woont.

23 Verzekeringsfraude

De vraag is simpel: het antwoord niet.

Vraag: als bij opgave aan de verzekeringmaatschappij van schade door diefstal/inbraak, in totaal groot zo ongeveer twaalfduizend gulden, voor een betrekkelijk klein bedrag, te weten zevenhonderd gulden, wordt gefraudeerd door voor een horloge van *f* 59,- een bedrag van *f* 659,- te claimen en voor een broche van *f* 626,- een bedrag van *f* 726,- vervalt dan elk recht op uitkering terzake van deze schade of slechts een (al dan niet proportioneel) gedeelte?

Antwoord: Er was zoals de goede verstaander uit het voorgaande wel duidelijk wordt, geknoeid met de aankoopnota's. Dat de verzekerde dat gedaan heeft is niet zeker.

Bekijkt men het probleem vanuit de schade die de maatschappij zou hebben geleden als het bedrag niet of pas na uitbetaling zou zijn ontdekt, dan is die schade te stellen op *f* 700,-, waarbij moet worden aangetekend, dat daar nog tegenover staat dat de maatschappij premies voor de verzekering heeft geïncasseerd. Het is echter duidelijk dat deze gedachtegang niet deugt, want werd zij toegepast dan zou iedere verzekerde ondanks zijn fraude al zijn echte schade vergoed krijgen. Frauderen zou dan geen enkel risico opleveren terwijl het bekend is dat veel van die fraudes niet ontdekt of niet bewezen kunnen worden.

De rechtbank had geoordeeld, dat ook als vast kwam te staan dat de verzekerde *opzettelijk* onjuiste gegevens over de schade had verstrekt (wat de verzekeraar, volgens de rechtbank moest bewijzen) zulks, gelet op onder meer het geringe bedrag van de fraude, niet zou kunnen leiden tot verlies van elk recht op schadevergoeding. Het hof, oordelend in hoger beroep, was het daarmee totaal niet eens, verklaarde alle drie de grieven van de verzekeraar gegrond en ontzegde aan de verzekerde elke aanspraak op vergoeding. Door de verzekerde werd beroep in cassatie ingesteld. Een

van de klachten was, dat het hof ten onrechte had beslist dat de fraude tot algeheel verval van de aanspraak moest leiden. Maar nu wordt het pas echt moeilijk. Advocaat-generaal Strikwerda stelt in zijn conclusie vast 1) dat in de lagere rechtspraak en in de literatuur over deze vraag niet eensluidend wordt geoordeeld 2) dat de Raad van Toezicht op het Schadeverzekeringsbedrijf zich bij een beslissing van 1996 (jaar waarin ook de inbraak plaats vond) in een dergelijke zaak op het standpunt had gesteld dat algeheel verlies van uitkering niet past waar een minder ver gaande sanctie redelijk en mogelijk zou zijn en 3) dat het thans voorgestelde artikel 7.17. 1.14, dat hoogst waarschijnlijk op 1 januari 2006 ingevoerd zal worden, in zijn vijfde lid bepaalt:

“Het recht op uitkering vervalt indien de verzekeringnemer of de tot uitkering gerechtigde een verplichting als bedoeld in de leden 1 en 2 niet is nagekomen met het opzet de verzekeraar te misleiden behoudens voor zover deze misleiding het verval van het recht op uitkering niet rechtvaardigt.”

Nu had het hof heel stoer overwogen, dat aan zijn beslissing niet af kon doen dat de Raad van Toezicht over deze zaak anders dacht, maar tevens dat er van geen bijzondere omstandigheden gebleken was, die noopten tot het oordeel dat van algeheel verval van de aanspraak geen sprake kon zijn. De advocaat-generaal komt tot de slotsom dat het hof onvoldoende duidelijk heeft gemaakt waarom fraude voor een gering deel van de totale schade, niet zo een bijzondere omstandigheid zou zijn en hij besluit: “Bij toepassing van de thans geldende maatstaf zal immers in het algemeen bij frauduleus handelen dat betrekking heeft op slechts een enkele, af te scheiden post die slechts een gering deel van de totale schade betreft, een proportionele sanctie aangewezen zijn” waarna hij concludeert tot vernietiging van het bestreden arrest met verwijzing naar een ander gerechtshof.

Maar wat was er intussen gebeurd, waarschijnlijk zonder dat het hof maar vooral zonder dat de advocaat-generaal het wist: de Raad van Toezicht was op zijn beslissing van 1996 terug gekomen in een beslissing van 8 april 2002 en ging er nu vanuit dat voorop moest staan dat bij opzettelijke misleiding algeheel verval van de aanspraak het gevolg moest zijn maar dat, gelet op, onder meer, de

zwaarte van het bedrog alleen in zeer bijzondere gevallen een proportionele sanctie kon worden toegepast. De Hoge Raad oordeelt vervolgens dat het hof niet blijkt had gegeven van een onjuiste rechtsopvatting door te overwegen dat de enkele omstandigheid dat de fraude slechts een gering gedeelte van de schade betrof niet zo een bijzondere omstandigheid opleverde en dat het oordeel van het hof overigens zozeer verweven was met waarderingen van feitelijke aard dat de Hoge Raad het niet verder kon toetsen.

Wanneer zal er nu wèl sprake zijn van zodanig bijzondere omstandigheden dat algeheel verval van de aanspraak niet is gerechtvaardigd? Mogelijk als de fraude nog onbelangrijker is dan hier en/of als andere omstandigheden een rol gaan spelen. De annotator van het arrest, prof. mr. M.M. Mendel vraagt zich af of de Hoge Raad hetzelfde zou oordelen als de verzekerde diefstal meldt van 100 gouden tientjes, terwijl het er in feite 99 waren. Ik ben overtuigd van niet, want als de feitelijke rechter in dat geval aanneemt dat er een bijzondere omstandigheid aanwezig is die noopt tot een proportionele sanctie, zal ook dat zeker niet getuigen van een onjuiste rechtsopvatting, (nu toch ook in de Kamerstukken sprake is van bijvoorbeeld de bijzondere omstandigheid dat "het frauduleus handelen slechts betrekking heeft op een van de verschillende vorderingen die de verzekerde onder verschillende rubrieken van de polis heeft ingediend") Korter gezegd wegens die verwevenheid zal het laatste woord vaak zijn aan de rechter die ook over de feiten oordeelt. In het door Mendel aangevoerde voorbeeld zal het bovendien moeilijk zijn het opzet tot misleiding aan te nemen als de verzekerde beweert, al dan niet oprecht, dat hij zich bij het tellen heeft vergist.

XIII Giscard d'Estaing versus Wim Kok

De Nederlandse kranten en tijdschriften zijn weer eens bijna eensgezind. Waarin dan wel? In de vaststelling dat Giscard d'Estaing, ooit president van de Franse natie, en nu verkozen tot voorzitter van de raadgevende commissie van de Europese Unie, volstrekt ongeschikt is voor dat voorzitterschap. Waarom? Allereerst natuurlijk omdat onze Wim Kok een veel betere kandidaat is. Maar waarom is die dan zoveel beter? Toch niet omdat hij nu commissariaten bezit. Het is heel simpel: die Giscard is een oude zak van 75 jaar. Hij is een hoogbejaarde heer die behalve zijn nationaliteit vooral ook zijn leeftijd tegen heeft.

Ik wil maar zeggen als het Nederlandse chauvinisme de kop opsteekt en dat doet het behalve bij voetbalwedstrijden niet zo heel vaak, dan wordt ineens vergeten dat dit soort chauvinisme stoelt op pure discriminatie naar leeftijd.

Weten ze nu nog niet dat het echte leven begint bij 75?

24 Zo maar een vonnis?

– 1 –

Mag een Minister-president (verder ook wel aan te duiden als MP) een Journaliste (N) van een bepaalde krant weren van haar persconferenties wegens, kort gezegd, haar onhebbelijk gedrag tijdens de laatste persconferentie?

Het lijkt een nogal ingewikkelde kwestie waarbij de uitkomst – ik spreek nu de taal van de Hoge Raad – afhangt van tal van omstandigheden zoals daar zijn de aard en de intensiteit van het onhebbelijk gedrag enz. enz.

Van de rechter in kort geding van het Gerecht in eerste Aanleg van de Nederlandse Antillen, zittingsplaats Curaçao werd verlangd deze vraag op een bevredigende wijze van een antwoord te voorzien en dat heeft hij gedaan in een vonnis van 17 pagina's dat aan de vergetelheid, het lot van zoveel vonnissen van 'feitelijke' rechters, ontrukkt moet worden alleen al omdat de rechter een nieuwe stijl van vonnissen in het leven roept, waardoor het vonnis voor een ieder, behalve dan de verliezer, in begrijpelijke taal het soort leesplezier oplevert, dat elders in de rechtspraak zo vaak ontbreekt. De rechter die het vonnis in het leven riep is sinds 11 oktober 1986 lid van het boven genoemde gerecht met de lange naam en was voordien onder meer rechter in de Rechtbank te Rotterdam. Zijn naam is mr. J.Th. Wit.

Ik heb vroeger wel eens mijn beklag gedaan over de zelfs voor een geschoold jurist amper leesbare en in elk geval saaie en chaotische Nederlandse vonnissen die ik – in het voetspoor van de hoogleraar Tak – vergeleek met de veel beter leesbare Duitse vonnissen. Ik doelde daarbij op de *straf*vonnissen van de vergeleken landen. Civiele vonnissen en arresten van Nederlandse rechters vertonen aanzienlijk meer samenhang, maar blijven als het om begrijpelijkheid gaat, toch voorbehouden aan in het vak doorknede advocaten

en juristen van de rechtspraak. Soms worden de ontkenningen op zo'n wijze na en naast elkaar gesteld, dat je op je vingers moet gaan natellen of het er vijf of zes zijn, want dat scheelt nogal wat. Als afschrikwekkend voorbeeld moge dienen deze zinsnede uit een arrest van de Hoge Raad, dat studenten, willen zij ooit mr. voor hun naam mogen zetten, ook nu nog moeten kennen:

“Dat de stelling dat goede trouw *niet* aanwezig mag worden geacht indien *niet*-nakoming van een verplichting *niet* tot gevolg zou hebben dat de verzekeraar een schade zou moeten betalen, die bij nakoming *niet* te zijnen laste zou zijn gekomen, in haar algemeenheid *niet* opgaat” (Twaalfhoven versus Railway Passengers, HR 29 juni 1970, NJ 1970, 435)

Een hersenkraker van hier tot ginder, die wel tot gevolg had dat Twaalfhoven wegens iets te late aangifte van de schade haar recht op invaliditeitsuitkering, waarvoor zij een ongevallenverzekering had afgesloten, verloor. Het kan ook anders. Zie en lees maar.

– 2 –

Door het dagblad en zijn journaliste werd van het Gerecht gevorderd het Land, de Nederlandse Antillen, te bevelen alle journalisten van het dagblad, in het bijzonder N toe te laten tot alle persconferenties gehouden door of vanwege het Land, in het bijzonder die waarin het woord wordt gevoerd door Louisa Godett, zulks op straffe van een dwangsom van NAF 10.000,- dan wel een door het gerecht in goede justitie te bepalen bedrag, voor iedere keer dat enige journalist van het dagblad de toegang tot een zodanige bijeenkomst wordt geweigerd, dan wel enz. enz.

Dit is nog de ons zo vertrouwde taal van de jurist die aan het procederen slaat. Maar dan komt het.

Onder het hoofdje: *Het geschil*, vangt het eigenlijke vonnis als volgt aan:

“Het was de beroemde Groucho Marx, die eens, gekshekend, heeft opgemerkt dat “politics is the art of looking for trouble, finding it everywhere, diagnosing it incorrectly, and applying the wrong remedies”. Een opmerking als deze zou natuurlijk door een totaal van humor gespeende per-

soon kunnen worden opgevat als een gebrek aan respect, doch is niettemin zo raak dat, naar het gerecht aanneemt, zelfs een politicus een glimlach niet zal kunnen onderdrukken.”

Of de politica Louisa Godett, dit lezend, een glimlach heeft moeten onderdrukken, betwijfel ik, want een glimlach die niet in potentie aanwezig is, kan men ook niet onderdrukken. Na de aanhaling van een nogal lange tekst van Felix Frankfurter, ooit befaamd rechter in het Supreme Court van de VS, komt de kardinale vraag: ‘Wat is er nu eigenlijk gebeurd?’ Een op zich voor de hand liggende vraag, die ik echter nog nooit zó in enig vonnis heb aangetroffen. Wat gebeurd is geef ik, deels in mijn bewoordingen, deels in die van het vonnis, weer. Louisa Godett, de Minister-President van het Land, gaf op 9 januari 2004 een persconferentie waarvoor alle persmedia van het land waren uitgenodigd. Bij die gelegenheid toonde de MP zich verontwaardigd over een brief van de Nederlandse Minister van Justitie waaruit volgens haar bleek dat deze aan de Curacaose Luchtvaartmaatschappij (DCA) verboden had bepaalde gegevens door te geven aan de regering van Curacao. De rechter merkt op dat mevrouw Godett hier ‘een nogal ernstige vergissing’ heeft begaan, want het verbod gold niet haar regering maar de Antilliaanse vestiging van DCA.”

De journaliste N confronteerde de MP met deze vergissing, wat bij haar ‘in het verkeerde keelgat schoot’. Daarna en daarom is er, zo lees ik in het vonnis, “tussen beide dames een handgemeen ontstaan, waarbij de Minister-President de fotokopie, welke zij kort daarvoor aan N had overhandigd, tevergeefs uit de handen van de kennelijk terecht als vasthoudend bekend staande N trachtte te trekken”. De MP verweet N ‘Amigoe-style’ (naam van het dagblad, waaraan N verbonden was) en N riposteerde met ‘echt FOL-style’. De MP gaf daarop aan N te kennen dat zij niet meer welkom was op haar persconferenties, welke mededeling kort daarna schriftelijk werd bevestigd.

In het vonnis wordt dan vastgesteld dat over de juiste toedracht van zaken bij de ‘schermutseling’ verschil van mening bestaat maar dat de rechter daar niet op ingaat omdat het voor zijn beslissing niet van belang is terwijl bovendien een onderzoek daarnaar “er naar alle waarschijnlijkheid alleen maar toe (zal) lei-

den dat de MP nog verder in verlegenheid wordt gebracht dan zij (grotendeels door eigen toedoen) nu al is”.

– 3 –

Ik ben nu pas op pagina 4 van het vonnis en moet nog toekomen aan de beoordeling van het geschil die op pagina 7 onderaan aanvangt. Al spoedig stuit ik op wat voor de MP wellicht een stuitende uitweiding zal zijn geweest: Uiteen wordt gezet dat de Nederlandse Antillen een land is waar zijn burgers trots op kunnen zijn en blijven zijn:

“Ook al liggen er zo nu en dan – de laatste tijd wellicht zelfs meer dan anders – constitutionele bananenschillen op de weg naar de toekomst – waarover men kan uitglijden, een bananenrepubliek zijn we niet (...). Vandaar dat in deze zaak de puntjes op de ‘i’ moeten worden gezet.

Dit alles geldt temeer als ooit – er wordt in het vooronder door sommigen hoopvol over gefluisterd – het Schip van de Nederlands Antilliaanse of Curaçaose Staat zijn ankers zou lichten om het beschutte, zij het soms wat roerige, binnenwater van het Koninkrijk te verlaten en zich op die immense, zo betoverende doch ook zo verraderlijke, zee der onafhankelijkheid te begeven. Dan toch zal het Schip zeewaardig moeten zijn, deugdelijk geconstrueerd en uitgerust, en geleid door goed opgeleide en betrouwbare stuurlieden, die afgaande op de fonkelende sterren van recht en wet, in de duisternis van de Grote Wereld, een veilige koers weten te bepalen. Dan zal er ook een ‘government of laws, not of men’ moeten zijn, al was het maar uit het besef dat vandaag deze en morgen gene partij aan het bewind is”.

Het is mooi gezegd maar hier zou ik toch de kanttekening bij willen plaatsen dat het voor de partij die in het bijzonder wordt toegesproken wat al te belerend en kritisch overkomt en op mij wat al te beeldend.

Waar het in dit geschil op aan komt, is of langs de weg die het Land is ingeslagen het recht op vrije meningsuiting, waaronder begrepen het recht op informatie, geschonden is nu de overheid voor wie het gebod in de eerste plaats geldt jegens haar onderdanen, een van die onderdanen van het rechtstreeks verkrijgen van informatie, uitgaande van de Staat, uitsluit. Dat probleem kent allerlei haken en ogen, maar hier moet het worden berecht met als onder- en achtergrond een banale ruzie, ja, een ordinair handgemeen, tussen de hoogste vertegenwoordigster van de Staat en een journaliste.

In een zeker niet zwak betoog – ik ga nu even in op juridische mérites – geeft de rechter aan, dat het hiervoor genoemde fundamentele recht door het uitsluiten van N van informatie, gegeven door de MP op haar persconferenties, is geschonden. Uitvoerig gaat het Gerecht daarbij in op de vraag of de informatie per persconferentie ook niet op andere wijze kan worden verkregen, in welk geval er geen sprake zou zijn van onthouden van informatie aan een journalist door deze te weren op persconferenties. Ook wordt besproken de vraag of het niet voldoende is om aan schending van het recht op informatie te ontkomen dat aan andere journalisten van het dagblad wel toegang wordt gegeven tot de persconferenties van de MP. Beide vragen worden door de rechter in voor N gunstige zin beantwoord. De vordering wordt derhalve toegewezen zij het met twee beperkingen. De eerste is deze dat niet nu voor altijd kan worden geoordeeld dat N tot alle toekomstige persconferenties van de MP zal worden toegelaten, want wie weet wat N op zo'n persconferentie in de toekomst zal uitspoken. En voorts wordt geen dwangsom toegewezen omdat de Staat heeft laten weten dat hij gevolg zal geven aan welk vonnis dan ook van het Gerecht.

Ook het moederland, althans het gehele journalistendom ervan, moeten het in de volgende passage van het vonnis even ontgelden. Op zeker moment vraagt de rechter zich af:

“Moet de MP zich dan maar alles laten welgevalen? Dat kan natuurlijk ook niet de bedoeling zijn. Anders dan in het moederland aan gene zijde van de Oceaan, worden bepaalde omgangsvormen tussen journalisten en autori-

teiten hier te lande nog steeds in ere gehouden en natuurlijk kunnen er op dat punt enige eisen worden gesteld. Die eisen mogen echter nimmer zo ver gaan dat de journalisten daardoor in hun taak van kritisch volgen van en lastig zijn voor gezagsdragers wezenlijk worden gehinderd”.

Als ik advocaat was van het Land zou ik in hoger beroep wel het een en het ander tegen de juridische overwegingen weten aan te voeren. Ik sprak van ‘zeker niet zwak’ en had het daar over de juridische argumentatie. Zeker niet zwak, staat een trapje lager dan sterk.

Het ging mij vooral om de stijl en de opzet van het vonnis, dat zich voor wie in de zaak geïnteresseerd is, laat lezen als een geslaagd kort verhaal. Ik eindig met nog een voorbeeld ter adstructie:

“Persconferenties zijn bij uitstek geschikt om het nieuws heet van de naald en ‘from the horse’s mouth’ te vernemen. Omdat daarbij meestal de mogelijkheid bestaat om vragen te stellen kan de informatieverschaffing ook zo nauwkeurig mogelijk zijn (zoals ook in dit geval maar weer gebleken is). Persconferenties zijn, zoals uit het vorenstaande moge volgen, geen gunsten welke al dan niet door de autoriteiten kunnen worden verleend. De informatie die daarbij wordt onthuld is niet het eigendom van die autoriteiten, waarover zij naar believen kunnen beschikken”.

Vol nieuw gewonnen eerbied voor het verschijnsel van de persconferentie neem ik afscheid van een vonnis dat mij in hoge mate heeft geboeid en vermaakt.

XIV De schrikaanjagende Amerikaanse rechter

Ik lees in verschillende kranten dat Kroatiërs, die in eerste aanleg door het Joegoslavië-Tribunaal tot lange gevangenisstraffen werden veroordeeld, in hoger beroep zijn vrijgesproken. Ze hebben, zo staat geschreven, voor niets vier jaar in de gevangenis gezeten. Dat is natuurlijk vreselijk maar als er geen hoger beroep mogelijk was geweest zouden ze nu nog vastzitten. En een schadevergoeding zal er ook wel inzitten. Wat mij in deze zaak echt veront- rust naast de onvolkomenheid van alle recht(spraak) is de opmerking die ik ook las, dat de rechters in hoger beroep die vonnissen van de eerste rechters nooit zouden hebben durven vernietigen als dat geweest was onder het presidium van een zeer gezaghebbende Amerikaanse rechter. Als het met die rechtspraak zo is gesteld, dan is daar iets wezenlijks mis mee.

25 Job de Ruiters over Jan Donner

– 1 –

Stel het je voor: een oud-Minister van Justitie, die als minister geruisloos door dat leven ging en die nu een biografie schrijft over een man die ooit ook Minister van Justitie was, welke biografie hij als titel mee durft geven: *Jan Donner* waarbij ik mij afvraag of deze toch wel plechtige magistraat hem die vrijheid, als hij nog geleefd had, zou hebben toegestaan. Misschien toch wel, maar dan als mannenbroeders onder elkaar, bovendien beiden jurist. Dan kan er nogal wat. “Over het voorgeslacht van Jan Donner is vrij veel bekend” zo zet de Inleiding in. Een broer van de overgrootvader van Jan Donner is in 1824 wegens moord op zijn hospita ter dood veroordeeld en omgebracht. Dan kwam Gerrit Achterberg er voor een gelijksoortig vergrijp ruim een eeuw later heel wat beter vanaf. Maar wees niet al te ongerust: de meeste voorouders van Jan Donner waaronder begrepen zijn vader en zijn beide grootvaders waren predikant. En in elke familie zit wel een zwart schaap. In het gezin van Jan Donner moet dat de beroemde grootmeester in het schaken, Hein Donner geweest zijn, de man die het bestaan heeft na zijn dood te blijven schrijven en nog wel in zoiets als een ordinaire krant. Maar daarom niet getreurd: Jezus heeft zelfs in het zand geschreven ten faveure van een hoer. De lijn is met Jan Donner omgeslagen van predikant naar jurist. Dat is niet zo’n grote ommezwaai: juristen zijn seculiere predikanten. Je zou kunnen volhouden dat er van het nageslacht van Jan Donner nog meer bekend is dan van zijn voorgeslacht. Ik noemde al zijn zoon Hein Donner, die, De Ruiters herinnert ons eraan, in *De ontdekking van de Hemel* van Harry Mulisch reeds in het eerste hoofdstuk: *Het familiefeest* vermomd als Onno het feestje weet te vergallen door zijn oudste broer A.M. Donner als volgt toe te spreken:

“Hoort mijn oor de onwelluidende stem van mijn oudste broer? De bigotste der Calvinisten? Wat is vreselijker dan een oudste broer te zijn? Dat zal ik nu langs de wal mijner tanden laten ontsnappen: een oudste broer te hebben! Vader, snoer dat loze onderwerp de mond.”

En door zijn moeder te verwijten, dat zij haar man, Hendrikus Quist – Jan Donner dus – had bedrogen met Fidel Castro, uit welk duivels overspel hij, Hein Donner, was geboren.

Dat Hein en André het niet goed met elkaar konden vinden laat zich raden maar het verwijt dat André's stem onwelluidend was, is vals. Ik ben uiterst gevoelig voor stemmen en ik heb mij nooit geërgerd aan de klank van A.M. Donners' stem, wel nu en dan aan de inhoud ervan. Evenals zijn vader, was hij, André, prettig in de omgang, anders dan zijn vader was hij wat wij een rechtsgeleerde noemen en ook was hij een zeldzaam gastvrije gastheer toen hij eerst als lid, later als president verbonden was aan het Hof in Luxemburg, maar, zoals ik nog zou gaan ondervinden kon hij evenals zijn vader niet zo goed tegen tegenspraak. Wie wel trouwens?

Jan Donner is Minister van Justitie geweest en hij heeft dat, naar de beschrijver van zijn leven ons voorhoudt, goed gedaan. Nu was in de zes jaren van zijn ministerschap (1926-1933) in het midden waarvan de grote crisis een aanvang nam, de criminaliteit niet in dezelfde mate als nu het obsessieve thema van de dag. Hij kon zich, anders dan zijn collega's van nu, daarom ook op andere zaken dan die met strafrecht en strafvordering samenhangen, toelleggen. Maar hij heeft, nog voor hij zelf minister werd, het nieuwe wetboek van Strafvordering tegen de bedenkingen van de toenmalige minister Schokking er door weten te drukken. Dat wetboek, nog steeds van kracht, blaakte van progressiviteit. De rechten van de verdachte op een fair proces werden er bij wege van anticipatie breed in uitgemeten. Jan Donner was, zo laat zich niet alleen uit de biografie begrijpen, allesbehalve een progressief mens, laat staan een nieuwlichter maar hij verstond de tekenen van de tijd, die vernieuwing eisten. Het is spijtig dat zijn kleinzoon, Piet Hein Donner, zijn naar mijn overtuiging heilzame werk inzake strafvordering nu weer steentje voor steentje aan het afbreken is. Maar ik kan er niet omheen te erkennen dat ook de kleinzoon de tekenen des tijds verstaat. Die tijd, onze tijd, eist kennelijk in strafvorder-

lijk opzicht meedogenloosheid en omverwerping van al die verworvenheden, die het strafrecht en strafvordering maakten tot een zaak, die zoveel mogelijk het inzicht verwoordde dat wij allemaal – rechters en berechten – van één armzalig geslacht zijn, dat we allemaal stuk voor stuk die mercy nodig hebben die “droppeth as the gentle rain from heaven upon the place beneath”.

Jan Donner was, zeer in het algemeen gesproken, een door vriend en vijand gewaardeerde Minister van Justitie maar hij had met dat ambt toch niet veel op. Zijn voorkeur, ja zijn liefde ging uit naar het rechterschap. Hij zou aan het einde van zijn nationale loopbaan president worden van de Hoge Raad. Hij had ook Minister-President kunnen worden, denk ik, als hij dat gewild had maar het is nog maar de vraag welke functie als het er op aankomt, het belangrijkste is.

– 2 –

Het is een wat platvloerse constatering dat rechters dienst doende op het Europese continent geen geschiedenis hebben en dat er daarom geen levensbeschrijvingen van hen bestaan. Helemaal waar is dat niet, zoals niets helemaal waar is. De als ‘bon juge’ bestempelde Franse rechter Magnaud, heeft heel wat pennen aan het schrijven gebracht maar dat vond zijn oorzaak hierin dat hij niet zozeer een slecht rechter was maar een anti-rechter. Hij verdedigde niet in theorie, maar in de praktijk van zijn vonnissen dat bij strijd tussen werkgever en werknemer, de werknemer altijd gelijk had, welke motieven van beide zijden ook werden aangedragen. Dat is een standpunt, dat politiek voor een flink deel houdbaar is, maar dat indruist tegen het wezen van de rechtspraak. Hij heeft het dan ook als pseudo-rechter niet lang uit kunnen houden.

Maar een uitzondering of wat daargelaten, leent het ambt van continentaal rechter zich niet voor een biografie. Dat is wel wonderlijk want meer nog dan advocaten maken rechters op papier de meest uiteenlopende, vaak ten hemel schreiende zaken, niet alleen mee maar moeten zij zich daarin ook verdiepen om er een oordeel over uit te spreken. Toch is het zo en ik geef maar meteen de reden: in een biografie die naam waardig zal behalve het leven van de vrouw of man ook haar of zijn werk een belangrijke rol spelen. Wie een boek schrijft over Dali of Picasso kan er niet onder uit ook aandacht te besteden aan hun schilderstukken al is hun leven

ook overigens vol incidenten en accidenten. Niet anders is het bij Céline en Ezra Pound. Maar wie een leven beschrijft van alléén maar incidenten en accidenten zal bemerken dat hij een roman aan het schrijven is. Wat nu het probleem is bij de continentale rechter is dat zijn biograaf nooit te weten kan komen wat 'zijn' rechter zoal als rechter tot stand heeft gebracht. Want, waar het een beslissing is van enig algemeen belang ligt er een sluier over het werk van de eenling en als die sluier wordt verwijderd komt er een collectief werkstuk naar voren, waarvan men niet eens kan zeggen van *welk* collectief het afkomstig is want van de vijf rechters die het werkstuk ondertekend hebben, wat in het gewone leven betekent dat ze het ook alle vijf onderschrijven, is het best mogelijk dat twee er niet mee instemden, ja er furiebond tegen waren. Het geheim van de raadkamer heeft ten gevolge dat wij zelfs nooit te weten zullen komen *of* er twee dissidenten waren en dus ook niet wie dat waren. Het behoeft dan ook niet te verwonderen dat in de levensbeschrijving van Jan Donner het Toetsings-arrest als rechterlijk werkstuk veruit de meeste aandacht krijgt en dat is nu juist een arrest waarvan wij met zekerheid weten dat Donner daaraan part noch deel heeft gehad, zelfs niet als adviseur achter de schermen van de rechters wier naam onder het arrest stond, want hij bevond zich toen in het gijzelaarskamp.

Daarmee wordt dan aanstonds duidelijk waarom er in Angelsaksische landen, in Engeland en meer nog in de Verenigde Staten, een hele reeks biografieën van rechters bestaan. Daar bestaat namelijk, minstens voor de hoogste rechters, de mogelijkheid om zich naar buiten toe als dissident te laten horen ofwel wat motivering en uitkomst betreft of alleen waar het op de motivering aankomt. Daardoor kan die rechter zich profileren en, gaat het om belangrijke zaken, zich in het stralend middelpunt van de belangstelling plaatsen. We horen dan ook spreken over 'the great dissenter' dat is de rechter van het Supreme Court van de VS, die in zijn afwijkende opinies aangeeft hoe over vijf, tien of twintig jaar het recht zal zijn. Pillen van boeken zijn er verschenen over rechters uit de Verenigde Staten als Douglas en Black, Cardoza en Fortas, Oliver Wendell Holmes niet te vergeten, niet de vader die arts en literator was, maar ja echt de jurist. Daar kwam dan nog bij dat vele van deze rechters voordat zij door de President van de VS tot lid van het Supreme Court werden benoemd, een belangrijke politieke functie hadden vervuld, die soms hun arbeid als

rechter bleef beïnvloeden. Fortas, om een voorbeeld te noemen, heeft de aanzet gegeven tot veel goede rechtspraak, die later weer geleidelijk aan is teruggedraaid maar hij was te zeer verweven met niet rechterlijke zaken en belangen ook van twijfelachtige aard om Warren, de grote president van het 5-4 Supreme Court op te volgen. Ik heb hem ooit vergeleken met Talleyrand, Frans staatsman: de één een bijzonder goed rechter, de ander een eminent staatsman. Maar noch van de één noch van de ander was het privé gedrag bijzonder bewonderenswaardig. Die combinatie houd je in de politiek langer staande dan in het rechtsbedrijf.

Ook Jan Donner had een politiek verleden al was dat niet schokkend en vooral niet twijfelachtig. En in oorlog en bezetting kwam zonder dat hij het gevraagd had opnieuw een politieke dimensie zich bij hem opdringen. Zonder dat ministerschap en wat er aan vooraf ging en zonder die oorlog en bezetting zou hij zonder twijfel een even goed rechter geweest zijn, maar door oorlog en bezetting werd hij ook een persona, kreeg hij een rol te spelen, die, hoewel nauw daarmee verbonden, zijn gewone werk als rechter ruim te boven ging en, ik *blijf* het toch zeggen, hij heeft dat voortreffelijk gedaan.

– 3 –

Mogelijk zal de lezer zich afvragen waarom ik even hiervoor gewaagde van een *volgehouden* waardering. Laat mij maar eenvoudig zeggen dat ik de man bewonderde en hem met procureur-generaal Berger beschouwde als de onwrikbare standbeelden in barre tijden van het onafhankelijke recht. Dat klinkt wat statisch en zo is het precies ook bedoeld. Bewondering schept niet alleen afstand maar brengt noodzakelijk een soort verstarring aan in de bewonderde figuur. Hij of zij mag niet van zijn voetstuk vallen en als dat toch gebeurt is het met de bewondering gedaan. Laat mij zeggen, dat mijn waardering voor de drie generaties van juridische Donners eerst geleidelijk aan daarna nogal fors berg af is gegaan al heb ik toch de kleinzoon in dat schandalige kabinet van 78 dagen een van de zeldzame acceptabele figuren gevonden. Maar waarom nu benadrukt dat ik de Jan Donner van de biografie van Job de Ruiter een (bijna) bewonderenswaardige persoon *blijf* vinden? Dat heeft rechtstreeks met het boek te maken. Ik vind het een boek dat zeer de moeite waard is, ik heb het bijna in een ruk

uitgelezen en ik heb grote waardering voor de zorgvuldigheid waarmee de figuur van de minister en rechter Jan Donner is geschetst vanuit heel verschillende gezichtshoeken. De man en vader komen, zoals de auteur trouwens ruiterslijk toegeeft, niet zo goed aan hun trekken. Op zich genomen ga je je afvragen wat er overblijft als van het werk van de beschrevene weinig of niets te vertellen valt en van zijn rol als man en vader ook al weinig, terwijl avonturen buiten het gezin in welke vorm dan ook evenmin een rol spelen. Wat in dat verband wel opvalt is dat de bemoeienissen van Donner met het wel en wee van zijn gezin het grootst zouden zijn geweest toen hij als gijzelaar lange tijd ver van huis was en typerend is ook dat Hein Donner ooit nogal kwaadaardig opmerkte dat vader in het gezelschap van collega's en vrienden veel vrolijker en geestiger was dan in de huiselijke kring. Ook daarin is hij overigens geen uitzondering. Ondanks die tegenvalers heeft de biograaf voor zijn lijvige boekwerk toch genoeg stof gezocht en gevonden.

– 4 –

Maar ik blijf als de befaamde kat om de hete brij draaien. Waarom zo benadrukt dat ik volhard in het geloof aan Jan Donner als uitzonderlijk mens? Het in onze verengelde taal veel gebruikte woord en vaak voorkomend verschijnsel van *debunking* wordt waarschijnlijk het dichtst benaderd met het gezegde: iemand van zijn troon stoten. Hetzelfde is het niet. Want wat Job de Ruiters in zijn biografie doet is zeker niet te beschouwen als debunking maar toch haalt hij de troon waarop de schim van Donner Sr. is gezeten, een flink stukje naar beneden.

Het staat op bladzijde 166:

“Het enige en werkelijke gevaar voor de gijzelaars bestond uit de omstandigheid dat zij in beginsel de groep vormden waaruit de Duitsers de gijzelaars zouden kiezen, die als represaille tegen *verzetsdaden* zouden worden doodgeschoten.”

Kun je het meer onbewogen, meer onderkoeld onder woorden brengen: het enige werkelijke gevaar dat je *in beginsel de groep vormt* waaruit mensen doodgeschoten kunnen worden. Op mij

maakt het de indruk, dat tussen al dat prettige en zorgeloze in zo'n kamp, waarin je als gijzelaar niet werd lastig gevallen noch mishandeld, waarin je nota bene mocht lezen en lezingen houden, musiceren, schrijven en wat al niet meer, dat aan die onbewolkte hemel toch een kleine storing zichtbaar was, één enkel minpuntje: je kon zo maar doodgeschoten worden. Het beginsel werd bovendien tot tweemaal toe verwerkelijkt. De idee, dat de daden van verzet van mensen die je hoogstwaarschijnlijk niet kende, jou de dood zouden kunnen kosten, moet bij sensibele mensen toch wel de nodige onrust hebben gewekt. Sommige van de lotgenoten van Donner hebben die onrust dan ook naar ons overgebracht. Zo Anton van Duinkerken, die in dat kamp niet alleen *De Wuivende* schreef maar ook een *Doodsaankondiging*:

“Enigen uwer worden doodgeschoten,
Het juist getal verzwijgt de vaksadist;
Met wat ik in mijn hersens altijd wist
Wordt heel mijn inborst plotseling overgoten.”

Van Duinkerken, die in zijn *Legende van de Wederkeer* – veertig strofen van telkens veertien regels, geënt op de dooltocht van Odysseus met dat schitterende begin:

“Ik lees Homerus; – waterklare dagen
Kaatsen de schoonheid van zijn heldenzang
Verstild weerom als winterlicht, dat lang
Werd schuilgehouden achter najaarsvlagen –”

mijmert over de dood die hem en zijn lotgenoten bedreigt in dat kamp waarover ‘wie geen recht meer weet’ het bevel voert. En ik zal Vestdijk er verder maar buiten laten, want die raakte door de executie van de eerste vijf gijzelaars buiten zinnen van doodsangst en schreef een hyper onderdanige brief aan de kampcommandant waarin hij zijn vrijlating bepleitte onder meer omdat zijn boeken in Nazi Duitsland zo goed verkochten (wat waar was) en met de belofte toe te treden tot de beruchte Kultuurkamer. Wie als gijzelaar in het kamp verbleef en zelfs wie daar niet levend vandaan kwamen, het waren nog geen helden, want wat hen overkwam was door hen allerm minst gewild en je wordt geen held doordat je vermoord wordt en zeker niet doordat de dreiging daarvan boven je

hoofd hangt, maar het getuigt wel van moed die dreiging met gemoedsrust te doorstaan en, zo zou ik menen, een zekere mate van heroïsme is toch wel aanwezig als men, zoals Jan Donner deed, na zijn vrijlating, het ambt van lid van de Hoge Raad in bezettingstijd opgeeft. Over zijn verzoek tot ontslag van 4 februari 1944 doet De Ruiters ook nogal kleinerend. Het zou hem vooral ingegeven zijn door de houding van twee van zijn zoons, waaronder André, die in het verzet zaten en door het aandringen van zijn vrouw. Nu is van het begin der tijden af, ten goede of ten kwade (Eva tot Adam) het advies van echtgenoten, zoons en dochters van groot belang geweest voor het handelen van de mensheid, maar Donner als mens moest toch, gehoord al die dringende adviezen, zelf de beslissing nemen. Hij zal dat als lid van de Hoge Raad en daarom als het ware volgestopt met adviezen van het parket bij de Hoge Raad, terdege hebben beseft en dat hij er in zijn memoires zelf 'allerm minst heroïsch' over doet, is goed te rijmen met zijn karakter dat elke uiterlijke ophef wantrouwde. Maar iedereen kan inzien, dunkt mij, dat iemand die twee keer is gearresteerd (telkens bij vergissing schrijft De Ruiters, alsof arrestaties in oorlogstijd door de bezetter niet ook dan beangstigend waren als zij achteraf bleken op een vergissing te berusten) die lange tijd als gijzelaar vast heeft gezeten, en die daarna naar zijn oude ambt in de Hoge Raad is teruggekeerd, door ongevraagd en plotseling ontslag te nemen opzien baart in hoogst negatieve zin bij de bezetter die in zijn moeilijkste dagen verkeerde en daardoor harder werd dan ooit. Door zijn houding in bezettingstijd heeft Donner in elk geval aangetoond dat het ook anders kon dan het overgrote deel van zijn collega's manifesteerde. Blijf zitten waar je zit en verroer je niet, was als het er op aankwam niet zijn wel hun adagium.

– 5 –

In zijn verantwoording citeert De Ruiters Johann Gottfried Herder waar die schreef:

“Das Volk muss sich daran gewöhnen, einen Helden als Mensch zu sehen und zu ehren”

Dit motto heeft De Ruiter kennelijk als uitgangspunt gediend. Hij klaagt erover "dat het over Donner geschrevene veelal op hetzelfde neerkomt en bovendien vrijwel over de gehele linie een sterk hagiografisch karakter draagt. Die grote lof, de bijna heiligverklaring die hem ten deel is gevallen komt als onderdeel van Donners' levensgeschiedenis op vele plaatsen in dit boek voor. Maar *gelukkig* geven de nu gebruikte bronnen een gevarieerder beeld (...)"

Dat is op zich genomen verstandige praat: iedere held is ook een mens. Ieder mens heeft, om zo te zeggen, noch voor zijn knecht noch voor zijn biograaf de volmaaktheid aan zijn kant. Maar dat betekent toch nog niet dat ieder mens die dreigt boven de middelmaat binnen zijn groep uit te komen, een kopje kleiner gemaakt moet worden. En eigenlijk gebeurt dat wel als De Ruiter zich aan het begin en aan het einde van zijn boek afvraagt of Donner nu wel al die roem verdiende die hem van overal werd toegezwaid. Donner had, zo lees ik bij hem, van zichzelf geen bijzonder hoge dunk: "hij had, zo zei hij, geen élan, geen visie, geen spreek talent, geen beheersing van vreemde talen, (was) niet vertrouwd met sociaal-economische vraagstukken, (had) geen gelukkige hand in de keuze van personen, en een zwaartillende natuur". Die zelfkennis pleit niet tegen Donner; een zwaartillende natuur is vanzelfsprekend voor wie nu en dan nadenkt, en ik heb meer ministers van Justitie en zelfs een Minister-President gekend die vreemde talen niet beheersten en niet vertrouwd waren met sociaal-economische vraagstukken. Ministers van Defensie ook, die afgekeurd waren voor de militaire dienst.

"Was echter het denken en handelen van Donner werkelijk zo ver verwijderd van de zo gewraakte houding van de Hoge Raad" vraagt De Ruiter zich en ons af. Hij gewaagt van een aantal punten waarin hij niet anders dan de anderen handelde. En hij durft zelfs te schrijven dat Donner geluk had dat hij in een gijzelaarskamp zat, waar hij als een heer werd behandeld, in de tijd dat de Hoge Raad zich keer op keer blameerde. Hij had niet publiekelijk geprotesteerd tegen het aan president Visser van de Hoge Raad door de Duitsers gegeven ontslag. Dat is inderdaad een smet op zijn blazoen. De ariërverklaring heeft hij ook getekend maar ik houd mij ervan overtuigd dat hij bij de tegenstemmers heeft behoord maar toen die in de minderheid bleken zich heeft aangesloten, zoals rechters plegen te doen, bij het meerderheidsbesluit. Maar het belangrijkste is en blijft, dat hij zich, toen het er op aan

kwam diametraal anders heeft gedragen dan zijn collega's. Hij verliet het schip dat een verkeerde haven binnenvoer en dat hij zich daarover niet verheugde, dat hij zichzelf om die stap niet de ijle lucht in prees, ik vind het allemaal horen bij de mens die, in een echt moeilijke tijd en onder bar moeilijke omstandigheden (die tot op zekere hoogte de weifelhoedigheid van zijn collega's kon verontschuldigen) zijn eigen, eenzame weg gaat.

– 6 –

Met de hoofdstrekking van het boek van De Ruiters: Donner verschilde heel weinig van zijn na de oorlog zo belaagde collega's in de Hoge Raad, ben ik het dan ook niet eens. Hij heeft die strekking, althans voor mij, ook niet aannemelijk gemaakt. Daaraan doet niet af dat Jan Donner in veel opzichten, tot en met zijn houding tegenover apartheid in Zuid Afrika – zij is, volgens Donner te waarderen als een eerlijke poging om het probleem naar beste weten op te lossen – opvattingen en meningen verkondigde die mij in hoge mate tegen de borst stuiten. Het gaat er in dit leven vooral om, dat een mens zijn geweten niet inruilt als het er echt op aankomt. Ik denk dat dat de blijvende verdienste van Jan Donner is geweest.

– 7 –

Het beruchte toetsingsarrest zou eigenlijk het *niet* toetsingsarrest moeten heten. Als gezegd: Donner was er niet bij toen het gewezen werd en Job de Ruiters, die stelt dat "inzicht en voorzichtigheid, maar ook een zekere mate van geluk" Donner aan de top hebben gebracht, zal die absentie van Donner tot de zekere mate van geluk rekenen. Het is echter zeker niet ondenkbaar dat de motivering van het arrest anders zou zijn uitgevallen als Donner erbij was geweest om het te wijzen of aanwijzingen te geven. In een eerdere publicatie: *De Hoge Raad in bezettingstijd* heb ik als conclusie geponeerd:

"Vandaar, denk ik, die mateloze woede over het *technisch-juridisch* mogelijk juiste Toetsingsarrest van de Hoge Raad der Nederlanden. Die aanbleef."

Ik ben er nu wel van overtuigd dat, in gewone tijden, dit arrest een juiste beslissing inhield op saai, weinig sprankelende wijze weergegeven. Het arrest heeft te maken met twee levende en twee geslachte varkens, die gehouden respectievelijk geslacht werden in strijd met bij het Voedselvoorzieningsbesluit gestelde verboden (HR 12 januari 1942 *NJ* 1942, 271). Maar het waren geen gewone tijden en de advocaat van de verdachte had een zwaarwegend politiek argument naar voren gebracht. De Ruiter besteedt aan het arrest veel aandacht hoewel zijn hoofdpersoon er niet bij betrokken is geweest. Dat is wel begrijpelijk, omdat het arrest, gewezen door vijf raadsheren waarvan er niet één door de Duitsers was benoemd, veel, en mogelijk zelfs teveel nadruk heeft gekregen bij de beoordeling van de Hoge Raad in oorlogstijd.

Ik ben mij gaan afvragen welke de stand van zaken zou zijn geweest als de Hoge Raad diametraal anders had beslist want dat betekent dat hij dan had moeten overwegen dat de Nederlandse rechter (onder bepaalde omstandigheden) de innerlijke waarde of billijkheid van een wet wel mag beoordelen en in het bijzonder onwelgevallige, smerige wetten van de Duitse bezetter wel mag toetsen aan bijvoorbeeld het Landoorlogreglement 1907. Niet onwaarschijnlijk zou dan de hele Hoge Raad vervangen zijn door nazi-Duitsland welgezinde juristen van een lager plan en dat vooruitzicht lijkt ook niet erg aantrekkelijk. Op zich genomen zou die toetsing nu wel mogelijk en zelfs verplicht zijn omdat verdrag voor wet gaat, maar toen lag het anders. Ik zal daar niet te lang op doorgaan. Ik kan niet helemaal nalaten op te merken dat het arrest ook inhoudt dat een wet van de bezetter ook niet aan een Führer decreet mag worden getoetst wat, nu Hitler zich had uitgeroepen tot hoogste rechter, nogal opvallend is. Maar wat in het arrest dan volgt aan algemeenheden is onnodig, is hopeloos onverstandig, ja bot, zoals, naar wij uit de biografie vernemen, ook Donner achteraf vond. Dat in dat arrest echter besloten zou liggen dat de Hoge Raad alles wat de bezetter aan gruwelijks had verordend en nog zou gaan verordenen van zijn goedkeuring voorzag, heeft Donner, terecht mijns inziens, altijd met kracht tegengesproken.

Maar het waren zenuwslopende tijden en voor velen ging het in die tijd om leven of dood. Het zou van goed inzicht in de nood der tijden blijk hebben gegeven als de Hoge Raad het advies van de advocaat-generaal Rombach gevolgd had en zonder aan de *lex durissima* tekort te doen, de zaak had behandeld en afgedaan als

een akkefietje zonder principieel belang. De conclusie van Rombach, die De Ruiter niet aanstaat, had heel wat verderf uit de lucht kunnen nemen. Hij betoogde, kort samengevat, dat het hier om wetgeving ging die de wettige Nederlandse overheid, als zij daartoe in staat was geweest, ook genomen zou hebben. Dat is niet alleen waar en voor de hand liggend maar kon hem ook brengen tot de slotsom dat wat door de aangevallen Besluiten in het leven was geroepen in het geheel niet van dien aard was "dat van niet-eerbiediging van de hier te lande geldende wetten kan worden gesproken en dat om die reden de overigens zo belangrijke toetsingsvraag, die door requirants' raadsman is opgeworpen, in dit strafproces terzijde moet worden gelaten". En de vraag of volstrekt onrechtmatige wetgeving van de bezetter, waarbij de doodstraf werd gesteld op allerlei rechtmatige handelingen, getoetst mocht of moest worden aan Verdrag of hogere menselijkheid is, zover ik weet ook later nooit aan de Hoge Raad voorgelegd.

– 8 –

Ik verwijt mij zelf, terugkijkend, toch wel, dat ik weinig aandacht heb besteed aan de bijzondere kwaliteiten van deze bij mijn weten eerste biografie over een Nederlandse rechter. Zoals men zal hebben gemerkt geeft het opschrift boven deze bespreking aan Jan Donner een andere hoedanigheid mee dan het boek van Job de Ruiter. Hij: Jan Donner, jurist; ik: Jan Donner, rechter. Maar als besluit wil ik nu twee citaten citeren uit het boek over de mens Donner die jurist en als zodanig vooral rechter was. Ze zijn een beetje tegenstrijdig maar passen toch geheel bij de man die al met al een flonkerend juweel was in de vermoeide wereld van het recht uit de oorlogsjaren:

"1. Hem wordt tekort gedaan als hij wordt afgeschilderd als een soort heilige, wiens onberispelijkheid alleen maar in superlatieven kan worden beschreven. Hij was een gewoon mens met zijn fouten, aarzelingen en twijfels; ook een zeer van zijn gelijk overtuigde en (te) dominante debater; geheel een kind van zijn tijd met een weinig kritische blik op het in eigen gereformeerde en antirevolutionaire kring gangbare; op cultureel gebied een onbeschreven blad papier; een traditionele, wat autoritaire opvoeder.

2. Een bijzondere trek van Donner was ook zijn vermogen om mensen voor zich in te nemen. Hij werd sympathiek, vriendelijk en aardig bevonden, ook door hen die dat aanvankelijk niet opmerkten. Zijn stijl van leiding geven was innemend, niet bedreigend (...)"

Een mens als deze Donner is geweest, valt niet in twee woorden, zelfs niet in twee citaten te vangen. Maar een bijzonder mens, dat is hij zeker geweest.

XV De dictator zit soms op de fiets

Al geruime tijd hebben fietsers die van rechts komen op gelijkwaardige kruisingen voorrang boven het snelverkeer. Dat is, onnauwkeurig gezegd – maar ben je nauwkeuriger dan word je onleesbaar – de kern van een belangrijke verandering in de Wegenverkeerswet, die, zo heb ik me laten voorlichten, in vele andere landen al (heel) lang bestaat.

Dat laatste heeft zijn betekenis, al is het alleen maar vanwege de vele Nederlanders die straks met hun auto vakantie gaan vieren in zulke buitenland. Ze hoeven nu niet twee reglementen uit elkaar te houden. Alles wordt ons gemakkelijk gemaakt zo langzamerhand. In Spanje geen peseta's meer, in België geen francs, in Nederland geen guldens, overall euro's. Dat zullen we weten ook. Het wordt er dagelijks bij ons ingestampt als waren we blinde en dove analfabeten. Wat kost dat allemaal die reclame voor dat (goede?) doel??

Terug naar de fiets. Ik heb ooit een voordracht mogen houden met als titel: de dictator zit op de fiets. Maar dat ging over civiele aansprakelijkheid wanneer in het wegverkeer een fietser met een automobilist in onaangename aanraking kwam. Die zaak is een beetje teruggedraaid. De macht die de fietser nu krijgt is een gecontroleerde. De dictator is bekeerd tot de democratie. Ik ben alleen bang dat een wetswijziging als deze onvermijdelijk voor (meer) ongelukken zal zorgen. Niet allereerst omdat de fietser aarzelt voorrang te nemen waar hij die heeft. Al kan dat een situatie opleveren die erop neerkomt dat op hetzelfde moment dat de fietser eindelijk tot de bevinding komt dat hij het recht heeft door te rijden en dat ook doet, de automobilist het wachten beu is en dan – zonder recht – optrekt. Gevaarlijker is zeker het gewoontegevoel van de autobestuurder dat wie de macht heeft (en de massa) daarmee ook het recht heeft. Het zal

toch even wennen zijn: die file auto's die stilstaat om het oude mannetje op zijn opafiets voor te laten gaan.

26 Rechtspraak voorbij nationale traditie

– 1 –

Decennia lange ondervinding heeft bij mij de overtuiging doen postvatten dat nationale rechters bij twijfelgevallen een lichte neiging hebben overheidsinstanties iets meer krediet te geven dan zij eigenlijk verdienen. Zo voorzichtig als hier heb ik mij zelden uitgedrukt, maar daar heb ik mijn redenen voor. Bij nauwlettend toezien is dat immers niet zo verwonderlijk. Rechters zijn weliswaar onafhankelijk van de uitvoerende machten in de samenleving maar onderworpen aan de geest der wetten. Bovendien maken zij als derde macht deel uit van de staatsmacht waarin zij een geheel eigen taak en functie vervullen. Vanuit dit standpunt bezien is het niet onbegrijpelijk dat nationale rechters er, in het algemeen, moeite mee hebben functionarissen van de staat, waaronder politieambtenaren, bij het uitoefenen van hun taak op de vingers te tikken, zeker als het gaat over de wijze waarop deze misdrijven aan het licht (proberen te) brengen. Met een niet onnodige omhaal van woorden heb ik zo betoogd dat nationale rechters niet snel iemand van wie waarschijnlijk bewezen kan worden dat hij een ernstig strafbaar feit heeft begaan, vrij uit te laten gaan wegens onbehoorlijkheid of ongeoorloofdheid van optreden binnen het apparaat van de opsporing. Daarbij worden zij in die afkeer ruimschoots gesteund door de publieke opinie, die niet kan of wil inzien dat een schuldige de dans ontlopen kan omdat zijn opspoorders kwalijke manieren hebben toegepast om hem in de val te laten lopen. Dat vrij uit gaan van een (waarschijnlijk) schuldige verdachte wegens onrechtmatigheid in de opsporing is bovendien een verschijnsel, vanuit de Verenigde Staten tot Europa doorgedrongen, van vrij recente datum. Er is, volgens mij, nogal wat tégen aan te voeren, maar, alweer volgens mij, aanzienlijk

meer vóór. Die aarzeling van nationale rechters om onrechtmatige bewijsgaring mee te laten wegen in hun uitspraak, wordt natuurlijk voor een groot deel weggenomen als die omstandigheid niet leidt tot vrij uitgaan van de (waarschijnlijk schuldige) verdachte maar tot een (meestal geringe) strafvermindering. Iedere week worden tegenwoordig een aantal arresten door de Hoge Raad gewezen, waarbij de straf met een paar weken of hoogstens een paar honderd euro wordt verminderd wegens overschrijding van de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 van het EVRM, allemaal dus schendingen van de mensenrechten. Vroeger, toen deze overschrijding van de redelijke termijn naar de toen heersende opvatting alleen maar kon leiden tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, kwam overschrijding evenveel, ja zelfs meer voor dan nu, maar het paardenmiddel van niet-ontvankelijkheid werd zelfs in schrijnende gevallen (denk aan de zee-kapitein die een zwarte verstekeling die niet kon zwemmen in volle zee over boord liet gooien) niet toegepast.

Rechters van supranationale gerechten hebben als collectiviteit die binding aan de traditie van een staat niet. Als collectiviteit, zeg ik met nadruk, want de mogelijkheid tot het uitgeven van een 'dissenting opinion' in dergelijke rechtscolleges verradt ons nogal vaak, dat de enige dissenter deel uitmaakt van de natie binnen welks rechtsgebied het oordeel dat geen stand kan houden is gegeven. Frankrijk en het Verenigd Koninkrijk hebben regelmatig kritiek op tot hun nadeel gewezen beslissingen van het Hof te Straatsburg dat de bescherming van de rechten van de mens tot taak heeft. Ze hebben ook moeite om hun rechtspraak aan te passen aan de beslissingen uit Straatsburg en doen het soms gewoon niet. Wat dat betreft is Nederland als kleine natie deemoediger, al kun je soms het knarsetanden van Den Haag in de provincie horen als ons hoogste rechtscollege weer eens terecht wordt gewezen in Straatsburg. Er zijn twee redenen waarom die verontwaardigde schrik meestal niet op zijn plaats is. De eerste gaf ik aan in de kop van dit stukje: het supranationale rechtsinstituut heeft geen traditie en zeker niet een nationale traditie: het is opgebouwd uit rechters die allemaal hun eigen soms tegenstrijdige traditie meebrengen en die als collectiviteit geen last hebben van de honorabele gevoelens die nationale rechters ten aanzien van hun rechtssysteem koesteren. Ik denk dat daardoor de supranationale rechtspraak enigszins de voorkeur verdient boven de nationale: zij

worstelt minder met de ingebouwde op zich zeker niet verkeerde trouw aan het eigen systeem van waarde oordelen. De divergentie tussen de opvattingen van de (hoogste) nationale rechters en die van het (hoge) supranationale gerecht is voor een groot deel in de materie ingebakken en daardoor onvermijdelijk. En de tweede reden waarom de afwijkende rechtsoordelen uit Straatsburg geen paniek behoeven te veroorzaken is hierin gelegen dat het gerecht te Straatsburg doorgewoon meer mogelijkheden heeft om op de *feitelijkheden* van een geval in te gaan dan de cassatierechter, anders gezegd om de zaak in al haar ook feitelijke facetten te beoordelen.

– 2 –

Een typisch geval van diversiteit van beoordeling tussen de nationale en de supranationale rechter vinden we terug in de uitspraak van het Europees Hof voor de rechten van de mens van 8 april 2003 (*NJBL* 2003, p.885, nr. 18) Zij is gericht tegen Nederland.

Een advocaat die een gedetineerde verdachte verdedigde werd ervan verdacht met diens vrouw door haar ongewilde seksuele handelingen te hebben gepleegd. De gedetineerde meldde dit aan de politie. Toen later de zaak in de media kwam meldden zich nog twee vrouwen, waarvan er een zelfs zei dat ze door die advocaat verkracht was. Het bewijs was echter aanvankelijk zwak; de verklaring van de vrouw tegenover de ontkenning van de verdachte. Daar werd wat op gevonden. De politie adviseerde de vrouw een cassetterecorder aan te sluiten op haar telefoontoestel zodat zij inkomende gesprekken van en met de advocaat kon opnemen. Het toestel werd door de politie aan haar ter beschikking gesteld en bij haar geïnstalleerd waarna zij van de politie inlichtingen kreeg over het gebruik van dat toestel. Ook suggereerde de politie haar een gesprek met de advocaat te sturen naar 'de seksuele avances' van de advocaat. De vrouw nam drie telefoongesprekken op. De advocaat werd in eerste aanleg en in hoger beroep veroordeeld wegens feitelijke aanranding (maar van de verkrachting vrijgesproken). De verslagen van de telefoongesprekken werden door het gerechtshof *niet* als bewijsmiddel gebruikt.

In cassatie werden 51 middelen aangevoerd. De Hoge Raad verwierp het beroep in een tekst van iets minder dan twee kolom van de Nederlandse Jurisprudentie (1997, 500) De vraag was, aldus

de Hoge Raad, “of gelet op het aandeel van de politie in het opnemen van de telefoongesprekken welke S (de vrouw, L) met de verdachte heeft gevoerd, sprake is van inmenging van de politie in de uitoefening van het in het eerste lid van art. 8 RVRM gewaarborgd recht van de verdachte op ‘respect for his private life and his correspondence’”. De Hoge Raad is van oordeel dat het oordeel van het gerechtshof dat de politie niet zo sturend is opgetreden dat van inmenging van een publieke autoriteit sprake is, niet onbegrijpelijk is en niet getuigt van een verkeerde rechtsopvatting. In dit korte arrest komt ook weer de zinsnede voor die getuigt van de wettelijke onmacht van de cassatierechter: het hof heeft overwogen “op feitelijke, niet onbegrijpelijke en in cassatie onaantastbare gronden (...)”. Annotator van het arrest ’t Hart heeft bedenkingen: “En indien door particulieren onrechtmatig vergaard bewijsmateriaal in beginsel wel justitieel mag worden gebruikt, rijst de vraag of dat dan ook nog mag indien de onrechtmatige verkrijging – zoals in casu – op initiatief en onder regie van de politie heeft plaatsgevonden. Dat zou een cultuur kunnen scheppen van aanmoediging en beloning van illegaliteiten. Er valt dan ook alles voor te zeggen om zeker dit laatste niet geoorloofd te achten”.

– 3 –

Het Hof te Straatsburg oordeelt met zes stemmen tegen een dat artikel 8 van het EVRM is geschonden. De Nederlandse rechter in dat hof trok zich terug, waarna de Nederlandse regering een Zweedse rechter benoemde om in haar plaats zitting te nemen. Een ‘goede’ keuze want de dissenting opinion kwam van hem. Het hof deelt niet het oordeel van de Nederlandse rechter en van de Nederlandse regering maar duidelijk wel dat van de annotator. De politie heeft in deze zaak, aldus het hof, een wezenlijke rol vervuld. Opgesomd wordt, als hiervoor reeds weergegeven, waaruit deze heeft bestaan. Het hof overwoog verder dat het standpunt dat de Nederlandse regering in de zaak innam, ertoe zou kunnen leiden dat de opsporende autoriteiten hun aansprakelijkheid onder het EVRM zouden kunnen ontlopen door het inzetten van privé personen. En dat de vrouw onder Nederlands nationaal recht gerechtigd was binnenkomende gesprekken op te nemen kon niets afdoen aan de betrokkenheid van de autoriteiten.

De Nederlandse staat werd veroordeeld om de kosten van rechtsbijstand van de advocaat, die, als ik het goed zie, zichzelf had verdedigd te betalen. Voor materiële of immateriële schade werd geen vergoeding toegekend.

XVI Als waren zij gehuwd...

Het aantal echtscheidingen in Nederland is, zo blijkt uit een onderzoek, groter in grote steden dan op het platteland. De reden wordt erbij gegeven: in grote steden komen meer gemengde huwelijken voor. Vroeger zou dat betekenen dat er, daar meer dan op het land, twee geloven op een kussen rusten (want daar zat, zoals men weet, de duivel tussen). Nu betekent het dat allochtonen die met autochtonen trouwen (of omgekeerd) eerder tot scheiding komen. Misschien komt dat, zo wordt daar kwaadaardig aan toegevoegd, omdat tussen die twee groepen zoveel schijnhuwelijken plaatsvinden. Ik ga daar niet op door. Wel is – in Nederlandse verhoudingen – van belang vast te stellen dat het aantal gemengde huwelijken vooralsnog dat van de ongemengde duidelijk overtreft, als men tenminste die termen neemt in nog een andere, eigenlijk zuiverdere, betekenis: dan hebben we het over huwelijken tussen personen van hetzelfde, onderscheidenlijk van verschillend geslacht. Het belangrijkste resultaat van het onderzoek wordt in de media terloops vermeld: eindelijk neemt het aantal echtscheidingen af. Ik denk dat velen dat een verheugend verschijnsel vinden. Ik heb mijn bedenkingen, niet tegen het afnemen van scheidingen, maar tegen de relevantie van deze vaststelling. Is het niet mogelijk dat dit zijn oorzaak hierin vindt dat vele, gemengd of ongemengd, niet meer aan een huwelijk toekomen maar gaan samenwonen als waren zij gehuwd? En laten we nu ook weten dat het uit elkaar gaan van die paren meer voorkomt dan het scheiden van gehuwden. Flitscheiding is na huwelijk nog niet mogelijk.

27 Infiltratie, uitlokking en afluisteren

– 1 –

Er zijn twee soorten van onrechtmatige bewijsgaring. Bij de ene soort tast de onrechtmatigheid ook de betrouwbaarheid aan, bij de andere is de onrechtmatigheid eerder reden om de betrouwbaarheid hoger in te schatten. Wie na marteling een bekentenis aflegt, wie, wat gewoner, dat doet onder onrechtmatige druk van de zijde van de verhorende ambtenaar, kan bekend hebben als gevolg van die marteling, als gevolg van die ongeoorloofde druk en daarom mist de zo tot stand gekomen bekentenis de betrouwbaarheid die aan een gewone bekentenis *meestal* eigen is. Maar als de telefoon van iemand heimelijk wordt afgetapt zonder dat de noodzakelijke toestemming daarvoor is verkregen, als mensen van de politie zonder recht een huis binnendringen en zich daar van stukken meester maken die het misdrijf aan het licht brengen, maar die, omdat zij van een geheimhouder zijn niet mogen worden ingezien, staat die om twee redenen onrechtmatige vondst geenszins in de weg aan de betrouwbaarheid van het zo gewonnen bewijs.

Er zullen niet veel mensen zijn die bestrijden dat in de gevallen van de eerste soort uitsluiting van het onrechtmatig verkregen bewijs en in zeer ernstige gevallen zelfs niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in zijn vervolging de aangewezen sancties zijn.

Er zijn echter heel wat mensen, waaronder ook juristen die in het tweede soort van gevallen, waarin de onrechtmatige vergaring van het bewijs juist zonneklaar maakt dat de verdachte, wat hem verweten wordt ook werkelijk gedaan heeft, een vrijspraak als gevolg van bewijsuitsluiting of een niet-ontvankelijkverklaring van het OM in zijn vervolging, *geen* juist antwoord vinden op de begane onrechtmatigheden. Ook in de rechtspraak van de landen

aangesloten bij de Raad van Europa, die onder leiding van het Straatsburgse Hof voor de rechten van de mens deze sancties in beginsel ook voor de hier bedoelde tweede soort van gevallen, hebben aanvaard, lijkt een voorzichtige kentering waarneembaar. Een nieuwe sanctie, die tegenwoordig nogal opgang vindt bij onregelmatigheden in de vervolging: verlaging van straf, lost het probleem niet op. Het is in beginsel even moeilijk te verteren dat iemand minder straf krijgt dan hij verdient omdat anderen bij zijn opsporing en vervolging fouten hebben gemaakt als dat hij om die reden helemaal geen straf krijgt. Om redenen die ik hier niet kan ontvouwen omdat zij teveel plaats vergen (en die ik trouwens al vaak uiteengezet heb) blijf ik van mening dat ook de tweede soort van onrechtmatige bewijsgaring (die overigens ook in het civiele recht voorkomt al hoort men daar zelden over) tot bewijsuitsluiting en (soms) tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie kan leiden. Maar er zijn verschillen als gevolg waarvan een niet geheel gelijke behandeling van de beide soorten van onrechtmatigheden geboden is.

– 2 –

De vertrapte opname in de Nederlandse Jurisprudentie van een beslissing van het EHRM van 25 maart 1998 in *NJ* 2001, nr. 459 kan geen reden zijn om de casus onvermeld te laten. Want zij betrof het afluisteren van telefoongesprekken van een advocaat. De zaak lag feitelijk heel ingewikkeld. Grof gezegd kwam zij hierop neer dat de echtgenote van de advocaat die een hoge ambtelijke functie had bij het ministerie van Justitie ervan werd verdacht aan haar man geheime staatsgegevens ter hand te hebben gesteld, die door hem aan een Amerikaanse staatsburger voor 250.000 Zwitserse Francs zouden zijn verkocht. Ter opsporing, zo werd hem achteraf bericht, waren zijn zakelijke en privé-telefoonlijnen afgetapt. Dat de overheid door het aftappen van iemands telefoon zijn recht op privacy als gegarandeerd door artikel 8 EVRM schendt, is duidelijk. De vraag is dan echter of dit toch gerechtvaardigd is omdat het 'in accordance with the law' gebeurt en noodzakelijk is 'in een democratische samenleving' ter bescherming van de nationale veiligheid en een aantal andere grote belangen, zoals de 'prevention of disorder or crime'.

Je kunt zo'n zaak als rechter op allerlei manieren aanpakken. Een manier die hier voor de hand lag valt zo te omschrijven: wat er zij van de noodzaak om in een democratische samenleving en in overeenstemming met de wet bepaalde belangen veilig te stellen als gevolg waarvan het aftappen van de telefoonlijnen gerechtvaardigd wordt, in elk geval is het niet geoorloofd de zakelijke telefoonlijn van een advocaat, die geheimhouder is, af te tappen.

Maar het hof kwam aan die vraag niet eens toe (al speelt het beroep van advocaat wel een rol bij de beoordeling) omdat het alle vereisten op een rijtje afwerkt en dan al bij de eis dat het handelen dat op zich genomen schending oplevert moet zijn gebaseerd op recht en wet, tot een beslissing komt in het voordeel van de klager. Dat het aftappen van de telefoon op een wet gebaseerd was, stelde het hof laconiek vast om zich vervolgens af te vragen hoe het op dit punt erbij stond met de *kwaliteit* van die Zwitserse wet. En dan komt het hof – toch wel verrassend, om niet te zeggen verbijsterend – tot een negatief oordeel voor wat betreft een der eisen die aan de wet moeten worden gesteld: the foreseeability. De wet “must be sufficiently clear in its terms to give citizens an adequate indication as to the circumstances in and the conditions on which public authorities are empowered to resort to any such secret measures”. En hoezeer de Zwitserse regering ook in den brede volhield dat haar wet aan de eis van foreseeability ten volle voldeed, het hof stelde ijskoud vast dat het door de aangevoerde argumenten van de regering niet overtuigd was en voerde in de overwegingen 72 –74 de redenen daartoe aan. In zijn noot onder dit arrest vraagt Knigge zich onder meer af of dit arrest ook voor de Nederlandse wetgeving gevaarlijk is. Een gebrek van de Nederlandse wetgeving is, zo betoogt hij, “dat een expliciete wettelijke regeling over de vraag of en in hoeverre de telefoon van een geheimhouder mag worden afgeluisterd, ontbreekt”. Er is op dat punt wel duidelijk jurisprudentierecht en dat recht geeft inderdaad een vergaande bescherming aan de geheimhouder. Maar, zo kan men zich afvragen, zal het hof jurisprudentierecht gelijk stellen met wetgeving? Het eerste kan immers zonder democratische controle worden ingetrokken. Ik zou ook nog aan het voorgaande willen toevoegen dat ‘foreseeability’ voorzienbaarheid, de eis inhoudt dat de wet ‘certa’ moet zijn wat in dit geval betekent: niet zo vaag en onbestemd dat je van tevoren als gewoon mens niet kunt weten wat er wel en wat er niet ondervalt. In dat opzicht

gaan de lagere Nederlandse wetgevers soms heel ver en de Hoge Raad heeft hun vage voorschriften – onordelijk optreden in een stationsrestaurant – steeds gesauveerd.

Sinds Straatsburg op volle toeren werkt, zijn verrassingen nooit uit de lucht. Dus opgelet.

– 3 –

Ook de beslissing uit Straatsburg van 9 juni 1998 heeft nogal wat tijd gevraagd voor zij als nr. 471 van de jaargang 2001 in de Nederlandse Jurisprudentie is opgenomen. Het is, naar het mij voorkomt, een duidelijke zaak, waarin wordt uitgemaakt, overeenkomstig het Tallon arrest van de Hoge Raad van 4 december 1979 *NJ* 1980, 356 dat de infiltrant niet het initiatief mag nemen tot het begaan van een strafbare feit (vaak, zoals ook hier, bestaande uit drugshandel) door de verdachte. Er is echter een ruim scheinergebied tussen regelrecht uitlokken en aandrang uitoefenen. Bovendien is het niet zo simpel voor de verdediging om vast te stellen of aannemelijk te maken dat het initiatief van de infiltrant is uitgegaan. En tenslotte is uitlokken in dit verband een gevaarlijk en niet geheel juist begrip. De infiltrant mag niet zodanig handelen dat de verdachte een feit begaat waarop zijn opzet voordien niet was gericht. Als de verdachte 'predisposed' is tot het begaan van het feit, zit hij al verkeerd.

In het hier beschreven Portugese geval liggen de feiten, naar ik meen, erg duidelijk. Right from the outset was de klager beroofd van zijn recht op een fair proces door toedoen van de Portugese politie officieren, wier handelingen, zo zegt het hof zonder omwegen, die van een undercover agent te buiten gingen, omdat zij het misdrijf hadden geïnstigeerd. Geen twijfel, geen relativering.

De leer van het Tallon-arrest is inmiddels in de wet vastgelegd. Ik heb het al vaker gezegd en herhaal nu: nogal eens is het niet zo dat de rechter de wet toepast maar de wetgever de rechtspraak.

XVII Burgermoeders

In Arnhem krijgen ze een vrouw als burgemeester. De nieuwe burgemeester van Nijmegen is er al en, ja, dat is ook een vrouw. Deze belangrijke vrouwen hebben nog een, overigens minder belangrijke, overeenkomst: in hun vorig leven waren ze allebei wethouder van de gemeente Amsterdam, zij het niet van dezelfde politieke fractie. En daarom misschien, konden ze elkaar, zo lees ik, vroeger niet erg goed uitstaan. Het zal nog wel enige tijd duren voor we even gemakkelijk over de burgermoeder spreken als nu nog over de burgervader, maar al met al is het op zich een verheugend verschijnsel.

Toch heb ik wat Arnhem betreft een bedenking. Niet tegen de benoeming zelf maar wegens de motivering waarom iemand anders *niet* benoemd is. Die afwijzende motivering berust *niet* op de omstandigheid dat deze kandidaat een man is, al is hij dat wel. Nee, de redenen zijn: zijn leeftijd die hem heeft opgebroken en zijn lidmaatschap van het CDA. Ik heb het hier over een mij niet bekende maar in de politieke wereld blijkbaar wel befaamde meneer Geert Jansen. (eerlijk gezegd had ik zelfs die wethouders uit Amsterdam ook niet in mijn agenda staan). Dat Arnhem van de VVD is en moet blijven, daar kan ik, hoewel het mij niet aanstaat, nog wel inkomen als politiek argument. Bij *mijn* afweging van CDA en VVD kom ik voor allebei tot hetzelfde resultaat: onder de maat. Maar de hier toegepaste leeftijdsdiscriminatie gaat alle perken te buiten. Hoe moet de paus zich wel voelen als hij verneemt dat iemand van 54 jaar niet meer burgemeester kan worden van een middelgrote stad in Nederland? En hoe bedonderd voel ik mijzelf, nu ik dit schrijf en me realiseer dat ik decennia ouder ben dan Geert Jansen.

Naschrift: De paus is dood. Hij kan niet meer voelen. Of toch wel?

28 Infiltratie in de bajes

Er is rumoer ontstaan toen bekend werd dat in twee gevallen, waarvan er een betrekking had op een gepleegde moord, ambtenaren van politie, zich voordoende als lotgenoten, geïnfiltrerd zijn in gevangnissen om zo achter de waarheid te komen.

Infiltratie, zo zal menigeen toegeven, is een minder gewenste of zelfs ongewenste methode van opsporing van strafbare feiten. Al naar gelang het op te sporen feit ernstiger is zal de weerzin tegen de methode afnemen.

Reeds op 4 december 1979 *NJ* 1980, 356 heeft de Hoge Raad uitgemaakt dat opsporing door infiltratie alleen dan tot rechtmatige bewijsgaring kan leiden "als de verdachte door het optreden van de infiltrant niet is gebracht tot andere handelingen dan die waarop zijn opzet reeds was gericht." Men heeft dit wel begrepen alsof uitlokking van het strafbaar feit door de agent provocateur, de undercover agent niet geoorloofd is en tot bewijsuitsluiting moet leiden. De formulering van de Hoge Raad, waarin het voor de hand liggende woord: uitlokking niet voorkomt geeft, denk ik, een bredere mogelijkheid tot rechtmatige infiltratie.

Infiltratie is een vorm van misleiding en vaak van schending van privacy. De infiltrant is, bij langdurige infiltratie, soms genoodzaakt strafbare feiten te plegen, omdat hij anders in een 'verdachte' situatie kan geraken, verdacht bij de geïnfiltrerden en die hebben geen wetboek van strafvordering en willen niets weten over de eisen van een fair proces, als het over de tegenstander gaat. En tenslotte: ook en misschien vooral, plegers van grote misdrijven, zijn van nature achterdochtig.

Dit alles neemt niet weg dat in het huidige strafrechtelijke klimaat infiltratie niet alleen een onder voorwaarden geoorloofde opsporingsmethode is maar ook een die steeds meer en steeds vernuftiger wordt toegepast.

Onder die omstandigheden zie ik niet in waarom infiltratie in een huis van bewaring, waar ontkenkende voorlopig gedetineerden verblijven eerder ongeoorloofd zou zijn dan andere infiltraties. Privacy heeft een gevangene toch maar in betrekkelijke mate. En wie het begaan van een ernstig misdrijf ontkent bij politie, OM en rechter mag er niet op rekenen dat zijn houding in de gevangenis waar hij vol trots zijn vergrijp erkent (laat ze het maar eens bewijzen, die hufters) hem vrijwaart voor infiltratie. Ook daar moeten de regels in acht worden genomen. Het verschil met de gebruikelijke infiltratie is wel dat in deze gevallen het strafbare feit niet nog moet worden gepleegd maar reeds gepleegd is. Wie in de gevangenis snoeft over zijn grootse daden, die in de buitenwereld als misdrijven worden herkend, heeft kans dat een van zijn echte mede gedetineerden een onderhoud met de officier van justitie aanvraagt. Dan is er niet sprake van een infiltrant maar van een informant. Die tegenwoordig helaas voor zijn verraad, dat op zich niet zonder nut is, wordt betaald met vermindering of kwijtschelding van straf of met een behoorlijk geldbedrag. Lees over infiltratie in de bajes echter ook de hierna volgende beschouwing: Listige streken afgeschaft.

XVIII Vuurwapens in Nederland en in de Verenigde Staten

Het is wellicht toch de moeite waard om een met de angst voor geweldscriminaliteit toenemend misverstand uit de weg te ruimen: Nederland zou vol zitten met schutters en die schutters hebben vuurwapens te kust en te keur. De feiten als blijkend uit een onderzoek gepubliceerd in het Tijdschrift voor Criminologie liggen zo: de totale hoeveelheid vuurwapens gemeten aan het totaal aantal huishoudens is het grootst (iedereen zal het verwachten) in de Verenigde Staten: in tussen de veertig en vijftig procent van de huishoudens is minstens één vuurwapen aanwezig. In Nederland is, van de onderzochte 18 geïndustrialiseerde landen het vuurwapenbezit het geringst: minder dan 5 procent van onze huishoudens is in het bezit van een vuurwapen en meestal is de reden voor dit bezit: de jacht (op dieren wel te verstaan).

29 'Listige streken' afgestraft

– 1 –

De Australische rechter Kirby heeft mij aan het denken gezet. Hij zegt dat het de politie – handelend in het algemeen belang – in beginsel is toegestaan 'met behulp van misleiding te werk te gaan'. Want, zo gaat hij verder, "kernvraag is telkens of de misleiding door de politie zodanig oneerlijk is tegenover de verdachte, dan wel zodanig in strijd met het algemeen belang, dat een gerecht zijn bevoegdheid moet aanwenden om het verkregen materiaal uit te sluiten, ongeacht de betrouwbaarheid van het materiaal. In het geval van heimelijk verkregen bekentenissen is sprake van verboden misleiding indien de verklaring door de politie (dan wel door een door de politie ingezette persoon) is uitgelokt waarbij op oneerlijke wijze afbreuk is gedaan aan verdachte's recht om vrijelijk te kiezen tussen zwijgen of spreken".

Het recht wordt steeds moeilijker, steeds minder beheersbaar en overzienbaar. We zullen als meneer Kirby gelijk heeft – en hij schijnt een autoriteit te zijn – onderscheid moeten maken tussen op een verdachte toegepaste misleiding – *Van Dale* noemt het een synoniem van zwendel en bedrog – die geoorloofd is en misleiding die niet door de beugel van het recht kan. Kirby's mening wordt aangehaald in het Allan-arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens van 5 november 2002 (*NJ* 2004,262) met uitvoerige annotatie (onder *NJ* 2004, 263) van Schalken.

– 2 –

Het gaat hier over het steeds meer voorkomend geval, dat een politiebeampte of een burger infiltrant in de gevangenis wordt ingezet om aan de verdachte als kameraad in het kwaad een

bekentenis te ontlokken die hij anders bij een officieel verhoor niet gegeven zou hebben. Dat is natuurlijk misleiding. Het gaat, ik zeg dit nadrukkelijk, in dit als in andere gevallen waarin van dat paardenmiddel gebruik wordt gemaakt, om een zeer ernstige zaak: bij een roofoverval op een supermarkt in Manchester werd de bedrijfsleider doodgeschoten. De verdachte, te noemen A, werd samen met een andere verdachte, B, die zijn aandeel in het misdrijf bekende aangehouden. A ontkende echter. Een dag of veertien daarna meldde een anonieme informant de politie dat A betrokken was geweest bij het doodschieten van de bedrijfsleider. Direct daarop werd in de cel van A en in de bezoekersruimte van de gevangenis verborgen elektronische opnameapparatuur aangelegd. Het verzoek tot toestemming daarvoor werd door de rechters ingewilligd en bij het verzoek werd als reden opgegeven dat de gewone onderzoeks- en verhoormethodes geen resultaat hadden opgeleverd. Van de gesprekken van de vriendin van A, zekere NJS, met A en van celgenoot C met A werden opnamen gemaakt. Een zekere H met een crimineel verleden, die al geruime tijd als politie-informant optrad, werd daarna in de cel van A geplaatst. H was tevoren door de politie opgedragen 'to push him (A) for what you can'. H rapporteerde later schriftelijk dat A hem had toegegeven dat hij bij de moord aanwezig was geweest. Bijna drie jaar na het voorval moest A terecht staan voor moord en samenspanning tot beroving. A werd na een summing up van de rechter, die alle kanten van de zaak objectief belichtte, door de jury schuldig bevonden aan moord en veroordeeld tot levenslange gevangenisstraf. A wilde in hoger beroep gaan van dit vonnis maar kreeg daarvoor van het Court of Appeal geen toestemming nu de rechter de jury zo objectief had voorgelicht.

Daarna bracht A zijn zaak voor het Hof te Straatsburg. Hij klaagde over schending, jegens hem begaan, in het bijzonder van de artikelen 8 en 6 van het EVRM: schending van zijn privacy en schending van zijn recht op een eerlijk proces. Ook klaagde hij nog over schending van artikel 13 EVRM: toegang tot de rechter. De regering van het Verenigd Koninkrijk sprak de klachten inzake artikel 6 EVRM tegen en voerde daarbij onder meer aan dat bij zo ernstige zaken als moord er een bijzonder sterk algemeen belang bij betrokken was om zulke middelen te gebruiken als hier gebeurd was, waarbij in aanmerking moest worden genomen dat de klager het gebruik van die middelen kon betwisten.

Het hof kwam na een uitvoerige uiteenzetting tot een aantal conclusies: (1) het gebruik van de opnames van de gesprekken van A met zijn vriendin J. N.S en met celgenoot C was naar de overtuiging van het Hof *niet* in strijd met de eisen van een eerlijk proces als bedoeld bij artikel 6 EVRM, immers van enige dwang of sturing door de politie was daarbij niet gebleken (2) de uitlatingen en bekentenissen van A tegenover de latere celgenoot H (politie informant), welke verklaringen de 'main or decisive evidence against him at trial' betroffen, leverden daarentegen wel een schending op van artikel 6 EVRM. Immers op advies van zijn raadsman had A bij voortduring gebruik gemaakt van zijn recht om te zwijgen. H was door de politie geïnstrueerd om A tot spreken te brengen: to push him for what you can. De bekentenissen van A tegenover H waren dan ook geen spontane en ongedwongen verklaringen, vrijwillig afgelegd. Het waren in essentie verhoren waarbij alle waarborgen voor de verdachte, aanwezig bij een officieel verhoor, ontbraken. Al met al was op deze wijze het voorschrift omzeild dat een verdachte gebruik mag van zijn 'right to silence and privilege against selfdiscrimination'. (3) Voordien had het hof ook in enkele korten overwegingen overigens na erkenning van de zijde van het Verenigd Koninkrijk, vastgesteld dat de privacy van de verdachte was geschonden, omdat de maatregelen die tot afluisteren mogelijkheid gaven, niet 'in accordance with the law' waren. In die tijd was dit soort zaken in Engeland nog in het geheel niet bij wet geregeld. (4) Ten slotte werd ook aangenomen dat artikel 13 van het Verdrag was geschonden, doordat, zoals ook de regering toegaf, de klager in die tijd geen juridische weg openstond om in het nationale circuit tegen de genoemde schendingen op te komen. Al deze beslissingen nam het hof met eenparigheid van stemmen.

– 3 –

Annotator Schalken bespreekt tegelijkertijd het arrest van de HR van 9 maart 2004 *NJ* 2004, 263 omdat het ook in die zaak gaat over de toelaatbaarheid van een informant die in een Huis van Bewaring wordt ingezet om te proberen van de gedetineerde een verklaring te verkrijgen die hem zelf belast. In dat arrest geeft de Hoge Raad na een andersoortig middel gegrond te hebben bevonden, waardoor de hiervoor genoemde vraag niet meer beslist behoefde te worden,

tegen zijn gewoonte in daaromtrent een obiter dictum, duidelijk geïnspireerd op de hiervoor besproken Allan-zaak.

Terecht stelt Schalken dat het EHRM zich over opsporingsmethodes als gebezigd in de Allan-zaak 'nogal kritisch uitlaat'. Dat zou volgens hem alles te maken hebben met de "regelmatig opspelende Straatsburgse allergie voor heimelijk of stiekem overheidsgedrag dat nodig zou zijn om het bewijs rond te kunnen krijgen (anonieme politie-infiltrant die uitlokt, onder dwang vorderen van documenten terwijl de overheid niet weet of zij wel bestaan, op instigatie van de politie afluisteren van (telefoon) gesprekken door een particulier").

Allergie is verhoogde gevoeligheid voor stoffen die ziektes (kunnen) veroorzaken en is een afwijking van het gewone menselijke patroon. Daarom lijkt het woord mij hier misplaatst zelfs al zou er een keer van overgevoeligheid sprake zijn geweest zoals Schalken kennelijk aanneemt. Als even verder in zijn notitie de woorden 'Straatsburgse *aversie*' vallen lijkt dit me een zelfcorrectie, die terecht is. Want de zorg van het Hof te Straatsburg is die voor een eerlijke procesvoering en nationale gerechten, hebben altijd en overal de neiging, naar ik na tientallen jaren durf te zeggen, om nationale wetgeving met een 'Vondeliaans lodderoog' (dat is: met een welwillend oog) te bezien en daardoor als het op rechtspraak in strafzaken aankomt, beslissingen te nemen die meer gericht zijn op het toedienen van straf dan op handhaving van een eerlijk proces, wat soms ten koste moet gaan van een op zich verdiende bestraffing.

De *aversie* van het Hof te Straatsburg heeft, aldus Schalken, twee redenen zoals uit zijn rechtspraak blijkt:

"In de eerste plaats behoort de overheid, om machtsmisbruik tegen te gaan, geen gebruik te maken van listige methodes om wettelijk voorgeschreven procedures en daarbij behorende waarborgen te omzeilen. In de tweede plaats kan heimelijke bewijsverkrijging, als de vrijwilligheid van de burger in het geding is, de betrouwbaarheid van het bewijs aantasten."

Daar ben ik het van harte mee eens al begrijp ik niet precies wat de vrijwilligheid van de burger er in dit verband toe doet.

Aversie, ja, allergie, nee....

XIX De rechter is zijn eigen weegschaal

Rechters spreken in hun vonnissen en arresten vaak over *afweging*, nauwkeurige afweging liefst van argumenten die voor of tegen een bepaalde beslissing kunnen worden geldend gemaakt. Ik heb ooit ergens geschreven dat dat mooi gezegd is en wellicht de uiteindelijke beslissing zelfs voor de verliezer aanvaardbaar kan maken maar dat het een schijnargument is, en dat rechters als zij rechtspreken geen weegschaal bij de hand hebben. Later heb ik er mezelf op betrappt dat ik meer dan eens het begrip afwegen had gebezigd. Daarom past mij een onderzoek van het geweten. Moet ik mijn mening *heroverwegen*? Dat betekent in het huidige jargon niet die mening nog eens kritisch onderzoeken om er eventueel bij te volharden, maar die mening prijsgeven voor een betere.

Wat is wegen? Vaststellen van het gewicht van een zaak, denk ik te mogen zeggen. Wat is afwegen? Het gewicht van twee zaken tegen over elkaar zetten en vervolgens vaststellen welke zaak het zwaarst, welke het lichtst is. Dat gebeurt in de winkel en het duidelijkst in de ouderwetse winkel. Ik wil daar een pond suiker kopen. De wet zegt, maar dat doet er niet erg toe, dat ik moet zeggen: vijf ons of een halve kilo. De winkelier zet een gewicht van een pond in de ene schaal; in de andere schaal staat een zakje en hij giet of schept daar suiker in totdat de schalen gelijk staan. Dan heb ik een pond suiker en dat heeft de kruidenier voor mij afgewogen. Zei niet reeds Vondel het: "Gommer en Armijn te hoof, vochten om het recht geloof. Ieders ingelegd bescheid in de weegschaal werd geleid" (zo ongeveer). Maar daar zien we al meteen het probleem opduiken. Wat de een in de weegschaal legde werd door *hem* het zwaarst gevonden, terwijl de ander zijn inleg het zwaarst oordeelde. Vondel en Oldenbarneveld vonden dat Arminius' inleg het zwaarst woog, Maurits

constateerde dat Gomarus' argumenten de doorslag gaven en omdat hij de machtigste was kostte dat Oldenbarneveld de kop en veel remonstranten hun betrekking.

Niet veel anders is het gesteld met de afweging die rechters doen als zij beslissingen nemen. Ze moeten eerst de argumenten voor en tegen een beslissing opzoeken en vinden. Dat kunnen argumenten uit de wet zijn, uit de rechtspraak maar ook uit het maatschappelijk leven en de in dat leven heersende opvattingen ('normen en waarden') Maar ze hebben geen weegschaal om die voors en tegens tegen elkaar af te wegen. Hadden ze die weegschaal wel dan zou er geen twijfel kunnen bestaan: de weegschaal hanteert een volstrekt objectieve maatstaf. Een pond pruimen is bij Albert Heijn even veel als een pond pruimen bij de Edah. Beweert iemand dat hij een kilo appels heeft besteld en betaald en maar zes ons appels heeft gekregen dan maakt een goed functionerende weegschaal met zekerheid uit of hij gelijk heeft. *Maar de rechter is zijn eigen weegschaal.* Als hij alle argumenten voor en tegen al heeft weten te ontdekken (dat is de eerste opgave waarin hij kan tekort schieten) dan zal hij bij zichzelf, wikkend en wegend, moeten nagaan welke argumenten *hij of zij* het zwaarst *vindt* wegen. Daarin vindt het feit zijn verklaring dat afweging tegen elkaar van dezelfde feiten bij de ene rechter (het ene rechterlijke college) anders kan uitvallen en soms ook uitvalt dan bij de andere rechter (het andere rechtscollege). Een duidelijk voorbeeld daarvan was ooit de vraag of vergoeding van immateriële schade rechtens mogelijk was voordat de Hoge Raad midden in de Tweede Wereldoorlog dat mondjesmaat toestond. Niet alleen verschilde hierin het ene gerecht van het andere maar zelfs binnen een gerecht – het gerechtshof te Den Haag – hing het antwoord af van wie in de Kamer die moest oordelen zitting had. Wie recht zoekt heeft pech als de rechter die de argumenten voor zijn standpunt het hoogst aan-

slaat een zogeheten lagere rechter is, die wat betreft de afweging wordt overruled door de zogeheten hogere rechter. Je kunt tenslotte zeggen dat deze vrije afweging waartoe rechters verplicht zijn, een belangrijke reden is voor het bestaan en het functioneren van advocaten.

Mijn conclusie na echte heroverweging is dat rechters wel afwegen maar daarbij zichzelf als weegschaal beschouwen en moeten beschouwen. Dat laatste omdat zij, jammer genoeg, niet beschikken over een objectieve weegschaal buiten zichzelf. Ik zeg: jammer genoeg, maar realiseer me daarbij heel wel dat als die weegschaal bestond rechters en advocaten niet nodig zouden zijn en zelfs niet gewenst. In de hemel, ja....

30 Asser-Vranken: drie sterren is nog weinig

In zijn nieuwe boek, dat deel uitmaakt van de binnen de kringen van het recht befaamde Asser-serie, kiest J.M. Vranken, thans hoogleraar methodologie van het privaatrecht aan de Universiteit van Tilburg, voordien onder meer advocaat-generaal bij de Hoge Raad en nog eerder advocaat, een voor een jurist uitzonderlijke invalshoek: die van de geëngageerde toeschouwer die ziet hoe juristen met het burgerlijk recht omgaan en die zich daarbij verbaast en soms amuseert. Dat is een moeilijke opgave want de voortreffelijke jurist die de schrijver is, moet daarbij in de huid kruipen van de niet jurist die echte belangstelling heeft voor het recht. En ik vrees dat die groep, zeker voor wat het privaatrecht betreft, niet veel groter is dan de 'leken' die op enigerlei wijze met het recht en met rechtspraak te maken krijgen, in het bijzonder als betrokkenen bij een civiel proces, hetzij als partij, hetzij als getuige of deskundige. Natuurlijk komt daarbij het vakjargon, de geheimtaal van de jurist ter sprake. En wie wordt er door de auteur opgevoerd als geëngageerde toeschouwer, die èn verbaasd èn een heel klein beetje geamuseerd is als zij, Chazia Mourali, in Amsterdam een bovenwoning heeft gekocht maar nu met haar vriend bij notaris Q de leveringsakte en de hypotheekakte moet gaan tekenen. Ik denk dat haar eerste verbazing hierdoor gewekt zal zijn, dat ze na de woning gekocht te hebben ook nog een goederenrechtelijke overeenkomst moet sluiten krachtens welke wat zij gekocht heeft haar toch nog geleverd moet worden. Maar natuurlijk: vooral de taal van de notaris zal haar in hoge mate verbaasd hebben. Die notaris Q heeft toch ook weer een sympathiek trekje als hij namelijk vlotweg uitlegt (want dat doen ze lang niet allemaal) dat het over sleutels gaat als hij in zijn voorlezing heeft gesproken over: "roerende zaken die volgens verkeersopvattingen bestemd zijn of zullen worden het pand duurzaam te dienen en

door hun vorm als zodanig zijn te erkennen". Ik moet eerlijk zeggen dat ik, die toch een tijdlang het recht heb beoefend, er niet opgekomen zou zijn dat het daarbij (alleen) over sleutels gaat. Mijn gedachten zouden bij die duurzaamheid eerder uitgaan naar het bed in de slaapkamer, stoelen en tafel in de huiskamer en misschien ook de verwarmingsketel. Toch is wat Vranken hier aan kritiek onderwerpt in het taalgebruik van de jurist jegens de belangstellende buitenstaander volstrekt juist en het blijft niet minder waar, al kunnen ook de dienaren van de god Aesculaap er wat van om maar te zwijgen over natuur- en scheikundigen. Wat die laatste betreft is dat niet zo erg: hoe nuttig en soms gevaarlijk hun (uit)vindingen ook zijn, meestal heeft de buitenstaander er niet rechtstreeks mee te maken. Maar de vrouw of man, die ernstig ziek is en de man of vrouw die financieel geruïneerd wordt door zijn verloren proces dan wel zich voor jaren van zijn vrijheid beroofd ziet door een strafvonnis, heeft er toch wel recht op in een taal die voor haar of hem verstaanbaar en begrijpelijk is, de ongeluksmare te verneemen. Dat staat, als ik me niet vergis, zelfs in het Verdrag van Rome inzake de mensenrechten, maar daar wordt het, geloof ik, zo begrepen dat een rechter hier te lande een Pool die alleen zijn landstaal spreekt en begrijpt, niet in de Nederlandse taal moet meedelen dat hij een ingewikkelde milieuwet heeft overtreden.

Dit is geen bespreking van het wondermooie boek van Jan Vranken. Daar heb ik meer tijd voor nodig en meer aandacht. Ik heb de idee dat ik het lees zoals een kapelaan uit vroeger tijd zijn brevier las: niet alles ineens en nu en dan het brevier of boek neerleggen en over een tekst eruit mijmerend nadenken... Ik stip alleen een enkel punt aan. En onder dat voorbehoud zou ik het wagen te zeggen dat een van de grootste bezwaren die de auteur tegen de mannen (en vrouwen) van het recht heeft, is dat zij zich teveel inkapselen in hun eigen juridisch hokje, te weinig kennis nemen van andere disciplines terwijl hun beslissingen toch voor een groot en soms beslissend deel betrekking hebben op en van belang zijn voor die disciplines. Dat zoiets die buitenstaander verbaast die wel weet heeft van zulke niet juridische gegevens, staat buiten kijf. Rechters laten zich wel door deskundigen voorlichten als zij op een terrein komen, waarvan zij weten dat ze het niet beheersen en soms zijn ze daartoe zelfs verplicht, maar de vraag is of zij hun onwetendheid wel altijd beseffen en als een paal boven water staat vast dat wat de deskundigen hun ook voorhouden, zij

zijn het die beslissen. Het probleem doet zich vooral gevoelen als deskundigen tegenstrijdige stellingen betrekken en we weten allemaal dat dat tot de bijzondere eigenschappen van deskundigen behoort. Hoe moet de onwetende rechter dan kiezen?

Onder de titel; *Behoeftte aan harde feiten onmiskenbaar* schrijft Vranken:

“Helaas echter zijn toetsbare gegevens vaak niet beschikbaar. De jurist oordeelt dan toch (de rechter moet wel) maar dat gaat op zijn best als volgt. Is een mobiele laadschop – een grote machine om zware voorwerpen te versjouwen bijvoorbeeld bij bouwprojecten of bestratingen van wegen – voor een kind van drie iets dat afschrikt of juist een onweerstaanbare aantrekkingskracht uitoefent? De vraag is van belang in verband met de voorzorgsmaatregelen en daaraan verbonden kosten die men van de gebruiker van de laadschop mag eisen om ongelukken te voorkomen. Het Hof oordeelde in de zaak van Martin Smit, dat men ervan mag uitgaan dat een kind van drie geïmponeerd is en op veilige afstand van de machine zal blijven. De Hoge Raad daarentegen sprak van een gevaarlijke attractie voor zeer jonge kinderen waarop de machinist had moeten anticiperen. Wat is waar? De annotator was niet geïnteresseerd...”

Deze zaak (HR 25 september 1981 NJ 1982, 254) heeft mij inder tijd ook hevig bezig gehouden. Met name de diametraal verschillende opvatting van hof en Hoge Raad over de psychologie van het jonge kind van drie jaar. Wat mij eigenlijk nog het meest verbaasde en niet amuseerde was de arrogantie waarmee en hof en Hoge Raad tegenstrijdige stellingen poneerden waarvan de beslissing afhankelijk was, terwijl toch duidelijk was dat zulke algemene uitspraken over het jonge kind, zo ze al mogelijk zijn, niet tot de geestelijke bagage van juristen behoort. Letterlijk overwoog het hof:

“(...) dat het eerder te verwachten was dat een kleuter van de leeftijd van Martin op eerbiedige afstand zou blijven van een imponerend voertuig als de laadschop is.”

En de Hoge Raad daar regelrecht tegen in: dat de bestuurder van de laadschop “rekening had moeten houden met de onberekenbaarheid van jonge kinderen en de attractie die een voertuig als het onderhavige voor een kind kan hebben”.

Zou het, zo heb ik mij afgevraagd, niet veel aannemelijker zijn dat sommige kinderen van drie jaar van nature avontuurlijk zijn aangelegd, andere bangelijk en een grote rest ergens daartussen in?

Maar ik ben het weer met Jan Vranken eens als hij vaststelt dat de oplossing die de Hoge Raad zij het dan op zeldzaam losse gronden trof “uit een oogpunt van veiligheid voor kinderen alleen maar is toe te juichen”. Hier ziet men overigens toch weer die niet uit te roeien behoefte van juristen aan algemene regels: *het* kind van drie jaar is zus of *het* kind van drie jaar is zo. Hoe moet, andere nijpende vraag, een eenvoudige chauffeur weten welke voorzorgsmaatregelen hij moet nemen ten opzichte van kinderen als Martin als zelfs ‘de hoge heren’ het juist op dit punt radicaal met elkaar oneens zijn?

Ik heb over deze netelige zaak uitvoerig verslag gedaan in *God houdt niet van rechters*, uitgeverij Balans, 2000 onder de titel ‘*Het kind en ik*’. Deze zaak kan, het zij terloops en niet geheel serieus gezegd, illustreren, waarom God een hekel heeft aan rechters: ze weten alles ook zeker als ze niets weten.

Maar kort en goed: lees vooral het drie sterren boek van Jan Vranken. En wees blij dat er onder de juristen ook zulk een rara avis rondloopt.

XX Dus

Ik kan mij vergissen al doe ik dat zelden, maar dat moet een deskundig speurder zo nodig met behulp van de computer, die zoveel kan, dan maar aantonen.

Tot voor vrij kort kwam het woordje *dus*, omdat het zo ordinair was, in de arresten van de Hoge Raad niet voor. Er waren voldoende deftige alternatieven, die hoewel langer, aan dezelfde gedachte uitdrukking gaven: derhalve, deswege, daarom (op het kantje).

De tijden veranderen en wij met hen. Ook de Hoge Raad schaart zich onder die 'wij'. In strafarresten kom ik de laatste tijd dat vulgaire woord nogal eens tegen.

Het is, en dat verzacht het leed, ook een d-woord. En het is korter. Efficiëncy?

31 'Lagere' rechtspraak

Mondjesmaat of minder worden ze ons voorgeschoteld: de vele duizenden vonnissen en beschikkingen van kantonrechters, rechtbanken en gerechtshoven, zij het dat we van de uitspraken van hoven nogal eens kennis kunnen nemen doordat daarvan cassatie wordt ingesteld. De *Nederlandse Jurisprudentie* schuift de beslissingen van de feitelijke rechters helemaal in een rommelhoekje. Andere bladen als *Verkeersrecht* zijn guller. Toch zijn die direct na hun uitwijzing in het archief opgeslagen beslissingen voor de gewone burger meestal belangrijker dan de door o zo deskundigen uitvoerig besproken arresten van de Hoge Raad. Het is er zo'n beetje mee als met literatuur: Joyce and Proust zijn zeker de hogere literatoren, maar wie kan ze lezen? Wie leest ze? Grisham (afschuwelijk) en Agatha Christie (nog steeds prachtig) daar kun je als gewone lezer iets mee doen, positief of negatief. Alleen Tolstoj kon het zich permitteren Shakespeare een waardeloze prutser te noemen en al had hij geen gelijk, het geeft wel lucht om een klucht als *As you like it*, maar flauw te vinden. Daarom hier een klein eerherstel zij het niet zonder enkele pinnigheden.

– 1 –

Een beslissing van Rechtbank Assen van 6 februari 2001, nr. 21. Het gaat over schadevergoeding wegens seksueel misbruik. De rechtbank heeft zich terdege in de zaak verdiept en niet alleen in de puur juridische aspecten. De deskundige heeft gebruik gemaakt van de CBCA-methode die 'in wetenschappelijke kringen' omstreden is. Daarom is, anders dan in gewone gevallen, motivering waarom van zijn verklaring voor het bewijs toch gebruik is gemaakt nodig. De publicaties van Crombach en Wagenaar worden aangehaald ter adstructie van het omstredenheid zijn van de methode. Het advies van prof. Merkelbach speelt

ook een rol bij de eerste beslissing van de rechtbank: een deskundigenoordeel dat alleen gebaseerd is op de CBCA-methode is voor het bewijs niet toereikend. De deskundige heeft zich echter ook beroepen op zijn eigen vaardigheden bij de beoordeling. Maar hoewel de rechtbank met Merkelbach van oordeel is dat deze klinische ervaring niet controleerbaar is, gaat zij het oordeel van de deskundige, gezien diens ruime ervaring, toch voor het bewijs gebruiken. Ook wie levenslang heeft geknoeid kan zich op ervaring beroepen. De vraag die dan ook rijst is of ruime klinische ervaring dan wel op kwaliteit controleerbaar is. En vervolgens overweegt de rechtbank dat bij deze beslissing ook meespeelt dat "haar geen wetenschappelijk onomstreden methode bekend is waarmee de betrouwbaarheid van getuigenverklaringen (want daar ging het om) vastgesteld kan worden". Ik vind dat een opmerking die het hart van de zaak raakt. Het hart van heel veel rechtszaken. Wij moeten, voor mijzelf dien ik in het verleden te spreken, de betrouwbaarheid of onbetrouwbaarheid van getuigen heel vaak beoordelen en eigenlijk ontbreken ons daartoe alle andere instrumenten dan luisterbereidheid en ervaring. De grootste oplichters maken bij velen de meest betrouwbare indruk, anders zouden zij nooit grote oplichters kunnen zijn geworden.

De rechtbank somt daarna op wat er in deze civiele procedure aan bewijs aanwezig is en gaat als volgt verder: "hoewel de rechtbank dit bewijs als uiterst marginaal oordeelt, acht zij eiser niettemin in zijn bewijs geslaagd nu hiertegenover slechts een bij de politie afgelegde ontkennende verklaring staat van gedaagde, die sedertdien systematisch niet bij de aan deze zaak gewijde rechtszittingen is verschenen en zich nimmer door een rechter of de tegenpartij heeft laten ondervragen."

Daar zet ik een groot vraagtekens bij. Een vordering toewijzen op *uiterst marginaal bewijs* is, zeker voor de wederpartij, bijna niet te pruimen. Ik begrijp dat het hier geen strafzaak betreft maar de vraag hangt toch daarmee samen. Zou uiterst marginaal bewijs tot een veroordeling en straf mogen leiden? Ik denk stellig van niet. En waarom mag in het civiele recht zulk marginaal bewijs wel tot toewijzing van de vordering leiden? Is civiel bewijs aan andere maatstaven onderhevig als het strafrechterlijk bewijs? Het zou interessant zijn daar eens een studie en een onderzoek te wijden. Toch vind ik het wel een opmerkelijk en leerzaam vonnis.

Een beslissing van de enkelvoudige civiele kamer van de Rechtbank te Middelburg van 20 december 2000, nr. 9. Een vader fietste met zijn twee zoons in een dorpje behorend tot de gemeente Sas van Gent op een smalle straatweg. Ze reden achter elkaar. Uit de andere richting kwam hen een landbouwvoertuig tegemoet gereden. Dat voertuig was breder dan de weg zelf. Bij het passeren viel de vader en kwam terecht onder een van de wielen van het voertuig. Hij raakte zwaar gewond en overleed nog op diezelfde dag. De zoons vorderen nu shockschade omdat zij hun vader voor hun ogen zagen verongelukken. Gedaagden (de bestuurder en zijn verzekeraar) voeren verweer. Ten dele zeer zwak verweer: de vader was niet onmiddellijk overleden, een zoon had het ongeluk niet kunnen zien gebeuren omdat hij voorop fietste enz. Twee verweren konden hout snijden volgens de rechter. Allereerst dat het bestaan van psychische schade bij de broers niet kon worden aangenomen enkel op het oordeel van hun eigen psychiater: "gedaagden mogen de mening van een onafhankelijke deskundige verlangen". Voorts voeren de gedaagden aan dat de gevorderde schadevergoeding, voor elk van de zoons vijftigduizend gulden, bovenmatig is (zelfs) naar Nederlands recht. Maar bovendien moet hier, aldus de gedaagden, Belgisch recht worden toegepast omdat de eisers de Belgische nationaliteit hebben in welk recht lagere immateriële schade wordt toegewezen. De rechter verwerpt dit laatste argument: als er schade door shock wordt vastgesteld zullen Nederlandse normen worden toegepast: "het ongeval heeft in Nederland plaatsgevonden en dient zowel voor de aansprakelijkheid als de daaruit voortvloeiende gevolgen naar Nederlands recht beoordeeld te worden. Het enkele feit dat eisers de Belgische nationaliteit hebben veranderd daaraan niets."

Waarom dit 'gewone' geval naar voren gehaald? De reden is vooral deze: de rechtbank schrijft taal die iedereen kan begrijpen. En hij of zij geeft redenen voor de beslissingen die genomen worden aan, waarmee je het niet eens hoeft te zijn maar die volstrekt duidelijk zijn. En bovendien: voor de vader en zijn zoons was het de meest ongewone zaak die je je maar kunt indenken.

32 Criminaliteit als maatschappelijk verschijnsel

– 1 –

Justitiële Verkenningen is een negen keer per jaar verschijnend tijdschrift van het Wetenschappelijk Onderzoek- en Documentatiecentrum van het ministerie van Justitie.

Hoewel die afkomst wel eens aanleiding heeft gegeven tot twijfel over de onpartijdigheid van het blad moet ik zeggen dat de redactie er meestal goed in slaagt propagandistische elementen op een flinke afstand te houden. Bovendien is de kwaliteit van de artikelen bijna steeds in orde al moet ik er aan toevoegen, dat ook de jurist die leek is op het specifieke gebied waarop een artikel of een aflevering zich beweegt, nu en dan moeite zal kunnen hebben om met goed begrip kennis te nemen van het verhandelde.

Aflevering vier van dit jaar is een themanummer en draagt als titel: *Toekomst van de rechtshandhaving*. De artikelen dekken die weidse titel niet: want over wat altijd nog het belangrijkste rechtsgebied is, waarvan de handhaving voor iedereen van levensbelang is: het uitgebreide terrein van het burgerlijk recht, daarover gaat het in deze aflevering niet. Dat het burgerlijk recht belangrijker is dan het strafrecht placht ik heel vroeger aankomende studenten duidelijk te maken door hen mee te delen dat er nog altijd heel wat meer koopovereenkomsten worden gesloten met als voorwerp de auto dan dat er auto's gestolen worden. Voor fietsen zou ik dat overigens niet zo zeker meer durven te zeggen. Toch zou het ook onjuist zijn de titel aan te passen door te gewagen van de toekomst van de *strafrechtshandhaving*. Want in feite gaat het over de beheersing van de criminaliteit, over handhaving of vergroting van de veiligheid in het maatschappelijk verkeer en daartoe is het strafrecht niet meer dan een van de middelen. Vooral criminolo-

gen en rechtssociologen hebben in de loop der tijden steeds aandacht besteed aan andere middelen ter beheersing van de criminaliteit maar die middelen wisselden nogal eens van karakter en aard. Juristen zeggen elkaar braaf na dat het strafrecht een *ultimum remedium* is maar in de praktijk blijkt daar weinig van. Van de Bunt, hoogleraar criminologie aan de Vrij Universiteit te Amsterdam en de Erasmus Universiteit te Rotterdam, bespreekt in zijn artikel kritisch de *Nota Criminaliteitbeheersing*, die de Ministers van Justitie en Binnenlandse zaken op 26 juni 2001 het licht deden zien. De nota had als ondertitel: *investeren in een zichtbare overheid*. Dat is waarschijnlijk (onder meer) bedoeld als een deftige omschrijving van: *meer blauw op straat* maar Van de Bunt drijft daar in zijn ondertitel al de spot mee: *investeren in meer van hetzelfde*. Meer van hetzelfde behoeft echter niet een negatieve connotatie te hebben. In alle tijden en overal hebben bijna alle mensen meer van hetzelfde willen hebben als het maar geld, geluk of liefde was. Zelf geloof ik ook nog steeds dat meer politieagenten op straat, mits op de juiste plaatsen, preventief kan werken, zeker wat betreft 'kleine criminaliteit'. Van de Bunt schetst een op veel terreinen terugtrekkende nationale overheid in de Westerse wereld en vervolgt: "tegen deze achtergrond bezien doet de ambitie van de nota om de strafrechtelijke overheid een 'inhaalslag' te laten maken wat gedateerd aan. In plaats van het versterken van het strafrechtelijk apparaat ligt het meer in de rede om allerhande maatschappelijke krachten te mobiliseren bij de preventie en bestrijding van criminaliteit. De zojuist genoemde terugtrekking van de overheid doet zich ook voor in de strafrechtelijke handhaving. Reeds in het befaamde beleidsplan *Samenleving en criminaliteit* (1985) werd uitgesproken dat de beheersing van de criminaliteit geen exclusieve taak van politie en justitie meer kan zijn. Nadien zijn vele activiteiten ondernomen door bestuurlijke overheden, bedrijven en overige organisaties om risico's op het gebied van 'onveiligheid' te weren. Er is in de afgelopen twee decennia veel energie gestoken in de geïntegreerde samenwerking tussen deze instanties en de strafrechtelijke diensten".

Maar, zo vraag ik dan simpel, heeft dat inderdaad in de afgelopen twee decennia geleid tot meerdere beheersing van de criminaliteit, tot, nog gewoner gezegd, minder criminaliteit? En als al die organisaties dienen samen te werken met de strafrechtelijke diensten,

betekent dat dan weer niet meer werkdruk op die instanties, meer overlegvergaderingen en wat dies meer zij? Je mag het natuurlijk niet zeggen, al heb ik het al honderd maal gezegd: zou de criminaliteit – kleine en grote – niet drastisch afnemen door drugsgebruik en drugshandel op een wijze vergelijkbaar met sterke drankgebruik en gebruik van als drugs werkende rookwaren – uit het strafrecht te halen?

Wie de aflevering van Justitiële Verkenningen aandachtig doorleest, ontwaart ook daar dat de criminaliteit mede onbeheersbaar is geworden door de koppigheid op dit punt van overheden, die best weten hoe hier de vork in de steel steekt. En Van de Bunt verdient mijn eeuwigdurende dankbaarheid als hij werkende weg ons meedeelt: “Vooralsnog lijken plegers van criminaliteit meer baat te hebben bij open grenzen dan de strafrechtelijke autoriteiten.” Even instructief als prettig leesbaar (zij het in wezen huiveringwekkend) is in dit verband tenslotte de uitgebreide reportage van Joris van Casteren (foto’s Friso Spoelstra) in de Groene Amsterdammer van 15 juni 2002 over de werkwijze van jeugdige Marokkanen onder aanvoering van Hamidou op station Lelylaan te Amsterdam en wat daar toch nog tegen te doen valt.

– 2 –

Het artikel van Fijnaut, hoogleraar aan de universiteiten van Tilburg en Leuven, *De aanslagen van 11 september 2001 en de reactie van de Europese Unie* geeft een droevig beeld van wat ons te wachten staat niet alleen bij en door aanvallen van terroristen maar ook als gevolg van bestrijding van dat terrorisme naar Amerikaanse trant. Een wat lang uitgevallen citaat met vele soms typische zinswendingen tussen haken: “Gelet op de politieke doelstellingen van het (islamitisch) terrorisme, namelijk de totale ‘bevrijding’ van vooral het Midden–Oosten, hangen de aard, omvang en ontwikkeling van zijn gevaar voor de (lidstaten van de) Europese Unie echter natuurlijk niet alleen af van het overigens nogal politieel en justitieel getinte anti-terrorismebeleid dat in het ‘binnenland’ wordt gevoerd maar – zoals in het geval van de Verenigde Staten – ook van haar/hun buitenlands beleid. In dit verband zijn de problemen om een adequaat beleid te voeren ter bezwering van dat gevaar evenwel bepaald niet geringer dan in het ‘binnenland’. Aan de ene kant niet omdat de Europese Unie zelf niet bij machte is om eendrachtig een

doorslaggevende rol te (kunnen) spelen bij de beslechting van de grote conflicten in het Midden-Oosten en Azië, in het bijzonder de oorlog tussen Israël en de Palestijnen; zij is wat dit betreft goeddeels afhankelijk van de positie die Amerika kiest. Aan de andere kant omdat de VS en EU hogelijk verdeeld zijn over het beleid dat moet worden gevoerd ten aanzien van met name het regiem in Irak en men dus ernstig rekening moet houden met de mogelijkheid dat Amerika hier op een gegeven moment desnoods alleen (...) militair zal moeten interveniëren.”

– 3 –

Het langste artikel in Justitiële Verkenningen is – in vertaling uit het engels – een beschouwing: *Aan de rand van de afgrond. De toekomst van misdaadbestrijding en publieke veiligheid* geschreven door Hughes, Mclaughlin en Muncie, alle drie hoofddocenten criminologie aan de Open Universiteit te Milton Keynes. Het is ook veruit het moeilijkst te begrijpen en, de titel geeft het al aan, het somberst: “Deze trends zullen tevens leiden tot nieuwe categorieën van misdadigers. Kleine criminelen en nieuwe sociale groepen zullen meer macht krijgen om misdaad en wanorde te creëren op een schaal die tot dan toe was voorbehouden aan georganiseerde, of beroeps-criminelen. Een technisch onderlegde generatie zal de capaciteiten hebben om virtuele criminele activiteiten te ontplooiën over de ‘cybergrenzen’ heen. Ondertussen zullen gefrustreerde leden van de ‘onderklasse’ die niet over de nieuwe technologie beschikken, zich waarschijnlijk gaan bezighouden met nihilistisch geweld en wanorde.”

We hebben hier niet meer te maken met de criminologen maar met futurologen, een volksstam waar ik wat wantrouwend tegenover sta. Zij bieden ons twee scenario's. Het eerste is te verschrikkelijk om de lezer van dit boek in extenso voor te houden. Ik verwijs naar het hiervoor opgenomen citaat. Het heet minder toepasselijk, lijkt mij, Brightlands. Gelukkig is het tweede scenario heel wat vrolijker, maar vooral erg veilig: “Criminelen lopen veel risico bij hun activiteiten en hun beloning is over het algemeen klein. Het geïntegreerde karakter van de antimisdadtechnologie betekent dat misdadigers maar een kleine kans hebben om niet gepakt te worden. Zodoende kunnen ze weinig voordeel halen uit hun criminele activiteiten.”

Mijn voorstel is als we toch mogen kiezen – en daar dienen uiteenlopende scenario's toch voor – met dat laatste scenario de zee in te gaan. Vooral de gedachte dat misdaad nu, als vroeger, niet loont, een gedachte die nu alleen maar door een waanzinnige kan worden gekoesterd, verleidt mij tot die keuze.

– 4 –

Toch wel een verademing is het, na zo lang aan de rand van de afgrond te hebben gebivakkeerd, terecht te komen bij het glasheldere artikel van P. Schnabel, directeur van het Sociaal en Cultureel Planbureau te Den Haag. Het is zo'n artikel, en daarvan zijn er niet zo heel veel, waarvan je denkt als je de bladzijde omslaat en ziet dat je bij het einde gekomen bent: jammer, hierover had ik van deze auteur graag nog wat meer vernomen. De titel: *Vervelende Feiten* maakt wel duidelijk dat we niet te maken krijgen met rozengeur en maneschijn. Kortom: het gaat vooral over het ontstellend groot aantal allochtonen binnen de criminele wereld, een aanmerkelijk groter aantal nog dan de officiële gegevens aangeven, onder meer omdat vele allochtonen van de tweede en derde generatie inmiddels de Nederlandse nationaliteit hebben en daardoor niet meer als allochtoon meetellen. Daarbij blijft overigens opmerkelijk dat de allochtonen die het in Nederland gemaakt hebben, voor het grootste deel buiten die criminaliteit vallen. Heel lang heeft, naar ik zelf weet, de toestand bestaan dat in dit land ongeveer 3000 personen strafrechtelijk van hun vrijheid waren beroofd. Nu, zo leer ik uit het artikel van Schnabel, kunnen wij met 16.000 cellen niet aan de bestaande behoefte voldoen. Schnabel: "Wie naar de bezetting van al die cellen kijkt, kan niet anders dan constateren dat zonder de allochtone veroordeelden, de uitbreiding van het cellenbestand zich tot minder dan de helft zou hebben kunnen beperken". De rekenaars onder mijn lezers kunnen nu aan het werk.

Tot slot nog een citaat om duidelijk te maken dat eenvoud van uitdruktingswijze niet per se betekent dat het uitgedrukte zelf ook van eenvoudige aard moet zijn: "In Nederland is men eraan gewend dat crimineel gedrag van jonge mannen meestal van zelf minder wordt als ze vaste verkering krijgen en een eigen gezin gaan stichten. Het is allerminst zeker dat dit voor allochtone jongens ook opgaat. Zeker jonge Antillianen kijken anders aan tegen

een partner en een gezin dan in Nederland zelfs in de meest criminele milieus gebruikelijk is. Bij moslims is de sociale scheiding tussen mannen en vrouwen zo groot, dat het in principe niet moeilijk is zowel een oppassende echtgenoot als een succesvolle boef te zijn”.

33 Tweemaal over de rechten van de mens te Straatsburg

Potentiële doodslag

Artikel 2 van het Verdrag van Rome tot bescherming van de mensenrechten luidt in zijn aanvang: "Every one's life shall be protected by law". Ook als geweld zonder dodelijke afloop wordt gepleegd, maar waarbij het eigenlijk alleen door geluk niet tot de dood van een slachtoffer leidt (potentiële doodslag) kan artikel 2 van toepassing zijn.

In dit geval probeerde de Griekse politie zekere Makaratzis te arresteren *nadat hij door rood licht was gereden*. Maar de man stopte niet en verhoogde zijn snelheid. De politie achter hem aan. M rijdt onder meer door vijf wegversperringen van de politie heen. Daarop beginnen de agenten op de auto te schieten en ze gaan daarmee door als M, bij een benzinstation stopt. Dan dringt een van de agenten tot de auto door en arresteert M. Er worden 29 agenten geïdentificeerd die aan de beschieting hebben deelgenomen. Een aantal andere agenten heeft op eigen initiatief deelgenomen aan de schietpartij en zich vervolgens uit de voeten gemaakt. De auto van M telt 16 kogelinslagen. Hij is wel gewond maar niet levensgevaarlijk. Zeven agenten moeten voor de strafrechter komen maar ze worden vrijgesproken omdat niet zeker is dat zij de schoten hebben gelost.

Het gebruik van vuurwapens werd toen het incident zich voordeed geregeld door een wet van 1943 die, kort gezegd, niet deugde omdat agenten bijna aan geen regels waren onderworpen inzake gebruik van vuurwapens. De Grote Kamer van het Hof legde er bij haar beslissing de nadruk op dat de schietpartij onder de vigeur van de wet van 1943 ontaarde in een chaotische situatie doordat de agenten geheel op zichzelf waren aangewezen. Het

onderzoek naar de gang van zaken door Griekse autoriteiten ingesteld vertoonde duidelijke gebreken vooral wat betreft de (niet-) identificatie van de weggelopen agenten als gevolg waarvan andere agenten waren vrijgesproken

Schending van artikel 2 EVRM werd aangenomen en aan de klager werd voor immateriële schade € 15.000,- toegewezen, waarmee twee van de zeventien rechters het niet eens waren.

Detentie en het belang van de volksgezondheid

En dan de zaak van 25 januari 2005 van het Hof te Straatsburg waarover te lezen valt in het *Nederlands Juristenblad* van 1 april 2005, nr. 186, pagina 691-692.

De redacteuren van de arresten van het hof vertellen ons dat dit de eerste zaak is die gaat over vrijheidsontneming ter bescherming van de volksgezondheid

Het betreft een persoon besmet met het HIV-virus die dat virus heeft overgedragen aan een ander persoon. De Zweedse rechter achtte dwangisolatie van de klager, die zich niet zou hebben gehouden aan maatregelen om verspreiding van het virus te voorkomen, voor drie maanden noodzakelijk. Die uitspraak dateert van begin 1995 en na afloop van de termijn wordt de isolatie telkens verlengd tot december 2001. Omdat de klager vier keer ontsnapt, is de tijd van zijn werkelijke onvrijheid 'maar' anderhalf jaar.

De vraag, die het hof zich stelt te weten of de langdurige detentie van de klager om deze reden (voorkomen van verspreiding van het virus) als ultimum remedium kan worden aanvaard, wordt vooraf gegaan door de vaststelling dat de detentie van klager een wettelijke basis heeft in het Zweedse recht, dit omdat de ziekte van de klager een daadwerkelijk gevaar oplevert voor de volksgezondheid en veiligheid. Maar die andere vraag brengt het hof tot de beslissing, dat aan de eis dat er sprake is van ultimum remedium *niet* is voldaan, onder meer omdat de autoriteiten in de periode 1995 tot 2001 minder ingrijpende maatregelen niet eens hebben overwogen en wel was het aan de klager verboden seksuele contacten aan te gaan zonder zijn partner in te lichten over zijn HIV besmetting maar niet was gebleken dat hij zich daaraan in die periode van zeven jaar niet had gehouden.

Het hof nam unaniem aan dat artikel 5 lid 1 onder e van het EVRM was geschonden en kende de klager € 12.000,- toe wegens immateriële schade en ook nog een bedrag voor de kosten van rechtsbijstand.

34 Matiging van straf en van schadevergoeding

– 1 –

Zoals ook advocaten, geverseerd in het civiele proces, wel zullen weten eist artikel 6 van het EVRM dat een proces binnen redelijke tijd, 'within a reasonable time' tot stand komt. In het strafproces begint die termijn te lopen niet vanaf de dag waarop de dagvaarding wordt uitgebracht maar vanaf de dag dat de betrokkene in redelijkheid kan vermoeden dat tegen hem een strafproces ahangig zal worden gemaakt door het Openbaar Ministerie. In feite betekent dat laatste dat ook de politie, is iemand eenmaal verdachte, niet mag gaan treuzelen.

Het probleem was aanvankelijk dat in elk geval onze rechterlijke macht meende dat de sanctie op overschrijding van de redelijke termijn van radicale aard moest zijn: niet ontvankelijkheid van het OM. 'Grands remèdes' als niet ontvankelijkheid, ik heb het ooit een paardenmiddel genoemd, passen alleen bij 'grands maux'. Het te verwachten gevolg was dat de overschrijding van de redelijke termijn wel de spuigaten uit moest lopen wilde de nationale rechter tot niet – ontvankelijkheid besluiten,. Daarbij kwam dat het Europese Hof te Straatsburg al heel spoedig besliste dat een beroep op overmacht van de zijde van justitie en rechtspraak in de vorm van overbelasting van het apparaat niet met succes kon worden gedaan: de bevoegde instanties dienden er maar voor te zorgen dat hun apparaat niet overbelast werd.

Zien we naar de ontstaansdatum van het Verdrag van Rome tot bescherming van de rechten van de mens en de *fundamentele* vrijheden, zijnde 1950 en naar het oogmerk van het Verdrag: bescherming van fundamentele vrijheden, dan wordt duidelijk dat de eis dat binnen redelijke tijd recht moet worden gedaan, is ontstaan vanuit situaties in oorlogstijd, waarbij mensen zonder

vorm van proces soms jarenlang werden gedetineerd. En niet vanuit situaties waarin men zich kon afvragen of alles niet drie weken of drie maanden eerder had kunnen worden afgedaan. Maar het recht en zeker de daarop gebaseerde rechtspraak kunnen niet zonder grensgevallen, die naar de ene of de andere kant uitvallen. Zo kwamen er zaken aan de orde die wel net iets te lang geduurd hadden, die net niet binnen de vereiste redelijke termijn hun beslag hadden gekregen, maar waarin het wegens de ernst van het feit moreel ondoenlijk was het OM niet ontvankelijk te verklaren en de verdachte die de moord of de verkrachting bekend had, daarom vrij uit te laten gaan. Dat gebeurde dan ook niet, waarbij ik bijvoorbeeld denk aan die zeekapitein die een zwarte verstekeling, waarvan hij wist dat hij niet kon zwemmen, over boord liet gooien in volle zee. Het proces tegen hem duurde om allerlei redenen, waaronder ziekte en dood van de voorzitter van een gerecht, zo lang dat in een minder bizarre, minder zware zaak ongetwijfeld de niet-ontvankelijkheid van het OM zou zijn uitgesproken. Dat gebeurde hier niet en de zaak is uiteindelijk terechtgekomen in Straatsburg met een even bizar einde.

Het verlossende antwoord op de netelige vraag: wat te doen met deze eis van artikel 6 EVRM, werd pas betrekkelijk laat gegeven. Het luidde: er zijn nog andere sancties denkbaar, met name die van verlaging van de straf die zou zijn opgelegd als er geen overschrijding had plaats gevonden. En zie: sindsdien wemelt het van de beslissingen die inhouden dat de redelijke termijn is overschreden en dat daarom strafverlaging zal worden toegepast, die soms neerkomt op, ik noem maar wat, een maand verlaging van een straf van 10 jaren. Wie het kleine niet eert... En het kan nòg verder gaan: soms zijn de overschrijdingen zo gering dat de verdachte tevreden moet zijn met de vaststelling *dat* de redelijke termijn is overschreden. Dat is een 'sanctie' die lijkt op die welke het Hof te Straatsburg nogal eens toepast als schadevergoeding wordt gevraagd wegens de misslag van een nationale rechter. Die sanctie komt erop neer dat de klager zo blij moet zijn, zoveel genoegdoening moet ontlenen aan het feit, dat hij in het gelijk gesteld wordt door het hof, dat daarmee aan zijn recht op schadevergoeding genoegzaam is tegemoet gekomen.

Waarom bracht ik aan het begin van deze beschouwing de advocaat in civiele zaken ter sprake?

Alvorens het antwoord te geven eerst nog dit: in strafzaken wordt soms het beroep op overschrijding van de redelijke termijn afgewezen omdat de verdachte aan de opgetreden vertraging zelf schuld heeft, de vertraging of een deel daarvan zelf heeft veroorzaakt. In veruit de meeste gevallen is het grootste deel van de onredelijke vertraging in het strafprocesrecht echter te stellen op conto van politie, Openbaar Ministerie of rechters, die aan de zaak niet tijdig toekomen. Zo heel veel mogelijkheden om zijn zaak te vertragen heeft een verdachte niet.

En nu het antwoord op de vraag die ik mijzelf hiervoor stelde: artikel 6 van het EVRM, voor zover hier van belang, luidt in één van de twee authentieke talen:

“In the determination of his civil rights and of obligations or of any criminal charge against him, everyone is entitled to a fair and public hearing within a reasonable time (...)”.

Ook vertraging in de civiele procedure valt daarom onder artikel 6 en die vertraging wordt zelfs voorop gesteld. Toch bestaat er in het civiele proces weinig rechtspraak over procesvoering die aan onredelijke vertraging lijdt. En dat terwijl de ‘delay’ in civiele zaken van oudsher een veel groter probleem is dan in het strafrecht. Dat laatste was in vroeger tijden eerder ‘unfair’ wegens te snelle afhandeling van proces en straf dan wegens vertraging. De verdachten die wegens moord (of diefstal van schapen) ter dood werden veroordeeld, konden meestal hun straf, anders dan nu in de VS het geval is, binnen een paar dagen na de uitspraak verwachten.

Ik zie twee redenen waarom de eis die ons bezighoudt, in het civiele proces weinig betekenis heeft, hoewel er, objectief gezien, alle reden is om die eis daar op harde wijze toe te passen. De eerste is dat zo moeilijk valt aan te wijzen wie de schuld of de (schuldloze) oorzaak van de vertraging is. Nogal eens zal men in redelijkheid kunnen volhouden dat die òn aan beide partijen òn aan de rechters is toe te schrijven. Als ik zeg: beide partijen denk ik daarbij aan de advocaten van die partijen. Van de partijen zelf

heeft er meestal een alle belang bij een snelle beslissing, namelijk degene die door het proces iets gedaan wil krijgen: betaling van een geldsom, ontruiming van het gehuurde, opening van boeken of zaken, te geven verboden of geboden aan de tegenpartij enz. Maar de advocaat van die spoed verlangende partij zal, misschien op dezelfde dag, ook een proces voeren waarin hij tegenover dezelfde advocaat in omgekeerde positie staat. Alleen wanneer de rechter eindeloos lang op vonnis of arrest laat wachten, of wanneer hij het aangevraagde pleidooi vaststelt op twee jaren na de aanvraag (ik heb zulke gevallen meegemaakt) kan men zeggen dat de overschrijding van de redelijke termijn door de overheid is veroorzaakt, welke daarvan dan ook de gevolgen moet dragen. Maar dan zijn we meteen beland bij de tweede reden waarom 'delay' als overtreding van artikel 6 EVRM in het civiele proces amper of niet werkt: welke moet de sanctie zijn op overschrijding van de redelijke termijn? Zou de rechter, belichaamd in de staat, aan beide partijen een schadevergoeding moeten betalen? Moeilijk denkbaar. Zou de rechter moeten worden berispt of beboet? Wat hebben partijen daaraan? En hoe redelijk is het?

Neem bijvoorbeeld de zaak betreffende de Wet herstructurering Varkenshouderij, waarin de Hoge Raad op 16 november 2001 uitspraak deed (*NJ* 2002, 469): 128 kolommen in de Nederlandse Jurisprudentie, die nog van kleine, dicht naar elkaar toegeschoven lettertjes houdt. Er wordt regelmatig gezegd dat de rechtenstudie zo eenvoudig, zo gemakkelijk is. Dat kan waar zijn, maar dan zullen de op den duur aan hun gemak gewend zijnde 'afgestudeerde' jonge juristen al gauw merken dat de praktijk van het recht, in het bijzonder ook van de rechtspraak, voor allen die erbij betrokken zijn, verdomd moeilijk kan zijn. Dat arrest en wat er aan vooraf is gegaan is een toetssteen. De jeugdige jurist die na vijf uren erop gestudeerd te hebben precies kan uiteenzetten wat de inhoud en wat de kern van de zaak is, hoeft geen proefschrift meer te schrijven.

Terug naar de kern van mijn (nogal eenvoudige) zaak: in het civiele procesrecht haalt de hier bedoelde eis van artikel 6 EVRM maar weinig uit.

En daarom is HR 13 september 2002 *NJ* 2002, 496 alsook de conclusie van advocaat-generaal Bakels interessant. Het is een

arbeidszaak en daarin gaat het, ruw gezegd, over de vraag of de werknemer recht heeft op doorbetaling van zijn loon gedurende de tijd dat hem door zijn werkgever geen arbeid is verschaft (hoewel die werkgever dat rechtens had moeten doen) De kantonrechter had de werknemer in het ongelijk gesteld maar de rechtbank vernietigde dat vonnis en wees het gevorderde alsnog toe met dien verstande echter dat zij matiging van het bedrag aan loon toepaste, daartoe overwegende:

“In dit kader heeft de rechtbank rekening gehouden met het feit, dat, hoewel in april 1995 de loonbetalingen door Heineken aan Da Silva reeds zijn gestaakt, Da Silva Heineken eerst bij exploit van 27 oktober 1995 heeft gedagvaard en geen voorlopige voorziening heeft gevraagd. Tevens heeft de rechtbank in de lange tijdsduur tussen die inleidende dagvaarding d.d. 27 oktober 1995 en deze uitspraak reden voor matiging gezien.”

De matiging van de schadevergoeding op deze drie gronden, waarvan er één voor mijn beschouwing niet van direct belang is, heeft te maken met ‘delay’ ten eerste voor wat betreft de termijn tussen het stopzetten van betaling door de werkgever en het aanvechten daarvan bij dagvaarding door de werknemer en ten tweede voor wat aangaat de duur van het proces in eerste aanleg: vanaf 27 oktober 1995 tot 7 januari 1998 (dag van de uitspraak).

Artikel 6 EVRM wordt hier niet te hulp geroepen en dat is typisch voor de verhouding van het civiele proces tot de eis van artikel 6 EVRM. Wel is er sprake van een vergelijkbaar gevolg van de hier opgetreden vertragingen als in het strafproces, daar matiging van de straf, hier matiging van de schadevergoeding.

Maar de eerste moeilijkheid waarover ik hiervoor verslag deed, komt nu duidelijk terug met name ten aanzien van de door de rechtbank voor de matiging opgegeven reden van de duur van het bij haar gevoerde proces. Waarom zou die duur aan de werknemer moeten worden toegeschreven? De rechtbank schrijft overigens de schuld niet aan wie dan ook toe, maar meent dat het objectieve feit van de duur, samen met de andere argumenten, die matiging rechtvaardigt. De advocaat-generaal bij de Hoge Raad en de Hoge Raad zijn het daarmee niet eens. HR:

“Gegeven enerzijds de voor de werknemer op het spel staande belangen en anderzijds de mate waarin de wederzijdse raadslieden en de rechter invloed kunnen uitoefenen op de duur van het geding, zijn noch die duur, noch de mate waarin deze is toe te rekenen aan de werknemer, in beginsel omstandigheden die matiging als hier bedoeld kunnen rechtvaardigen. Onder uitzonderlijke omstandigheden kan zulks anders zijn, met name indien de feiten geen andere conclusie toelaten dan dat de werknemer de procedure welbewust heeft trachten te rekken en daarmee succes heeft gehad.”

Hoewel de rechtbank, als ik het goed zie, eventuele ‘schuld’ van de werknemer aan de lange duur van het proces, niet eens in haar beslissing heeft betrokken, geeft de Hoge Raad hier aan, dat alleen, wat in het strafrecht grove aan opzet grenzende schuld zou heten aan de kant van de vertrager, tot matiging van de hem toekomende schade zou mogen leiden. Daarmee wordt de betekenis van undue delay in artikel 6 van het EVRM voor civiele zaken nog kleiner.

Dat de wel aan de werknemer toe te schrijven duur van de termijn tussen staking van betaling en het daartegen in rechte optreden van de werknemer, geen reden was voor matiging, lag alleen al aan het feit dat die termijn niet onredelijk lang was. En dat de werknemer nagelaten had een voorlopige voorziening te vragen was ook al geen goede reden, omdat het vragen of niet vragen daarvan ter vrije beslissing van een werknemer staat.

Ik heb deze uitspraak in een andere sleutel gezet dan die welke de rechters hanteerden om duidelijk te maken dat het er met het recht op beslissing binnen redelijke termijn van de ‘determination of civil rights and obligations’ niet goed voorstaat. Daarvoor zijn andere vérstreckende maatregelen nodig.

– 4 –

In het arrest komt ook nog een andere, veld winnende kwestie naar voren, zij het op negatieve wijze.

Als de rechter in een civiele zaak een beslissing neemt op gronden die niet aangevoerd zijn door de strijdende partijen, is er sprake van een verrassing voor beide partijen, waarbij die verrassing meestal voor de ene partij verheugend voor de andere

bedroevend is. Als voorbeeld noem ik dat het vorderingsrecht ten aanzien van de ingestelde eis is vervallen door een in de wet neergelegde, korte vervaltermijn, die door eiser en gedaagde over het hoofd is gezien en waarvan ik voor de goede orde aanneem dat de rechter haar ambtshalve moet toepassen, wat bij verjaring meestal niet het geval is. Het is vanzelfsprekend mogelijk dat de rechter zich bij het toepassen van die regel vergist en dan zal hoger beroep of beroep in cassatie uitkomst kunnen brengen. Maar zover zou het niet hoeven te komen als partijen het hunne over deze kwestie in het proces naar voren hadden kunnen brengen. Daarom is de regel tot stand gekomen dat de rechter alvorens een vonnis, waarin een verrassing de zaak zou kunnen beslissen, uit te spreken in een tussenvonnis partijen in de gelegenheid moet stellen daarover te debatteren.

In dit geval had de rechtbank matiging van het verschuldigde loonbedrag vastgesteld zonder dat een van de partijen dat thema had opgevoerd. De bevoegdheid van de rechter tot deze matiging kan hij ook ambtshalve uitoefenen. Op zich genomen zou het gebruik maken van die bevoegdheid zonder dat partijen er over gedebatteerd hadden in het proces, nog wel als verrassend en dus aanleiding gevend tot een tussenvonnis kunnen worden beschouwd. Want het blijft toch een 'overval' op partijen. Maar beslissend is, zoals de Hoge Raad stelt, dat een werknemer in een geval als het onderhavige "van het begin af rekening zal hebben te houden met de mogelijkheid dat de rechter ambtshalve gebruik zal maken van zijn, inmiddels sedert 1 januari 1999 in artikel 7:680a BW vastgelegde, bevoegdheid tot matiging".

35 Vergelijkenderwijs

– 1 –

Rechtsgeschiedenis is een van de disciplines binnen het recht die dit laatste nog een beetje een tint van wetenschap zou kunnen verlenen. Wellicht daarom is in deze onwetenschappelijke tijd, die alleen let op onmiddellijk nut rechtsgeschiedenis de hoek ingedreven waar de afdankertjes uit het curriculum verkommeren. Je kunt er niks mee in het bedrijfsleven en het houdt zich bezig met het ergste wat een jurist kan tegenkomen: recht dat niet meer geldt. Toepassen van afgeschafte recht in de rechtspraak is een spreekwoordelijke blunder, die minstens vijf jaar carrièreverlies oplevert. Zelfs uitblinkers in het ondernemingsrecht kunnen dat ondervinden. Recht van vroeger vergelijken met recht van nu is een soort luxe, die aan aristocraten van de geest is voorbehouden. Toch zijn die vergelijkingen meer dan leerzaam. Ik waag het er dus maar een keer op.

– 2 –

Het *Landrecht van Drenthe*. Schrik niet: uit 1614. De tekst (96 bladzijden) die voor mij ligt stamt uit 1979 en de uitgave is van Krips Repro Meppel. Meppel ligt in Drenthe. Het Landrecht bestaat uit vier boeken, die een volledige codificatie opleveren van het recht in al zijn vertakkingen. Of er lang over gedaan is om het tot stand te brengen, weet ik niet. Maar in elk geval is het beknopt: het eerste boek, (18 artikelen) behandelt het staats- en administratief recht; het tweede boek (40 artikelen) bevat het burgerlijk procesrecht; het derde boek (54 artikelen) het burgerlijk recht en het vierde boek (58 artikelen) het strafrecht. Strafprocesrecht is bijna geheel afwezig. Opmerkelijk is ook dat meer artikelen zijn gewijd aan strafrecht dan aan burgerlijk recht.

In het burgerlijk procesrecht valt artikel 39 op omdat het bepaalt dat uitheemse personen (en daaronder valt iedereen die niet in Drenthe woont) dubbel griffiegeld moeten betalen. Dat doet in de verte denken aan de *cautio judicatum solvi* van artikel 152 Rv oud, krachtens welke bepaling, iets te kort gezegd, iedere vreemdeling die in Nederland als eiser optrad vooraf zekerheid moest stellen voor de proceskosten als zijn (Nederlandse) wederpartij dat wenste. Het artikel had de geur (anderen zouden zeggen) de stank van discriminatie en vreemdelingenhaat. Bijna alle rechtsvorderlijke verdragen waarbij Nederland partij is, stelde het artikel dan ook buiten werking en het leek alsof het niet lang meer zou standhouden. Er is namelijk een typische manier van afschaffen van wetten, die ook aan te treffen is bij de oude regel, inhoudend dat tussen overeenkomst en levering van een voorwerp het risico van vergaan en beschadiging van dat voorwerp op de koper rust. Op de regel komen in de loop der tijd zoveel jurisprudentiële uitzonderingen dat de regel uitzondering wordt. Toch heeft de *cautio* in het nieuwe procesrecht zich staande gehouden: zij is nu te vinden in artikel 224 Rv, is daar met meer waarborgen tegen misbruik omgeven maar heeft anderzijds ook uitbreiding gekregen, die er, vreemd genoeg, het geurtje van discriminatie van vreemdelingen aan ontnemt. De *cautio* geldt bijvoorbeeld niet als zij de effectieve toegang tot het recht verhindert. Daarbij denk ik aan onbemiddelde buitenlandse vakantiegangers die bij een verkeersongeval in Nederland belangrijke letselschade oplopen, waarover in Nederland geprocedeerd moet worden. Als noch een rechtsvorderingverdrag noch het EEG-Executieverdrag uitkomst biedt, zal deze bepaling ertoe kunnen strekken dat zij geen grote sommen aan zekerheid vooraf moeten vrijmaken. De werkingsomvang is echter uitgebreid én ingekort doordat het hatelijk begrip vreemdeling is vervangen door de omschrijving: wie in Nederland geen vaste woon- of verblijfplaats heeft. Zo kunnen in Nederland wonende vreemdelingen niet meer met deze problematiek lastig worden gevallen maar, in beginsel, wel Nederlanders die even over de grens in Duitsland of België zijn gaan wonen.

In het eerste boek verdient artikel 17 aandacht. Daarin is een verbod gericht tot advocaten om 'seeckere portie van de saeke te genieten', modern gezegd: om het no cure no pay stelsel te hantieren. Ik heb dat stelsel mijn beroeps leven lang onder strikte voorwaarden verdedigd als billijke oplossing vooral voor hen voor wie anders de toegang tot de rechter onmogelijk of zeer moeilijk wordt gemaakt. De Orde van Advocaten heeft zich tot voor kort altijd met klem tegen invoering verzet maar is, heel kort geleden, tot mijn verbazing en vreugde voor wat betreft procedures in letselschade gevallen overstag gegaan. Inderdaad is in deze procedures inzake, vaak zwaar, lichamelijk letsel de mogelijkheid (niet de noodzaak) om dit stelsel te volgen, het meest urgent.

Wat mochten advocaten in 1614 wel als het op betalen van hun diensten aankwam? Het antwoord: zij "sullen mogen nemen een behoirlick salaris, te weten eenen rixdal van elcken voerganck voer den Etstoel". En die rijksdaalder doet dan weer denken aan het beruchte wettelijk vastgestelde advocatentarief, dat, in schijn, zo lang heeft stand gehouden: negentig cents voor een brief en als de brief extra lang is, een gulden en tachtig cents. Ik heb er als advocaat nog mee moeten werken.

Ook artikel 18 van het eerste boek is het vermelden waard: het richt zich tegen de advocaat die 'gecorrumpceert' of 'omgekocht' is. Zulk een onwaardig dienaar van het nobile officium wordt 'eerloes verclaert' moet een boete betalen en zijn cliënt schadeloos stellen. Maar al die maatregelen gelden slechts als hij door zijn wederpartij omgekocht is en als hij zijn eigen cliënt daardoor te kort doet. Wat was rechtens als de advocaat ten behoeve van zijn cliënt een getuige of deskundige omkocht?

Het strafrecht van het vierde boek is, zoals te verwachten viel, niet mals al hield de Drentse overheid kennelijk niet van langdurige en daarom dure gevangenisstraffen. Of de kop eraf of geldboete, zo is het meestal. Tenslotte zou het nog meer dan tweehonderd en vijftig jaren duren voor in Nederland de doodstraf werd afgeschaft (en dan nog niet in het militaire recht) en Beccaria's *Dei deliti et delle pene* zou pas in 1764 het licht zien. Van wie bewezen

wordt dat hij diefstal heeft gepleegd, is 'sijn lijff' verbeurd, verkondigt artikel 26 maar het voegt daar wijselijk aan toe 'nochtans tot discretie des rechtes', waarbij dan echter weer willekeur op de loer ligt. Tovernaars, zo bepaalt artikel 50 harteloos 'sal men barnen tot pulver' wat ik niet helemaal versta maar het moet iets verschrikkelijks zijn. Artikel 53 verbiedt bigamie en als dat tot verboden seksuele omgang leidt, zal men de schuldige 'metten sweerden sijn hoeft' afslaan. Overspel van de man kost hem veertig goudstukken; maakt de vrouw zich daaraan schuldig dan wordt de boete verdubbeld. Discriminatie van de vrouw of juist lof voor haar huwelijkstrouw? Ik herinner mij dat mijn toch op Frankrijk georiënteerde hoogleraar burgerlijk recht: Petit, zijn studenten er altijd met veel nadruk op wees dat de regel: een tijdens huwelijk geboren kind heeft de man tot vader, uitvloeiing was van het vaststaande feit dat de gehuwde vrouw haar man trouw was. Onderzoekingen van de laatste tijd hebben uitgewezen dat minstens een op de tien kinderen die binnen huwelijk geboren zijn niet de man tot vader hebben Bloedschande kan, wonderlijk genoeg, ook met een geldboete worden afgedaan maar wie het met een dier doet wordt gruwelijk gestraft: hij wordt met het dier tot pulver verbrandt en niet veel beters staat hem te wachten die de 'stomme sonde begaet', ook wel aangeduid als de 'peccatum Sodomiticum'.

– 5 –

Dit vierde boek bevat, als gezegd, de meeste artikelen, maar het is, vergeleken met al die strafrechtelijke bepalingen uit ons Wetboek van Strafrecht en uit vele, vele andere wetten, waaronder de Opiumwet een illustere plaats inneemt naast het zo anders georiënteerde verkeersrecht, uitzonderlijk kort en bondig. Men zou gaan denken dat het strafrecht als laatste geneesmiddel – als ultimum remedium – toen meer dan nu tot zijn recht kwam. Het huidige Wetboek van Strafrecht zet parmantig in: niemand kan worden gestraft zonder voorafgaande wettelijke strafbepaling. Maar zowat alles wat maar denkbaar is, is nu strafbaar, zodat die regel alleen maar in uitzonderlijke gevallen dienst kan doen. En dan, zo leert ons de geschiedenis van de bezetting in de Tweede Wereldoorlog, doet zij geen dienst. Het Landrecht van Drenthe is op dit punt drastisch, en kinderlijk eerlijk, al lijkt het weinig

geruststellend voor wie op een originele manier kwaad wil. Artikel 57:

“Van alle andere misdaden in dit boeck niet beschreven, sal straffe genoemen worden nae gelegentheit derselver ende den besten rechten”

Zo kan ik het ook, zal menig moderne rechtsgeleerde denken en daarbij zoiets mompelen als: waar blijft dan de *lex certa*. Maar als hij eerlijk is moet hij zich om de waarde van zo'n bepaling vast te leggen, verplaatsen naar het jaar 1614 – midden in het Twaalfjarig Bestand van de Tachtigjarige Oorlog – en dat is beslist niet eenvoudig.

36 Aansprakelijkheid (I)

– 1 –

Wie een paar afleveringen van de *Knipselkrant* van het ministerie van Justitie doorneemt, moet wel tot de conclusie komen dat het recht bestaat uit straf(proces) recht en nog wat. En van dat ‘nog wat’ heeft het grootste deel te maken met het lot van asielzoekers en andere vreemdelingen.

Een willekeurig voorbeeld: de knipselkrant van 21 augustus 2001: 32 pagina’s waarvan alleen pagina 26: *Informatieconsument moet stem laten horen* en de pagina’s 28 en 29 niet over strafrecht of asielzoekers gaan. Waarover dan wel? Het zijn twee thema’s met ‘nieuws waarde’: de vraag of een ambtenaar van de burgerlijke stand verplicht is homoparen in het huwelijk te verbinden en de vondst dat het proces van echtscheiding nu maar een dag hoeft te duren. Je kunt je huwelijk in de ochtend van dag A bij de notaris laten omzetten in een partnerschap en in de middag van die dag het partnerschap laten ontbinden.

Het is wel ver gekomen met ons als je het vanuit historisch standpunt beschouwt. Mr. Yvonne Greuter-Vreeburg heeft voor ons bijeengebracht de *Deliberatiën van den Raad van State over het Burgerlijk Wetboek (1816)*. Een van de vragen was toen of men de juridische meerderjarigheid moest laten ingaan op 23- of op 25-jarige leeftijd. Holvoet die voor 25 jaar stemde voerde daartoe aan: “Onze jonge lieden mogen dan op 23 jaren reeds bekwaam zijn en verder gevorderd dan zij bevorens op die leeftijd waren, zeker is dat zij althans bij ons, niet zedelijker zijn dan voorheen en slechts hun goed verspillen”. Het werd toch 23 jaar en dat bleef zo tot 1901 (art. 385 oud BW). Onze jonge lieden zijn intussen een heel stuk zedelijker en minder spilziek geworden als inderdaad die eigenschappen afhangen van het bereiken van de meerderjarigheid. Een andere vraag was of echtscheiding ‘überhaupt’ wettelijk

moest worden toegestaan. "Ik ben" aldus Van Maanen "in abstracto geen voorstander van echtscheiding en gelove dat zij hoogst zeldzaam behoort te zijn". De mogelijkheid van echtscheiding werd in het Ontwerp toch opgenomen doordat een kleine meerderheid er voor stemde. Maar 'zelfs niet met toestemming van de beide partijen' mocht echtscheiding worden uitgesproken anders dan op het bewijs van de in de wet opgenomen gronden. Daar heeft de Hoge Raad in 1919 als ik het wel heb, iets op gevonden. Aan Koning Willem I werd het oordeel van de meerderheid voorgesteld en hij kon zich daarmee verenigen maar vroeg vervolgens of het niet goed was de schuldige aan de scheiding te verbieden om te hertrouwen. Dat werd door de vergadering aangenomen waarna de vraag aan de orde werd gesteld of die schuldige dan misschien na de dood van de onschuldige ex - echtgenote in het huwelijk zou mogen treden. Hier staakten de stemmen: negen tegen negen waarna de koning werd verzocht de beslissende stem uit te brengen. En in noot 154 leest men dan: "De Koning is van oordeel dat de schuldige nooit mag hertrouwen, zelfs niet na de dood van de voormalige echtgenoot." Dat het maatschappelijk heel moeilijk is uit te maken wie schuldig is bij echtscheidingen, kon juristen weinig deren. Schuldig was tegen wie een der gronden voor echtscheiding werd vastgesteld. Heel lang nog heeft *deze* schuldige het recht op alimentatie verspeeld.

Ja, de tijden veranderen en wij met hen. Toch vind ik scheiden in één dag niet zo vreemd als ik bedenk dat het aangaan van een huwelijk, wat toch nog wat meer gevolgen met zich meebrengt dan een scheiding, ook in één dag, ja in één uur, zijn beslag kan krijgen.

- 2 -

Ja, en ook voor strafzaken is, zoals uit de verzameling van de knipselkrant blijkt, de directe nieuwswaarde beslissend. Dat heeft natuurlijk ten gevolge dat veel van die berichten de tand des tijds niet kunnen doorstaan, maar herroepingen wegens, soms veel later gebleken onjuistheid van berichten, vindt maar mondjesmaat plaats. Hoezeer ik ook van mening ben dat een vrije pers een van de eerste levensbehoeften van een echte democratie is, toch denk ik dat media die iemand ten onrechte als misdadiger hebben neergezet zonder dat op duidelijke wijze te herroepen bij de eer-

ste gelegenheid die zich daartoe aanbiedt, op forse wijze aansprakelijk moeten worden gesteld voor de geleden materiele en immateriële schade.

Welke zijn in de knipselkrant van 21 augustus de thema's waar zowat alle dagbladen op afstormen? Ik noem er een paar: rechters straffen jeugdige boosdoeners veel te licht; de privatisering van gevangenis; de verkrachter uit het Drachtster bos van wie wel een blauwdruk werd gemaakt door de recherche maar die (voorlopig?) onvindbaar blijft; de dierenbeul in Twente. Anders is het gesteld met de weergave in de knipselkrant van een in de Frankfurter Allgemeine van 14 juli 2001 opgenomen artikel in de Duitse taal van de Nederlandse Minister van Justitie, Korthals, ter verdediging van de in het buitenland alom verfoeide Nederlandse wetgeving inzake medische hulp bij zelfdoding of euthanasie. Een omvangrijk artikel waarop in de Nederlandse pers amper is gereageerd. En dat het in de knipselkrant kon worden opgenomen, vindt zijn oorzaak in het feit dat dit een orgaan *van* het Ministerie van Justitie is.

– 3 –

De knipselkrant verzamelt juridische artikelen uit vooral Nederlandse landelijke dagbladen. Zij biedt ons zo een impressie van wat er bij de redacties van die kranten, die zich op hun beurt richten naar de wens van het publiek dat hun lezerskring vormt, wordt verstaan onder juridisch belangrijk nieuws. Ze verschillen daarover kennelijk onderling niet erg van mening al hebben *NRC/Handelsblad* en vooral *Trouw* soms enige neiging tot afwijking van het algemeen patroon. Dan zien de artikelen het licht die ik twintig jaar geleden bedoelde toen ik in een dagblad (*NRC/Handelsblad*) als verlangen te kennen gaf dat het recht ook in de dagelijkse journalistiek een prominente plaats zou krijgen zoals dat het geval was en is in (sommige) grote Engelse dagbladen.

Hoe anders is het gesteld in de juridische vakpers. Hoe anders ook, maar daar ga ik niet op door, bij rechters en advocaten. Waar staat bij hen op de schaal van Richter het strafrecht vergeleken bij, vooral, het civiele recht? Ik geef maar weer een vrij willekeurig, maar thematisch juist voorbeeld. In de laatste aflevering, nr. 34 van de Nederlandse Jurisprudentie zijn 130 kolommen gewijd aan

beslissingen van de civiele rechter (waartoe ik ook reken het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen) en 35 aan beslissingen van de strafrechter (waartoe ik ook reken het Europese Hof voor de rechten van de mens). Een ongeveer gelijk beeld krijgen we als we dezelfde beweging voltrekken in het ook algemeen juridische tijdschrift *Nederlands Juristenblad* dat in zijn laatste aflevering, nr. 29, in het grijze middenstuk 31 kolommen voor civiele beslissingen openstelt en 10 kolommen voor strafrechtelijke uitspraken.

Wie heeft gelijk: de dagblad journalistiek of het vakblad? Ik zou menen dat deze vraag niet simpel beantwoord kan worden. Zulke zaken als wonen, huren, hypotheken, werken en aansprakelijkheid voor onrechtmatige daden (met name in het wegverkeer) bepalen ons leven en ons welzijn in aanzienlijker ingrijpendere mate dan criminaliteit en misdadigers. En eerstgenoemde zaken zijn, in beginsel, van civiele aard. Maar anderzijds leven we in een tijd waarin, terecht of ten onrechte, de misdaad in ieders leven is binnengedrongen, nu eens in de gedaante van het slachtoffer dan in dat van de dader, soms in allebei, maar ook in die van de zorgelijk toekijkende tot woedende toeschouwer. Individueel bezien, van geval tot geval, heeft iedereen met werk en wonen, met gewoon sterven en gewoon trouwen, heel wat meer te maken dan met verkrachting, inbraak doodslag. Maar als die laatste toeslaan leggen ze vaak een grotere druk op hen die het treft en die hen nastaan dan het gewone gedoe dat met wonen en werken is verbonden. Toch kun je vaststellen dat een grote werkloosheid een zwaarder last op de gemeenschap legt dan het verschijnsel van doodslag, verkrachting of inbraak. Ik noem die drie uiteenlopende zaken samen omdat zij inbreuken zijn op de persoonlijke integriteit van degenen die erdoor worden getroffen. En emotioneel is die inbreuk, ook voor de omstanders. Heftiger, feller dan die welke gevolg is van werkloosheid, van faillissement of van onverhaalbare schade. Maar ik weet nog niet zo zeker of de samenleving op den duur niet even veel te lijden heeft onder beide fenomenen, terwijl de eerste toch, gelukkig, nog uitzondering zijn en de tweede alledaags.

Aansprakelijkheid is een civiel begrip dat zijn equivalent in het strafrecht vindt in het begrip toerekenbaarheid. Wie niet toerekenbaar is kan niet gestraft worden, wie niet aansprakelijk is, hoeft de schade van een ander niet voor zijn rekening te nemen. De meeste mensen zijn minstens voor een flink deel toerekenbaar en kunnen daarom op hun (mis)daden worden aangesproken. Lang niet bij iedere schade die zich voordoet is een aansprakelijke aan te wijzen. Het beginsel is zelfs, zo wordt dikwijls door juristen gezegd, dat iedereen zijn eigen schade moet dragen, *tenzij...* Als iemand met zijn auto over een weg rijdt en doordat een boom langs de berm van de weg omvalt bovenop zijn auto met, voor deze keer, alleen materiele schade aan de auto, moet de bestuurder dan die schade zelf dragen? Ja, tenzij komt vast te staan dat de wegbeheerder allang wist of behoorde te weten dat die boom inwendig verrot was en haar, omdat weghalen te kostbaar was, toch maar liet staan tot zij zelf op een ongelegen moment wilde gaan liggen.

Aansprakelijkheid. Een universitaire aanvaardingsrede en een afscheidsrede, beide afkomstig van werkers aan de juridische faculteit van de Universiteit van Nijmegen, behandelen dit zo belangrijke en zo uitgebreide thema van het burgerlijk recht. De beide redes hebben onder andere met elkaar gemeen dat zij, zoals ze in gedrukte vorm zijn verschenen, niet uitgesproken zijn. De een van C.J.M. Klaassen, de komende vrouw: *Schadeveroorzakend handelen in functie* telt 110 pagina's, de andere van H.Ph.J.A.M. Hennekens, de naar de Raad van State verdwijnende man: *Overheidsaansprakelijkheid op de weegschaal* heeft genoeg aan 92 pagina's. Carla Klaassen, wier eerste twee woorden mij indertijd deden schrikken, heeft drie, belangrijke, want veel voorkomende thema's behandeld: (a) de aansprakelijkheid voor schade die een werknemer in het kader van zijn werkzaamheden aan een derde toebrengt (b) de aansprakelijkheid voor schade die een werknemer in zijn werk oploopt en (c) de aansprakelijkheid voor schade die een werknemer in het kader van zijn werk aan zijn werkgever toebrengt. Heel kort iets over elk van die drie thema's.

- a. Dat de werkgever ook aansprakelijk is en dat bij deze eerder verhaal zal zijn te vinden is bekend. De auteur verdedigt de

stelling dat de daarnaast bestaande aansprakelijkheid van de werknemer voor zijn eigen onrechtmatige daad, die de werknemer kan ruïneren, met grotere terughoudendheid moet worden gezien dan in de bestaande rechtspraak gebeurt, omdat, kort en niet helemaal zuiver gezegd, de daad van de werknemer, die schade veroorzaakt in het kader van zijn werkzaamheden, te vereenzelvigen, gelijk te stellen is aan een daad van zijn werkgever en in ieder geval binnen diens orbit valt. Uiteindelijk gaat zij nog een stuk verder door te pleiten voor uitsluiting van de aansprakelijkheid van de werknemer.

- b. Ten aanzien van dit thema stelt Carla Klaassen voorop de vergaande aansprakelijkheid van de werkgever voor schade van de werknemer zelf als gevolg van arbeidsongeval of beroepsziekte. En in een indrukwekkend betoog verdedigt zij dat aan de ambtenaar eenzelfde bescherming tegen schade moet toekomen als aan de werknemer. Die is er nog niet ook al past de Centrale Raad van Beroep ten aanzien van ambtenaren de regeling die geldt voor werknemers, neergelegd in artikel 7.658 lid 1 en 2 BW sinds kort toe. Ook wil zij voor de ambtenaar de weg naar de gewone burgerlijke rechter openstellen.
- c. Ook in dit opzicht leidt een vergelijking van de rechtspositie van de werknemer en van de ambtenaar tot een voor de eerste gunstiger positie. Alleen in gevallen waarin zijn schuld hemelhoog is of bij opzet is de werknemer voor schade die hij aan de werkgever toebrengt aansprakelijk. De schrijfster is van mening dat die regeling ook dient te gelden voor ambtenaren, die nu ingevolge artikel 66 lid 1 ARAR aansprakelijk zijn voor schade aan hun werkgever, de overheid, toegebracht, zo vaak de schade aan de ambtenaar te *wijten* is, al wordt die eis door de rechtspraak verdund tot aan roekeloosheid grenzende ernstige verwijtbaarheid. Maar dat begrip is in de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep nogal snel aanwezig. Sneller dan bij de gewone civiele rechter.

Prof. Hennekes wijdt zijn afscheidsrede aan het brandende probleem van aansprakelijkheid van de overheid voor schade die aan de burger opkomt door verwijtbaar handelen, dat ook kan bestaan uit een verwijtbare nalatigheid, van die overheid. Daarbij gaan de gedachten uit naar Enschede en Volendam. Een van de problemen is daarbij in het licht van de opvolgende Pikmeerarresten van de

Hoge Raad of de overheid ook strafrechtelijk aansprakelijk kan worden gesteld. Je kunt, ik heb het al meer betoogd, een overheid, evenmin als een ander publiekrechtelijk of privaatrechtelijk rechtspersoon in de gevangenis stoppen. De rechtspersoon, aldus Hennekens, kan niet (zelf) handelen. Hij kan zo voeg ik daar aan toe, ook niet *behandeld* worden. In zekere zin is de rechtspersoon een geest, die overal rondwaart maar nooit te vangen is, laat staan in de gevangenis gezet kan worden. Een rechtspersoon kan wel tot een geldboete veroordeeld worden. Maar als de rechtspersoon een publiekrechtelijk lichaam is, betaalt de burger uiteindelijk de aan de rechtspersoon opgelegde boete. Ik heb daarom indertijd bepleit de in de fout gegane overheid strafrechtelijk schuldig te verklaren zonder straf of maatregel (art. 9a Sr) Dan is er meteen een niet onbelangrijk steuntje voor de civiele aansprakelijkheid. Wie opmerkt dat schadevergoeding die de overheid moet betalen wegens onrechtmatig overheidsoptreden uiteindelijk ook uit de beurs van de burger komt, heeft gelijk. Maar het verschil is dat boete niet aan iemand ten goede komt, die schade heeft geleden maar aan de Staat, terwijl schadevergoeding toekomt aan iemand die de schade ook geleden heeft. Nu ik er wat langer over nadenk is het nog gekker. De boete die aan een strafbare overheid wordt opgelegd, komt wel voor rekening van de burger, maar vloeit ook weer af, zoals iedere boete naar de staat.

Hennekens wil die zaak anders aanpakken. Zijn uitgangspunt: in zekere zin bestaat de publiekrechtelijke overheid niet, gebruikt hij als basis voor zijn betoog: "Door overheden strafbaar te stellen komt men niet tegemoet aan het maatschappelijk geuite verlangen om degenen die feitelijk tekortgeschoten zijn of onjuist gehandeld hebben, op hun doen en laten te beoordelen. Het gaat om *ambtshandelingen* en om degenen die daartoe bevoegd en verplicht waren. Juist in het bepalen van hetgeen een ambtsdrager onder bedreiging van een strafsancie moet doen of laten, wordt een rechtmatige en doelmatige regeling getroffen.... Het is dus zaak dat de wetgever zich bezint over een nadere regeling van ambtsdelicten." Daar zit wat in zou ik, niet bijster origineel, durven zeggen.

37 Moderne problematiek in het Verkeersrecht

Een kilometerslange file. Stilstaand verkeer. Wat doet de man die daarmee geconfronteerd wordt? Ik vraag niet naar zijn innerlijke gemoedsgesteltenis of de expressie daarvan. Daar heeft het recht niet mee te maken tenzij er handgemeen uit voortkomt.

Er zijn in zo'n file op het eerste gezicht, drie wijzen van handelen te onderkennen, en drie soorten van bestuurders. De eerste categorie is weinig geruchtmakend. Toch horen, gelukkig, de meesten ertoe. Zij wachten nogal rustig af tot de stoet zich weer in beweging gaat stellen. Krantje lezen, scheren, muziek luisteren. De tweede manier van reageren met de daarbij behorende tweede categorie van bestuurders bestaat uit de ongeduldigen. Deze autobestuurders, die door de filevorming overvallen werden en nu dreigen een goede klant mis te lopen of te laat in het ziekenhuis te komen, verdwijnen pardoes uit de rij omdat zij een sluipteg (menen te) kennen, of om hun weg in omgekeerde richting te vervolgen. (zij draaien om) De derde manier en de derde categorie is die van de man die niet alleen ongeduldig is maar ook hondsbrutaal. Ook hij verlaat de file maar draait niet om, maar rijdt een zo groot mogelijk deel van de file op de voor hem niet bestemde weg-helft met een triomfantelijk gezicht voorbij. Komt er een tegenligger dan zal hij zich 'invoegen', dat wil zeggen zich, tijdelijk, in de file indringen. Meestal zijn het vrouwelijke chauffeurs, die hem ten koste van zichzelf en het achter haar voortsukkelend verkeer, een onverdiend plaatsje gunnen. Soms loopt dat mis en ontstaat er een frontale botsing maar daarover had de Goudse kantonrechter op 25 april 2002 niet te oordelen. Dat zou te gemakkelijk zijn en daarom zou zijn vonnis in zo'n zaak ook geen plaatsje vinden in het Verkeersrecht.

Wie vindt u, geachte lezer, de meest verfoeilijke bestuurder? De omdraaier of de doorracer? Ik twijfel er niet aan of u wijst daarvoor de laatste aan, tenzij u dat zelf zou zijn.

Met dit modern verkeersprobleem werd de kantonrechter te Gouda opgezadeld. Meneer A wil de file verlaten om rechtsomkeert te maken, geeft daartoe richting aan en als hij met die manoeuvre bezig is komt hij in botsing met meneer B die op de voor hem niet bestemde weghelft de file met een gezien de situatie flinke vaart voorbij aan het rijden is. Daarbij loopt de auto van B schade op. Zijn lease maatschappij vordert deze op.

De wet regelt het geval niet. Gevallen worden nooit helemaal geregeld door de wet en soms helemaal niet. De abstracte wet lukt het nooit alle concrete gevallen te beheersen. Nu moet de (kanton) rechter uit het niet voor een geval een regel scheppen. Vrije rechtsvinding noemden ze dat vroeger maar het is eigenlijk gedwongen rechtstoepassing.

De wet liet de kantonrechter niet helemaal in de steek. De manoeuvre van A behoort samen met zulke manoeuvres als achteruitrijden volgens de wet tot de bijzondere verrichtingen. Dat heeft als gevolg, dat iemand die zo'n verrichting volvoert bij aanrijding altijd aansprakelijk is omdat hij nu eenmaal met iets raars, iets bijzonders, bezig is, waar anderen niet op hoeven te rekenen. Maar deze vingerwijzing van de wet, aan de kantonrechter zeer wel bekend, wees naar zijn oordeel (dat ik deel) precies in de verkeerde richting. Ik ben ervan overtuigd dat de kantonrechter die de vordering van B afwees, daarbij geleid werd door de gedachte dat B, in vergelijking met A, veruit het meest *ergerlijke* gedrag in het verkeer vertoonde. Wie in zo'n file behoort tot categorie 1, de in het algemeen, rustige afwachters, voelt toch zijn bloed koken als er weer zo'n wegvandaal hem met een rotvaart voorbij rijdt en de file vóór hem nog wat langer maakt. Noem het desnoods een kleine ergernis, maar vergeet niet dat ze door velen wordt gedeeld. De man daarentegen die het opgeeft en omdraait handelt maatschappelijk niet laakbaar; hij vermindert zelfs de lengte van de file. De wet met haar bijzondere manoeuvres doet daar niet aan af. Want de manoeuvre van B was weliswaar wettelijk niet bijzonder (je mag inhalen en daarbij ook de voor jou niet bestemde weghelft berijden) maar maatschappelijk wel.

38 Een eeuw van nederlagen

Heel wat eerder dan Odysseus kwam Agamemnon thuis van de oorlog met Troje die de Grieken tenslotte door list en bedrog in hun voordeel hadden beslist. Maar anders dan Odysseus, blijde begroet door zijn trouwe Penelope, trof hij bij zijn thuiskomst zijn vrouw Clytemnestra aan in het echtelijk bed met haar minnaar Aegisthus. Als hij tenminste al tijd heeft gehad om dat vast te stellen. Want voor die twee zat er, als zij hun positie en hun verhouding wilden handhaven, weinig anders op dan de rechtmatige indringer van kant te maken. Zo gezegd, zo gedaan.

Voordat hij naar Troje, vertrok had Agamemnon bij zijn gade een zoon, Orestes, en vier dochters verwekt van wie er één in de nevel der geschiedenis is verdwenen, en een ander, Iphigeneia, een heel eigen verhaal oplevert. Het zijn de overblijvende twee, Electra en Chrysothemis, die blijven treuren om de smadelijke dood van hun vader, de eerste in blijvende opstand en woede, de tweede gelaten en zich uiterlijk buigend voor de wil van de machtigen van het moment: haar moeder en Aegisthus. We zien een zelfde overeenkomst en een zelfde tegenstelling als die tussen de zusters Antigone en Ismene na het verbod van Kreon, hun oom, om hun gesneuvelde broer Polyneikes, die de kant van de vijand had gekozen, te begraven. Aan hen bij wie het gezag berust, zegt Ismene, en miljoenen hebben het haar later nagezegd, zal ik gehoorzamen, want in overmoed handelen is onverstandig. Ook Antigone wilde niet onverstandig handelen, maar zich neerleggen bij een onmenselijk verbod was voor haar niet mogelijk.

Orestes leeft samen met zijn leermeester ergens in ballingschap. Hem is als kind door toedoen van Electra juist op tijd een vroege dood in eigen huis bespaard gebleven. En eindelijk, na vele jaren geeft de leermeester hem opdracht zijn vader te wreken. Aan dat

bevel zal Orestes graag voldoen, want wie moordt moet op zijn of haar beurt de dood door geweld verwachten. Daar hoefde in die tijd geen rechter aan te pas te komen. De wraak zal in het teken staan van, alweer, list en bedrog. De leermeester zal gaan naar het paleis waarin Aegisthus en Clytemnestra nu de baas zijn, en hun vertellen dat Orestes bij zijn deelneming aan (Olympische?) Spelen tijdens een race met paarden is verongelukt. Dat biedt, naar zich laat begrijpen, voor de moordenaars van Agamemnon een flinke opluchting, want zonen van vermoorde vaders hebben als eerste taak hun vader te wreken. De leermeester kondigt bij zijn bezoek voorts de komst aan van een vriend van Orestes die hun de urn met diens as zal brengen. Die vriend is Orestes zelf en kans dat hij herkend zal worden is er niet, omdat hij reeds als knaap voorgoed uit het paleis is verdwenen. De leermeester van Orestes moet van hem *onder ede* verklaren dat hij, Orestes, werkelijk dood is. En als Orestes, zich voordoen als vriend van zichzelf met de urn die de in werkelijkheid de as van zijn vader, Agamemnon bevat, naar zijn ouderlijk huis terugkeert, is hij ervan overtuigd dat zijn leugens en zijn bedrog geen kwalijke gevolgen voor hem zullen hebben. Want, ik citeer de mooie Engelse tekst van Kitto. "Why should I fear an omen, if I say that I am dead, then by this story I fulfil my life's true purpose, to secure my vengeance, No fear to tell a tale that brings me gain."

De leermeester die meined pleegt, de zoon die ten koste van het leven van zijn moeder bedrog op bedrog stapelt, zij zien er, net als hun schepper Sophocles, geen enkele fout of vergrijp tegen het recht in. Er is immers een veel hoger belang, dat zij daarmee dienen: rechtvaardige, ja noodzakelijke weerwraak die elke meined en alle bedrog *wettigt*. Je kunt je afvragen of het leugenachtige verhaal van Orestes dat erop neerkomt dat hij (in levende lijve) zijn eigen as thuis komt brengen, te vangen valt onder het misdrijf van oplichting naar Nederlands recht. Het bedrog had als doel in het paleis te komen om zijn moeder en haar minnaar te kunnen vermoorden. Artikel 326 van het wetboek van Strafrecht moet ons uitkomst bieden. Zo ooit iemand een valse hoedanigheid heeft aangenomen, dan wel Orestes en een samenweefsel van verdicht-sels is hier in overvloedige mate aanwezig. Maar in ons strafrecht anno 2001 en van daarvoor is het denken veel meer op geld dan op mensen gericht. Al dat valse gedoe, ik citeer nu de wet, moet ten doel hebben iemand te bewegen tot afgifte van enig goed, tot

het ter beschikking stellen van gegevens met geldswaarde in het handelsverkeer of tot het aangaan van een schuld of het teniet doen van een onschuld. Conclusie: artikel 326 is duidelijk niet van toepassing op dit geval waarin het bedrog gericht is op iets heel anders dan het verwerven van geld of goed. Dit bedrog is ook niet elders strafbaar gesteld. Orestes gaat dus naar ons recht vrijuit, totdat hij aan het moorden slaat.

Maar als de leermeester als getuige voor de Nederlandse rechter zou verklaren dat Orestes dood was, terwijl hij wist dat dat niet waar was, zou hij zonder twijfel wegens meened worden gestraft.

Gekomen aan het einde van dit rare jaar wilde ik, als oud dieenaar van het recht aan de hand van een stokoud verhaal nog eens mijn overtuiging vastleggen dat alle recht van toen en nu niet veel meer is dan een armzalige poging om de gerechtigheid te benaderen; dat alle recht ook in hoge mate betrekkelijk is en dat wij, juristen, als advocaat, als officier van justitie of als rechter niet veel meer doen, niet veel meer kunnen doen dan ons vastklampen aan een reddingstouw dat ons werd toegeworpen – van waar, door wie? – een touw dat ons en hen die van onze verdediging, van onze strafeis en van ons vonnis afhankelijk zijn, misschien net op het droge zal brengen.

Een eeuw met zoveel onheil als die voorbij is, lijkt amper denkbaar. Maar weten doe je het niet.

XXI Drugs

AMC-professor Willem van den Brink heeft op een vierdaagse conferentie in Zwitserland over verslaving en sociale omgeving voorspeld "een toekomst waarin alle drugs wereldwijd worden gelegaliseerd". Dan zal er tevens een grotere variatie aan middelen van betere kwaliteit beschikbaar komen. Prof. dr. Paul Schnabel van het Sociaal Cultureel Planbureau was het met hem eens en noemde het vrijgeven van drugs op termijn onvermijdelijk.

Ik heb lange tijd geleden ook zo'n voorspelling gedaan maar was zo onverstandig er een termijn bij te noemen: tien jaren. Die tien jaren zijn al lang voorbij en de 'war on drugs' houdt maar niet op. Och waren sommige mensen maar wijs. Ik doel op hen die de macht in handen hebben. Zouden zij zich realiseren dat de grote terreuraanvallen, die veel voorbereiding en veel geld kosten, waarschijnlijk uit deze bron hun fondsen putten, nu de straatwaarde van drugs minstens het honderdvoudige is van de waarde die gelegaliseerde drugs zouden opbrengen?

Het recht en de daaruit voortvloeiende rechtspraak is mensenwerk. Daarom worden er ook fouten gemaakt, veel fouten, ernstige fouten soms. Denk aan de Schiedammer Parkmoord.

Het beeld echter dat de media van het recht en de rechtspraak schetsen, is onjuist. Er bestaan immers geen verslagen over wat er aan goeds is gebeurd en dag in dag uit aan goeds blijft gebeuren. We zullen er nooit achter komen wie allemaal, waar en wanneer, een moord niet hebben gepleegd.

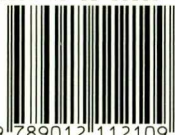
Al tien jaar bekijkt Jan Leijten het Nederlandse recht van buitenaf. In deze beschouwingen probeert hij iets te begrijpen van wat er aan de binnenkant gebeurt. Is het een zaak van 'soms lukt het, meestal niet'? Welke (pijnlijke) invloed heeft de dreiging van terreur op het recht? Hoe gaan juristen om met het bederf van het milieu en met de hysterie van de massa?

Met een scherp oog voor detail en een humoristische blik op soms tragische ontwikkelingen, beschrijft Leijten recente gebeurtenissen uit het Nederlandse recht en rechtspraak. Daarbij passeren bijzondere figuren de revue. Aangevuld met herinneringen uit Leijtens eigen praktijk als advocaat en rechter, vormt dit boek een kritische noot op de gang van zaken binnen het Nederlandse recht.

'Zo heel vaak hoef ik niet te lachen als ik het *Nederlands Juristenblad* doorneem. Tegenwoordig nog wat minder dan vroeger.'

Jan Leijten was advocaat, rechter in de Rechtbank te Den Bosch, raadsheer in het Gerechtshof te Arnhem en advocaat-generaal bij de Hoge Raad. Ook was hij als hoogleraar verbonden aan de Radboud Universiteit te Nijmegen. Hij besteedt nu veel tijd aan zijn boeken en aan het lidmaatschap van de Restitutiecommissie die zich bezighoudt met de teruggave van door de nazi's geroofde kunstwerken. Een aantal van de in dit boek opgenomen beschouwingen, is eerder verschenen in het tijdschrift *Juridisch up to Date*.

ISBN 90-12-11210-9



9 789012 112109

Sdu UITGEVERS