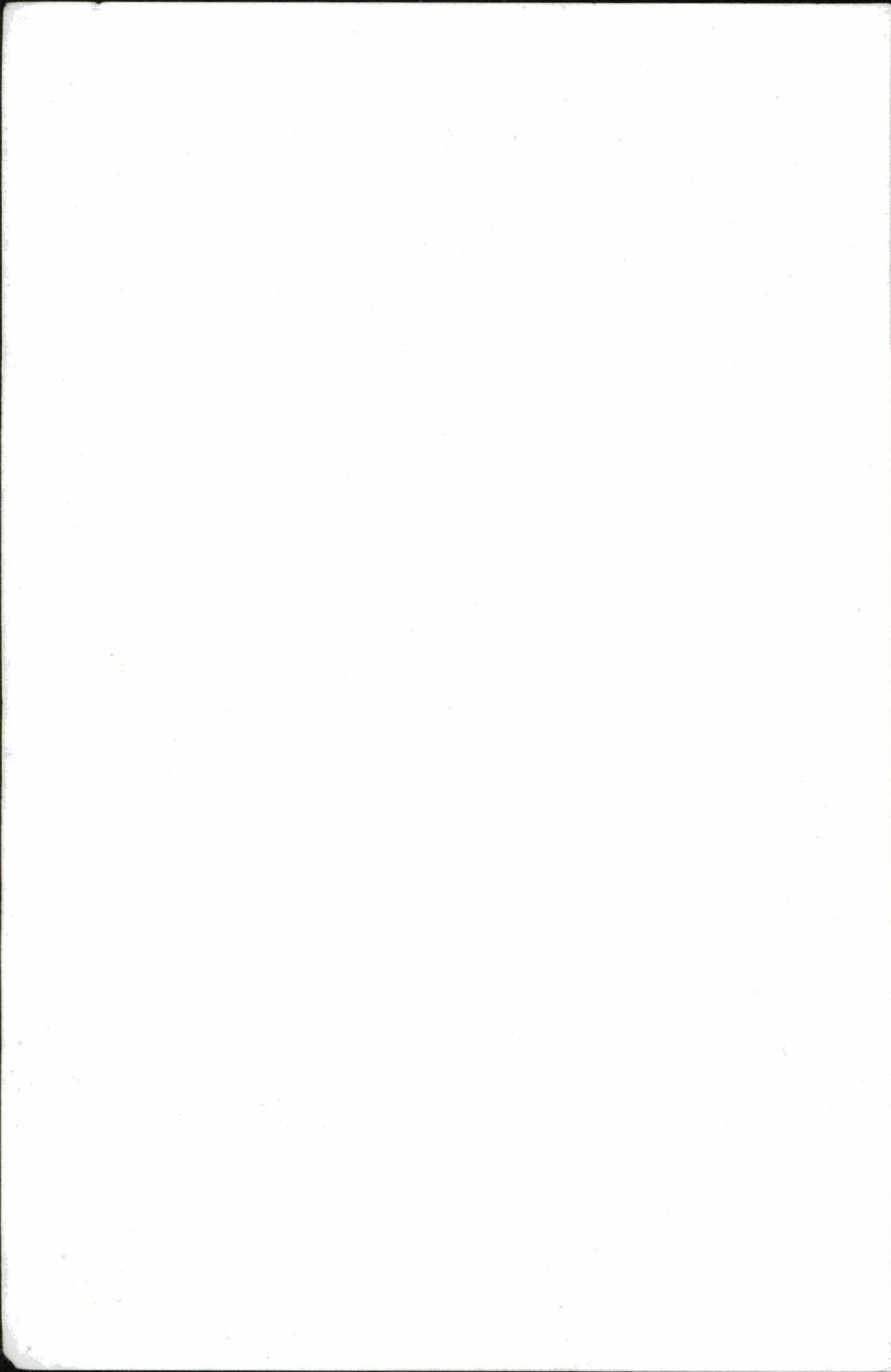


gerold', zegt ze. Ik had dat niet gezien maar wie mij tot hier heeft willen volgen, weet dat ik ook weinig kon zien. De vrouw zoekt en vindt contact met een conducteur, die haar verhaal ernstig aanhoort en vervolgens langs een of andere elek LAST POST nact opneemt met een collega. Deze komt een paar minuten later en heeft de portemonnee al bij zich. Herinnering en belevenis rdt gebeld met de politie in Duivendrecht en nauwkeurig afgesproken waar die zich op dat station zal opstellen. De afstand Utrecht-Duivendrecht per intercity duurt achttien minuten. In Duivendrecht aangekomen horen we, en ik ben een van de weinigen die weet waarom, dat de deuren een tijdje dicht blijven. De politie staat op het perron.

De mannen, duidelijk beroepskrachten, zij het van het soort der kleine zelfstandigen, zijn meteen na hun coupe uit elkaar gegaan. De een wordt opgespoord op een toilet vlakbij onze zitplaatsen, de ander aan de and JAN LEIJTEN treinstel. Het is een heel lange trein met vier of vijf wagons, maar bij die nieuwe treinstellen hebben de wagons geen verbinding meer met elkaar. Beide mannen worden door mevrouw en een man, die zich vrijwillig komt aanmelden, resoluut herkend en geboeid afgevoerd. De mevrouw en die man mogen ook niet verder reizen; ze moeten mee naar het bureau want hun bevindingen dienen geverbaliseerd te worden. Wij reizen door: door de geluidsinstallatie vernemen we nu dat er dieven in de trein waren en dat die in Duivendrecht gearresteerd zijn. Dat hadden we allemaal even tevoren gezien.



LAST POST Herinnering en belevnis



Jan Leijten

LAST POST

Herinnering en belevenis

De Balie, 1998

Colofon

Last Post verschijnt als onderdeel van de programmareeks *200 jaar justitie*, die tussen maart 1998 en januari 1999 werd gehouden in De Balie. De programmareeks werd mogelijk gemaakt dankzij financiële steun van het ministerie van Justitie.

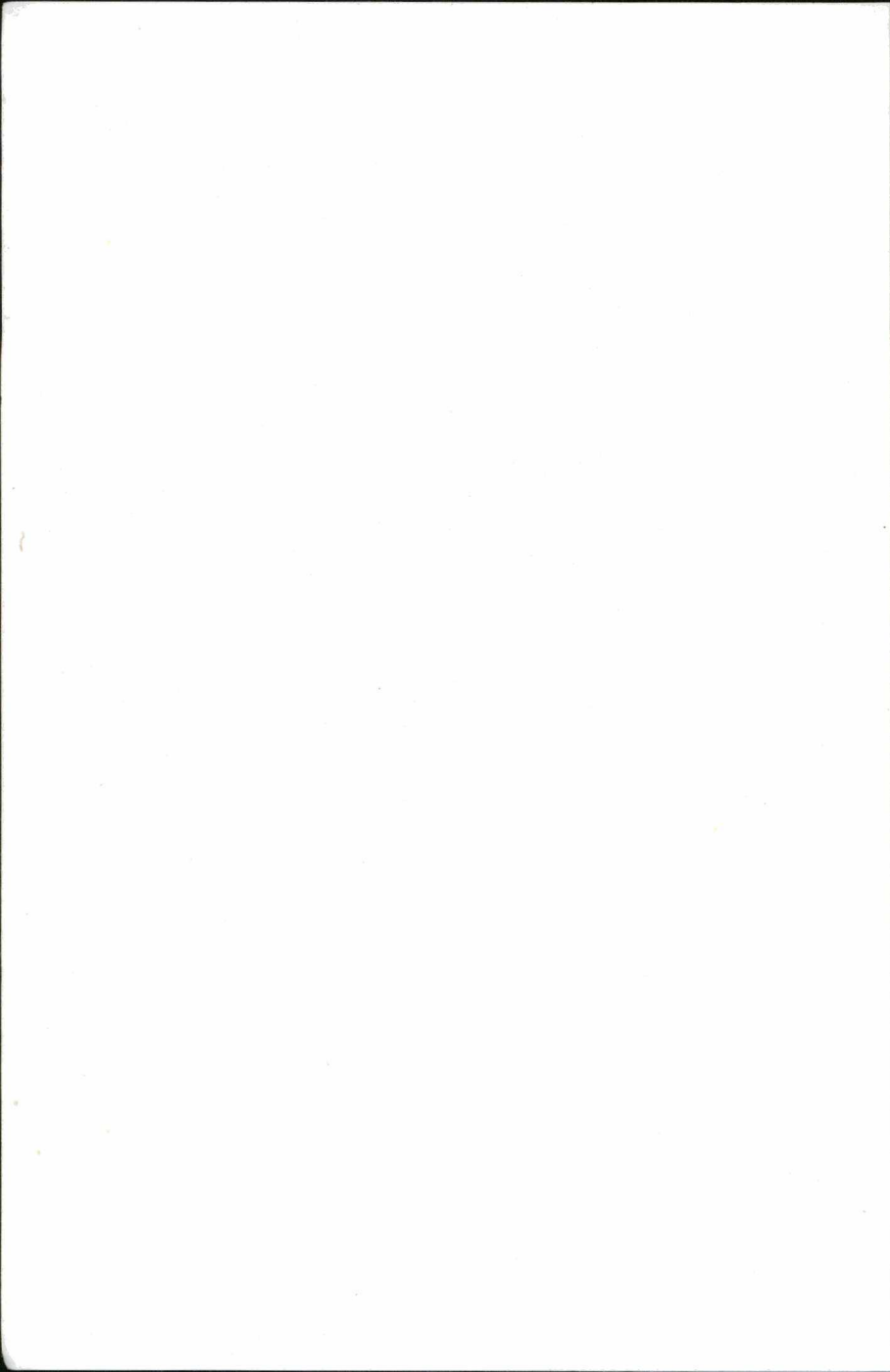
Omslagontwerp en typografie: Esther de Vries
Zet- en drukwerk: Haasbeek bv, Alphen a/d Rijn

© Uitgeverij De Balie
Kleine-Gartmanplantsoen 10
1017 RR Amsterdam

ISBN 90 6617 222 3
NUGI 691, 693

INHOUD

- 8 KLEIN VOORGERECHT
- 12 VAN TOEN EN NU over recht, geld en taal
- 24 DE ONOMKOOPBARE,
ONPARTIJDIGE EN
ONAFHANKELIJKE RECHTER
- 36 WAAROM HET RECHT DE
PLANK ZO VAAK MISSLAAT een drievoudig intermezzo
- | | |
|---|----|
| THE SPIRIT OF MUSIC | 36 |
| JOSEPH CONRAD's KAPITEIN
McWHIRR ALS RECHTER
IN CIVIELE ZAKEN | 39 |
| DE MINIEME PAKKANS | 44 |
- 49 VAN GERUCHTEN,
INFILTRATIE EN
ANONIMITEIT
- 63 STRAFRECHT VERSUS
BURGERLIJK RECHT een duel met wisselende kansen
- 76 HET DOEK VALT
- 80 NOTEN



'De geschiedenis van de mensheid zou er heel anders uitzien als gewetenswroeging gelijke tred zou houden met de criminaliteit in haar ware omvang. Want dan zou men de beramers van hebzuchtige oorlogen en de machtige magnaten van de geldmarkt als zichzelf kastijdende boetelingen op één hoop kunnen vegen met de gemeenste rover en beurzensnijder en met de moordenaar die zijn slachtpartij in elk geval maar op kleine schaal en eigenhandig uitvoert.'

George Eliot in *Daniel Deronda* (1876)

KLEIN VOORGERECHT

Schrijven is schreien. Er komt niet te staan wat er zou moeten staan. Daar leer je maar met moeite in te berusten.

In wat hierna volgt heb ik geprobeerd iets van mijn denken over recht en rechtspraak en over de mensen die recht en rechtspraak maken, neer te leggen. En heel soms iets over mijzelf in dat verband.

Regels zijn belangrijk. Rechtspraak is nog belangrijker. Voor er regels waren werden conflicten al berecht, omdat er altijd ruzie is geweest en omdat ruzie moet ophouden. Wij oordelen allemaal iedere dag vele malen over elkaar maar dat oordeel mist bindende kracht, is gratis, zij het niet zonder invloed.

Regels zijn onbelangrijk. Rechtspraak is nog onbelangrijker. Hoeveel essentiële zaken in het leven gaan niet volkomen aan het recht voorbij. En aan hoeveel van die zaken gaat niet het recht voorbij. Komen liefde en haat ergens in het recht of de rechtspraak voor? In de drie verhalen van het *Intermezzo* heb ik geprobeerd de onmacht van recht en rechtspraak in een aantal gedaantes onder woorden te brengen.

John Stuart Mill, die leefde van 1806 tot 1873 en die van zijn vak econoom, filosoof, literair criticus en nog wat was, maar géén jurist, werd in 1865 door de studenten gekozen tot Lord rector van de universiteit van St Andrews. Dat bracht voor hem de verplichting mee een inaugurele rede te houden, waarop hij de studenten bijna drie jaar liet wachten en toen het eenmaal zo ver was moesten ze drie uur lang naar hem luisteren. Toch werd hij tijdens de rede herhaaldelijk toegejuicht. Ze konden toen nog luisteren en hielden van hoorcolleges als die het aanhoren waard waren. Of zij geapplaudisseerd hebben toen hij hen voorhield dat zij tot op zekere hoogte in het Grieks moesten denken weet ik niet. Maar toen hij sprak over de taak, liever de roeping van de universiteit, was dat wel het geval. In onze door gedetailleerde vakstudies en nuttigheidseisen voor het bedrijfsleven grondig bedorven universitair bestel moet het klinken als een donderslag bij heldere hemel: 'A university ought to be a place of free speculation.' En welke zijn de studies die *geen enkele* student mag missen? Behalve 'Political Economy' en even belangrijk als deze: 'the study of what is called Jurisprudence' - dat is niet de rechtspraak van de hoogste rechter maar: 'the general principles of law'. En als om ook de student van ruim honderddertig jaar later tevreden te stellen: 'To these studies I would add International Law; which I decidedly think should be taught in all universities, and should form part of all liberal education'. Politicologie daarentegen vindt in zijn ogen geen genade. Politiek leer je van je leermeesters.

In veel opzichten was Stuart Mill in een achterhoedegevecht gewikkeld. Het recht was na Hegel zijn universele betekenis al aan het verliezen en gleed steeds verder af tot een vak, een discipline, die voor alle niet-juristen de vorming aannemen van spitsvondigheid bij onverstaanbaarheid. Misschien komt er een kentering. In zijn laatste boek *La Critique et la Conviction* (1995) schrijft de beroemde Franse filosoof Paul Ricoeur, geboren in 1913:

'J'ai le sentiment de combler une incroyable lacune dans ma propre culture philosophique: qu'il s'agisse de l'enseignement que j'ai reçu ou de celui que j'ai dispensé pendant des décennies: l'absence d'une réflexion sur le domaine juridique m'apparaît retrospectivement comme un manque stupéfiant.....'

Maar dat ligt zeker ook aan de juristen die als echte kruideniers het recht in vakken hebben gestopt. Wie in zijn beroepsleven nooit een grote fout gemaakt heeft, zo heb ik ooit betoogd, moet wel heel jong gestorven zijn. Ik ben allesbehalve jong gestorven. Een van mijn fouten is geweest (het is pijnlijk om het toe te geven) dat ik - gedreven door ijdelheid, door ambitie? - gezwicht ben voor de verleiding te gaan werken als adviseur bij wat in Nederland bij voorkeur 'de hoogste rechter' wordt genoemd. Niet omdat aan de rechters daar veel mankeert, maar omdat ik zelf daartoe niet geschikt was. Dat vindt zijn oorzaak in de kunstmatige scheiding tussen feit en recht - alsof recht geen feit is -

een scheiding die nu, anders dan in de negentiende eeuw, door de juristen niet meer als een bezwaar wordt ondervonden. Toch levert zij zoiets op als leven zonder ademen, de breuk tussen vlees en bloed, het spreken zonder woorden te gebruiken. En niet alleen de feiten spelen in cassatie geen rol meer, maar ook de waardering van de feiten (ten onrechte 'feitelijke waardering' genoemd) blijft bijna steeds buiten beschouwing. Zo is de meest wezenlijke vraag in het civiele recht en in het strafrecht: zijn de feiten waarop het recht wordt gebaseerd bewezen? aan de (on)macht van de Hoge Raad onttrokken. Vaak heb ik mij afgevraagd welke betekenis zulk een geaborteerd denken voor de werkelijkheid kan hebben. En mensen, hele mensen van vlees en bloed, hebben mij altijd meer geboeid dan redeneringen over mensen en zeker dan juridische redeneringen over hun juridische conflicten. Met zulke mensen heb je te maken in de feitelijke instanties van de rechtspraak. Maar ook die rechters staan in een 'verkeerde' betrekking tot de mensen met wie zij in hun beroep te maken krijgen: zij dwingen hen iets te betalen of hun vrijheid af te staan. Hun woord is wet. Dat is niet de meest vruchtbare ondergrond voor het gebouw van de menselijke betrekkingen. Dus wellicht was ik toch maar beter advocaat gebleven? Die ontmoet in elk geval de mensen in het wild, vaak belaagd en in nood. En zo zijn mensen, evenals dieren, het best naar het leven getekend.

VAN TOEN EN NU

over recht, geld en taal

Dat het ministerie van Justitie nog maar tweehonderd jaar bestaat is niet zo verwonderlijk als op het eerste gezicht lijkt. Voor het eerst immers tijdens de Bataafse Republiek, onder wier niet-oranje gekleurde banieren de oprichting van het ministerie tot stand kwam, was er behoefte aan eenheid van recht voor heel Nederland. Tot dan toe waren de zeven provincies op het gebied van rechtsvorming en rechtspraak autonoom. Tot 1838 heeft men het hier ook zonder een eigen Hoge Raad moeten stellen. En in de jaren van de inlijving bij Frankrijk (door Hitler-Duitsland zijn wij wel bezet maar niet ingelijfd) moest wie cassatie in wilde stellen in Parijs terecht.

Ook binnen de Bataafse Republiek hebben de 'unitarissen' het nog moeilijk gehad. Pas na de staatsgreep van januari 1798 grepen zij hun kans. Men kan daarover lezen in het interessante boek van dr. mr. M.E. Verburg: *Geschiedenis van het Ministerie van Justitie, deel I, 1798-1898*. Wat onmiddellijk opvalt is dat het zo bijzonder moeilijk was om voor het departement van Justitie een minister, die toen nog

agent werd genoemd, te vinden. A.J. Cuperus is tweemaal benoemd tot eerste Agent van Justitie, met een jaarsalaris van f 9000,-. De eerste keer werd de benoeming na een halve dag op verzoek van Cuperus zelf ingetrokken, de tweede keer duurde het veel langer voor hij er van af was. Daarbij speelde een rol dat de benoeming in publieke ambten inmiddels ook zonder voorafgaande instemming van de kandidaat kon plaatsvinden en dat het niet aanvaarden van de benoeming strafbaar werd gesteld. Cuperus werd -nadat het regime van een voorlopig agent was uitgewerkt- ongevraagd opnieuw benoemd en hij protesteerde weer, wat na veel wikken en wegen succes had. Cuperus is overigens nooit begonnen met zijn werkzaamheden als minister. De belangrijkste reden voor zijn afwerende houding was dat hij een goede en vooral profijtelijke advocatenpraktijk had opgebouwd. Niets nieuws onder de zon dus. Het geld speelde toen binnen het recht een belangrijke rol en dat doet het nu nog.

Toch kun je stellen dat binnen het strafrecht geld pas sinds kort van belang is. Vanaf wanneer? Het jaartal kan ik niet precies aangeven maar wel kan ik vaststellen dat geld als factor binnen het strafrecht zijn rol is gaan spelen vanaf het ogenblik dat misdaad begon te lonen. Dat was heel lang niet het geval. Misdrijven waarbij geweld de boventoon voert zijn per definitie financieel niet lonend. Ik reken daarbij roofovervallen niet mee: daar is de roof van geld belangrijker dan de overval, die slechts het snode middel daartoe is. En wat leveren al die inbraken als het er op aan-

komt, nu op? Hoeveel van de werkelijke waarde krijgt de inbreker bij 'zijn' heler? Uw gestolen fiets, die U honderden guldens heeft gekost, daar geeft de heler gewoon vijftwintig gulden voor. Wanneer werd misdaad dan lonend? Dat gebeurde door het strafbaar stellen van de bereiding van, de handel in, de verkoop, koop en het gebruik van drugs. Drugs zijn verdovende en hallucinerende middelen, maar in het recht wordt er onder verstaan: die producten die op lijst 1 ('hard' drugs) of lijst 2 ('soft' drugs) van de Opiumwet staan beschreven. Met bereiding en handel van drugs worden grote sommen geld verdiend. Maar omdat die handelingen strafbaar zijn is dat geld onrechtmatig verdiend. En onrechtmatig verdiend geld moet men, als men betrapt wordt, afstaan. Maar aan wie?

Voor ik daarop doorga dien ik eerst een mogelijke tegenwerping te weerleggen, en wel deze: wij hebben in het strafrecht toch vanouds geldboetes? Dat is waar, maar geldboetes waren, in ieder geval tot voor kort, amper de moeite waard. Ze speelden hun rol bij kleine vergrijpen, overtredingen vooral, waarop kleine boetes stonden. Ook is waar dat - met name via transacties met het O.M. - in sommige gevallen zware boetes vallen: daarbij valt in de eerste plaats te denken aan fiscale vergrijpen en voorts aan milieudelicten. Maar pas door de mogelijkheid om het onrechtmatig verkregen voordeel, *als geschat*, aan de strafrechtelijke dader te ontnemen, kreeg geld in het strafrecht een echt belangrijke rol. Want is eenmaal een organisatie, die han-

del in drugs ten doel heeft, opgerold, althans zijn een aantal deelnemers betrapt, dan wordt het geld dat met die handel is verdiend - en dat zijn vaak enorme bedragen - aan de betrokkenen ontnomen. En wanneer er geen mensen zijn die door die misdrijven direct aantoonbare financiële schade hebben geleden - en dat zal gelet op de aard van het misdrijf vaak het geval zijn - dan vervallen die bedragen aan de staat. Het lijkt een beetje op de regels betreffende een nalatenschap. Is er geen testament en ontbreken erfgenamen (tot en met de zesde graad in de zijlinie) dan *vervalt* deze aan de staat. De staat is gelukkig geen familie van welke erflater dan ook en daarom krijgt hij de nalatenschap niet in de kwaliteit van erfgenaam: de nalatenschap vervalt aan de staat. Waar moet ze, zo kan men zich afvragen, in zo'n geval anders naar toe. Al met al zal deze situatie zich maar heel zelden voordoen. Ik ben benieuwd hoeveel inkomsten de staat jaarlijks uit deze bron ontvangt. Ook bij ontneming van onrechtmatig genoten voordeel is de staat niet degene die de schade heeft geleden, in ieder geval hoeft hij dat nooit aan te tonen. Het voordeel mag, dat is de gedachte achter de regeling, niet blijven bij degene die het zich onrechtmatig heeft verworven en waar moet het, als er geen directe schade bij mensen is aan te wijzen, anders naar toe dan naar de staat? Het verschil met die nalatenschap is dat de laatste situatie zich in onze samenleving herhaaldelijk voordoet en voor grote bedragen, al zijn die niet makkelijk binnen te halen. En zie nu eens hoe gemakkelijk het de staat wordt gemaakt die enorme bedragen snel te innen,

voorzichtiger gezegd: de titel te krijgen waarop die bedragen kunnen worden geëxecuteerd. Hij hoeft niet aan te tonen dat *hij* schade heeft geleden, alleen dat de dader (onrechtmatig) voordeel heeft genoten. Het bedrag kan naar (ruwe) schatting worden vastgesteld door de strafrechter. Vergelijk dat met de tijd, de nauwkeurigheid en de problemen, om maar niet te spreken van de kosten, die in het civiele recht degene te wachten staan die zo'n vordering instelt, wat hij overigens niet met succes zou kunnen doen zonder aan te tonen dat hij precies die en die schade heeft geleden. Wat hier met een paar penningstreken mogelijk wordt gemaakt in een op zich genomen buitenissig geval (een vordering van iemand die de schade niet zelf heeft geleden), wordt daar *misschien* na jaren en jaren procederen, eventueel na inschakeling van dure deskundigen en het houden van enquêtes en contra-enquêtes, verkregen. Misschien, want in een echte civiele procedure weet men het nooit.

Maar men kan diezelfde kwestie ook van een geheel andere kant benaderen. Als het ook zo kan als bij de ontneming van het onrechtmatig genoten voordeel gebeurt, als dit in een korte procedure, zonder wat ik nu maar oneerbiedig processuele poespas noem, tot stand kan komen, zonder al te evidente onrechtvaardigheid, hoe is het dan te verklaren dat de gewone burgerlijke procedure voor de gewone burgerlijke mens inzake schadevergoeding zo eindeloos lang moet duren. In onze maatschappij, die op haast en doortastendheid - van informatie en beslissing: elektronische snel-

weg, internet - is gericht, valt er gewoon niet meer mee te werken. We zijn wat dat betreft nog in de periode van de trekschuit blijven steken, omdat het rechters en advocaten om allerlei redenen goed uitkwam. Het kort geding heeft in veel gevallen, maar lang niet in alle, de taak van de gewone civiele procedure kunnen en moeten overnemen. En de mediatie, de bemiddeling buiten de rechterlijke macht om, biedt sinds kort in veel gevallen uitkomst. Het faillissement van rechtshandhaving met behulp van de oude burgerlijke procedure staat voor de deur terwijl de procedure wat inhoud betreft zeker de best mogelijke is. Het rechtmatig belang van de strijdende partijen in persoon is het verkrijgen van een uitkomst op redelijke korte termijn. En als de gedaagde alleen maar belang heeft bij uitstel omdat hij zo zijn verplichtingen op de lange baan kan schuiven, dan is dat *niet* een rechtmatig belang. De dagvaarding in civiele zaken en de daarbij horende eindeloze procedure met schriftelijke stukken, die elk op een termijn van drie maanden uitgewisseld worden, zij stammen uit een eerbiedwaardig verleden maar het wordt hoog tijd hier van af te stappen en over te gaan op de verzoekschrift-procedure waarin het zwaartepunt ligt bij de mondelinge behandeling.

En er is nog een andere reden waarom die oude procedure haar bestaansrecht heeft verloren: door haar kostbaarheid, door de verplichting voor eiser en gedaagde om 'bij procureur te verschijnen' wordt het proces met een belang beneden de twintigduizend gulden ook voor wie wint een ver-

liespost. De zinloze uitvoerigheid van de behandeling (eerst een dagvaarding, dan een conclusie van eis die niets nieuws inhoudt, enz.) en het even zinloze tijdsverloop gevoegd bij het blijkbaar nodige uurtarief van de advocaat, die als de zaak zich niet in zijn arrondissement afspeelt ook nog eens een door zijn cliënt te betalen procureur moet nemen, die meestal niets anders doet dan zijn handtekening onder stukken van anderen zetten om ze vervolgens naar het gerecht te transporteren, dat alles zorgt ervoor dat het alleen banken, (grote) bedrijven en verzekeraars zijn die nog op deze wijze kunnen procederen. En dat terwijl de samenleving steeds ingewikkelder wordt, steeds veeleisender, steeds onoverzichtelijker, zodat ook de 'gewone' mens tegenover gewone en ongewone vorderingen komt te staan, die vroeger onbestaanbaar of hoogst onwaarschijnlijk waren. Ik noem dat de juridisering van de samenleving, enerzijds onvermijdelijk anderzijds angstwekkend - eigenschappen die ook de dood eigen zijn. Het kind dat op zekere dag te horen krijgt dat het niet alleen door zijn ouders niet gewenst werd, dat het een 'ongelukje' was, maar dat, omdat dit ongelukje aan de arts te wijten was die het spiraaltje bij zijn moeder niet nagelvast had aangebracht, ook verneemt dat die hem of haar geheel onbekende arts tot aan zijn meerderjarigheid heeft moeten voorzien in de kosten van zijn verzorging en opvoeding, wie zou vroeger gedacht hebben dat het kon bestaan? Ook al noemen we het dan nog zo deftig *wrongful birth*. Er is, dunkt mij, niet alleen reden maar zelfs noodzaak om naar oplossingen te zoeken die het

negentiende-eeuwse procesrecht geschikt maken voor de eenentwintigste eeuw. Geschikt niet alleen voor vennootschappen en aanverwante organisaties maar ook voor de echte mens van vlees en bloed.

Ik weet dat ik nu al de deurwaarders in een deeltje van hun bestaan heb aangetast en ga dat nu ook nog doen met de, overigens hogelijk door mij gewaardeerde, stand der advocaten: afgezien van de vraag of de zaak bij een kantonrecht (nieuwe stijl) dan wel bij een rechtbank terecht komt, zou de eerbare burger waar het zaken betreft met een belang niet boven de f 25.000,- als hij dat wil *zelf* moeten kunnen procederen waarbij hij, als eiser, ook mondeling aan de rechter kan meedelen wat hij te vorderen heeft en waarom en van wie en, als gedaagde, waarom hij dat bedrag niet verschuldigd is, waarom hij die handeling niet hoeft te verrichten, waarom hij mocht nalaten wat hij nagelaten heeft. Dat de rechter bij formele of juridisch-technische zaken de nodige bijstand kan verlenen aan juridische leken is dan helemaal niet erg en getuigt beslist niet van ongeoorloofde partijdigheid, een begrip waarover ik nog kom te spreken. Kijk, als je tegen een werkman (een begrip met ruime strekking) zegt dat hij tegen een vordering excepties kan opwerpen en dilatoire verwerpen, maar daarnaast ook zelf een reconventionele vordering kan instellen, dan hoort die man het waarschijnlijk in Keulen donderen maar hij weet zeker niet waarover je het hebt. Zeg je hem daarentegen wat het precies betekent, en zo moeilijk is dat niet, dan gaat hij misschien denken dat ons beroep niet veel om het lijf heeft. En dat is ook vervelend.

Je komt van het een op het ander als je aan het piekeren slaat over de rechtsbedeling in Nederland. Ik ben nu toegekomen aan juristentaal en wil dat toelichten aan de hand van een verhaal over een man die hoorde dat hij de derde gearresteerde was in een beslagprocedure en onmiddellijk zijn raadsman opdracht gaf een actie in te stellen wegens laster omdat hij nog nooit, en zeker niet als derde, door de politie was aangehouden.

Het jargon van de jurist is voor 'leken' vaak onverstaanbaar en onbegrijpelijk. Toch is er over die juristentaal ook nog wel iets positiefs te zeggen, maar alleen in vergelijking met de taal van andere disciplines. Omdat ik alle inaugurele redes en afscheidsredes thuis krijg van collega's die aan hun route door de wereld van hun wetenschap beginnen of deze verlaten, weet ik dat er bijna geen beoefenaren van andere disciplines zijn die zich in een voor iedereen - dat wil zeggen: voor elk niet-achterlijk en redelijk geïnteresseerd type van mens, waartoe ik mijzelf reken - ook maar een beetje verstaanbaar uitdrukt. Na een halve bladzijde geef je het meestal zuchtend op, zeker als een bètawetenschapper aan het woord is (Een uitzondering moet gemaakt worden voor historici en voor sommige niet-linguïstische letterkundigen). Waarom dan zo vitten op juristen en hun taal? Onder elkaar mogen wij ons toch in onze vaktaal te buiten gaan? Het verkort vaak een lang verhaal dat toch al niet interessant was en het is, onder ons, duidelijk. Toch is er voor de jurist een echt taalprobleem: omdat zijn taal in wetgeving en in vonnissen (waaronder ik alle rechterlijke beslissingen

versta) voor niet-juristen, voor alle anderen, van direct belang is. Bij wetgeving gaat het dan om groepen mensen: een boer moet die moeilijke Meststoffenwet onder de knie krijgen wil hij niet hopeloos vastraken in de mesthoop; een visser moet heel wat afweten van de Visserijwet en de eindeloos vele besluiten over vangstbeperkingen, enzovoort. En wat vonnissen betreft: die richten zich met een vreugdevolle of, vaker, een trieste boodschap tot individuele mensen en het zou toch wel aardig zijn als die konden begrijpen, waarom zij (geen) gelijk hebben gekregen, waarom zij (niet) gestraft zijn en waarom die straf zo en zo hoog (of laag) is uitgevallen. Daarbij is, denk ik, niet het jargon de belangrijkste sta in de weg maar het gebrekkige taalgebruik *an sich*. Daar hoeft geen moeilijk woord bij te staan maar het geheel is een wirwar van door elkaar krioelende gedachten. Ik wil een voorbeeld geven. Het was een afschuwelijke zaak: de man werd ervan verdacht een jongetje van bijna negen jaar van de achtste verdieping van een flatgebouw te hebben gegooid, met als gevolg de dood van het kind. Hem werd in hoger beroep, na bewezenverklaring, twaalf jaren gevangenisstraf opgelegd. Maar niemand had gezien dat de man, die ontkende, het kind naar beneden had gegooid. Indirect bewijs was dus noodzakelijk en dat is in alle tijden voor alle strafrechters een hachelijke zaak geweest. Het hof somde in zijn arrest de (indirecte) bewijsmiddelen op en had daar negen bladzijden voor nodig. Het gaf daarna nog een toegevoegde bewijsoverweging. Dat gebeurt, vooral in dit soort gevallen, om de bewijsmidde-

len in hun juiste context te plaatsen, om aan te geven waarom deze bewijsmiddelen samen genomen toch het bewijs 'without any reasonable doubt' opleveren. Het zal duidelijk zijn dat dit gewenst en nodig is wanneer er geen bewijs door ooggetuigen en/of door een bekentenis aanwezig is. Al met al is het arrest van het hof wat de bewezenverklaring betreft zeer zorgvuldig opgesteld en, voor een jurist die lezen wil en er tijd aan wil besteden, overtuigend. Maar wat moet de verdachte met die o zo belangrijke toegevoegde bewijsoverweging in deze zaak? In één zin, die in het arrest 32 regels beslaat, kan hij het navolgende lezen:

'Het Hof is ten aanzien van het onder 1 subsidiair bewezen verklaarde van oordeel dat de bewijsmiddelen blijkens dewelke er een zeer kort tijdsverloop heeft gelegen tussen enerzijds het ruziemaken van de verdachte met het slachtoffertje op de galerij van de twaalfde verdieping en het achterna zitten door de verdachte van twee jongetjes, te weten een klein jongetje van vijf met daarachter een groter jongetje (het slachtoffertje) in het trappenhuis van de elfde naar de tiende verdieping en anderzijds het op straat liggen van het slachtoffertje, gevoegd bij het feit dat uit de bewijsmiddelen blijkt dat een jongetje van een jaar of acht uit de hal van het trappenhuis op de galerij van de achtste verdieping verschijnt, onmiddellijk gevolgd door een man die het jongetje in een vloeiende beweging optilt en over de balustrade gooit en meteen

daarop weer teruggaat naar de hal van het trappenhuis, alsmede gevoegd bij het feit dat uit de bewijsmiddelen blijkt van een overstuurd zijnd jongetje dat in de hal van het trappenhuis van de zevende verdieping komt aanrennen en zegt dat hij en zijn broertje (het slachtoffertje) door een man worden achterna gezeten en dat die man boos op hen is omdat zij op de twaalfde etage hebben gespeeld, een en ander in onderling verband en samenhang bezien maar *één* conclusie wettigen, namelijk dat de ruziemakende en achterna zittende verdachte en de gooierende man een en dezelfde persoon betreffen.'

Er staat in deze passage geen enkel woord dat tot de specifieke vaktaal van de jurist behoort. Maar al die woorden samen vormen voor de gewone, niet onaandachtige lezer een brei. Het zou, dunkt mij, voor iedere rechterlijke ambtenaar in opleiding een nuttige opdracht zijn met het in deze ene volzin geleverde materiaal, zonder er iets aan toe te voegen of af te doen, een verhaal te maken dat én leesbaar én overtuigend is voor iedereen en dat ons doet huiveren, niet voor een woordenbrij maar voor wat daar op die galerijen van een flat aan verschrikkelijks, aan huiveringwekkends is gebeurd. *It can be done.*

DE ONOMKOOPBARE, ONPARTIJDIGE EN ONAFHANKELIJKE RECHTER

Een rechter die een moord begaat brengt zijn ambt veel minder in opspraak dan zijn collega die corrupt is. Weliswaar is de rechter-moordenaar niet meer te handhaven in zijn ambt: hij heeft zichzelf te zeer bezeerd. Maar moord, zo zagen we reeds, is een institutie en een institutie kan, onder voor haar gunstige omstandigheden, tot elke groep van mensen doordringen. De rechter-moordenaar kan voordien zijn werk uitnemend hebben verricht en in zekere zin is het dan een verlies voor de rechtspraak dat hij van haar toneel moet verdwijnen. Zo'n rechter bewijst alleen maar dat rechters mensen zijn en dat daarom niets menselijks hun vreemd is. De corrupte rechter daarentegen corrumpert zijn ambt zoals de accountant die met cijfers knoeit zijn beroep bederft. Daarom kan men zeggen dat de eerste hoofdzonde van de rechter corruptie is. De tweede, zo zal menigeen opmerken, is partijdigheid. Daarover straks.

In het gedenkbboek van Verburg besteedt deze uitvoerig aandacht aan 'rechters in opspraak' in de eerste honderd jaar

van het bestaan van het ministerie van justitie. Rechters werden toen - met uitzondering van kantonrechters, die ook geen jurist behoeften te zijn - voor het leven benoemd en waren onafzetbaar. Anders dan nu moet men dat letterlijk nemen. Ook leeftijdsontslag was niet mogelijk. Slechts wegens 'wangedrag, onzedelijkheid en of merkelijke achte-loosheid' kon een lid van de zittende magistratuur op vor-dering van de procureur-generaal bij de Hoge Raad door deze uit zijn ambt worden ontslagen, dezelfde procedure als nu nog bestaat. Twee raadsheren, een uit Limburg en een uit Zeeland, trekken in dat verband de aandacht. De eerste werd verweten dat hij homoseksuele betrekkingen onder-hield (crimen nefandum) met een door hem zelf veroordeel-de delinquent. Dat ontkende hij maar hij gaf toe dat hij door toedoen van deze man zich wel eens 'een meisje van plezier' had laten bezorgen. Zoals gebruikelijk achtte men de eerste klacht bewezen noch bewijsbaar, omdat ze afkom-stig was van een delinquent. Het tweede door de raadsheer zelf toegegeven feit, leidde, toen de raadsheer niet eigener beweging ontslag nam, via de minister tot een afzettings-procedure (impeachment). De Hoge Raad wees de vorde-ring af, met de onduidelijke overweging:

'dat het gehouden onderzoek geen genoegzame be-wijzen van zodanige onzedelijkheid of van zodanig wangedrag als bij artikel 12 (...) bedoeld, heeft opge-leverd. Verklaart dat er gene termen zijn bevonden om overeenkomstig het genomen requisitoir te besluiten.'

Procureur-generaal Van Maanen was geschokt en vond dat zo'n 'vrijspraak' voor de waardigheid van de magistratuur hoogst noodlottig was en hij meende, naar hij de minister schreef,

'dat het beter is zedeloos gedrag van die ambtenaren oogluikend door de vingers te zien, dan hun op deze wijze door het Hoogste Rechterlijk College een verklaring te doen geven, dat in diens ogen, handelingen van zodanige aard als die welke hier waren erkend, niet strijden met de wetten der zedelijkheid maar integendeel met de eer en de waardigheid van het rechterambt alleszins bestaanbaar zijn.'

Het tweede geval, dat zich acht jaar later, in 1867, voerde, kan ik het best schetsen door twee van de vele klachten tegen de raadsheer die het betrof weer te geven:

'Ook zou het volgens de regels van strafvordering met getuigen te bewijzen zijn dat S.H. op een voetpad in de buurt van Middelburg op heterdaad betrapt was op overspel met de vrouw van de commies Schwarten. (...) S.H., zo schreef de Commissaris des Konings in Zeeland aan de minister van justitie, had het voorzitterschap van het college bij afwezigheid van de president moeten waarnemen "zo ik wel onderricht ben (en ik meen het te zijn) met blondgeslagen ogen..." Zeker is het dat hij een geducht pak slagen heeft ontvangen,

vermoedelijk van de echtgenoot van een der vrouwen waarmede hij gemeenschap heeft, en die voor enige tijd uit zijne betrekking als beambte bij de plaatselijke belastingen heeft moeten worden ontslagen wegens herhaald misbruik van sterke drank, een gevolg zo men wil van de misdragingen zijner vrouw met genoemde Raadsheer.'

Ook S.H. nam niet vrijwillig ontslag. En de procureur-generaal bij de Hoge Raad wilde niet opnieuw een blauwtje lopen. Hij schreef, en daar gaat het mij om:

'De wijze waarop de Hoge Raad zijne beslissingen in deze pleegt te motiveren geeft zeer weinig aanleiding om met zekerheid te kunnen bepalen op welke gronden de herhaalde afwijzingen mijner requisitoiren hebben berust. Ik kan mij niet anders voorstellen dan dat het grootste deel althans der leden van de Hoge Raad het gevoelen aankleeft, dat gene *inquisitio in vitam privatam* van rechterlijke ambtenaren kan worden toegelaten en dat wangedrag en onzedelijkheid in het bijzonder leven niet bij art. 12 der Wet op de Rechterlijke Organisatie bedoeld zijn. Alleen daden van wangedrag of onzedelijkheid bij het uitoefenen hunner functien zouden, zo ik welhaast moet onderstellen, naar 's Raads oordeel binnen de grenzen van zijne censure vallen.'

Die preutse negentiende eeuw kende blijkbaar een liberale-re houding tegenover bekleeders van hoge ambten dan het einde van de twintigste eeuw. Bill Clinton zou er met een bevrijdende alinea van af zijn gekomen, terwijl hij er nu met enige duizenden bladzijden niet van afkomt.

Zover ik weet zijn in Nederland, anders dan in België, de afgelopen twee eeuwen geen rechters bekend geworden die moord of doodslag hebben gepleegd. Zou dat wel zo zijn geweest dan zouden zij, bij toepassing van de regel die de Hoge Raad indertijd hanteerde, en anders dan de corrupte rechter, na het uitzitten van hun straf tot het einde van hun leven in het rechtersambt moeten zijn hersteld.

Ook de partijdige rechter is iemand die zijn ambt schendt, maar daar moet toch het een en ander aan toegevoegd worden. Onze rechtspraak, die zich baseert op de rechtspraak van het Europese Hof voor de Mensenrechten, kent twee soorten partijdigheid: de echte vooringenomenheid van rechters ten nadele van of ten gunste van een van de twee tegenover elkaar staande partijen, die zich openbaart in de beslissing; en de afgeleide partijdigheid die eigenlijk geen partijdigheid is, maar die een situatie van de rechter vertoont waarin een van de partijen er in redelijkheid van uit mag gaan dat die vooringenomenheid bestaat. In het laatste geval valt de rechter alleen te verwijten dat hij onder de gegeven omstandigheden aan de beslissing heeft deelgenomen of deze heeft genomen. Zo kennen wij al lang de regel dat de rechter-commissaris in strafzaken die het gerechte-

lijk vooronderzoek tegen een verdachte heeft geleid *niet* aan de rechtszitting tegen die verdachte mag deelnemen. Daarbij speelt ook een rol dat zo'n rechter-commissaris eigenlijk geen volbloed rechter is, maar een soort tussenvorm tussen vervolger en berechter. Ik beperk mij verder tot de echte partijdigheid.

Een corrupte rechter is een ramp. Maar wie in welk ambt of beroep dan ook corrupt is, deelt in meerdere of mindere mate in die kwalificatie. Corruptie is altijd fout, zoals moord, verkrachting en mishandeling dat is. Hetzelfde kan men niet zeggen van partijdigheid. Er zijn beroepen waarin men zo partijdig mogelijk moet zijn. Ik denk natuurlijk aan het beroep van advocaat. De advocaat die niet door dik en dun partij kiest voor zijn cliënt, wat voor man of vrouw dat ook is, deugt niet. Partijdigheid kan dus een deugd zijn, maar is dat niet bij de rechter. De advocaat vecht voor iemand, of hij nu voor een verdachte of voor een civiele partij optreedt. Ik zeg niet dat alle advocaten schitterende mensen zijn; wel dat zij, als ze hun beroep goed uitoefenen, een schitterend beroep hebben. Want het is in deze wereld vol onrecht en ellende een betere zaak voor de ontrechten en de ellendigen op te komen, dan over hen te oordelen. Vanaf het moment dat ik als advocaat (partij) koos voor het ambt van rechter, hebben de woorden van Albert Camus in *La Chute*, die ik hier in eigen vertaling weergeef, mij altijd geobsedeerd en geplaagd:

'Ik was advocaat in Parijs en geloof me, een heel bekend advocaat (...) Men zou kunnen denken dat de gerechtigheid iedere avond met mij naar bed ging (...) Bovendien voelde ik mij sterk door twee oprechte gevoelens: de voldoening die er uit bestond dat ik aan de goede kant van de rechtszaal stond en een instinctieve minachting voor rechters in het algemeen (...)'⁽¹⁾

Aan de goede kant staan: rechters sluiten gevangenen op en het is een werk van barmhartigheid gevangenen te bevrijden. Ik heb trouwens vaak gedacht dat iedere gevangene die zichzelf en de vrijheid respecteert de plicht heeft steeds opnieuw te pogen te ontsnappen. Mijn verstand zegt me vervolgens dat de directeur van de gevangenis zoveel mogelijk moet proberen dat te voorkomen, zeker als de man echt gevaarlijk is. Partijdigheid in de vorm van zoeken naar de meest humane oplossing hoort ook bij het vak van rechter. Als in een civiel geding de wet geen duidelijke uitkomst biedt, en dat is zelfs bij ons nieuwe Burgerlijk Wetboek opvallend vaak het geval, dan zal de goede rechter partij kiezen voor die partij die het verdient. In die zin is partijdigheid geen vooringenomenheid maar zoiets als na-ingenomenheid. Als in een strafzaak de verdachte die een ernstig feit heeft begaan een oprecht verhaal vertelt dat aantoonst dat hij ondanks dat begane feit niet wezenlijk een slechter mens is dan een van ons, dat hij, kort gezegd, met zijn kwaad en al een van ons blijft, dan kiest de rechter zoveel de wet het toestaat partij voor die mens. Dat is niet

genade voor recht laten gelden, maar recht als genade benaderen.

De onafhankelijke rechter; het is een combinatie van woorden die ieder in de mond bestorven ligt en waaraan rechters heel, heel zwaar tillen. Terecht. Maar als dat alles was wat ik in dit verband te zeggen had, kon ik beter zwijgen.

In het burgerlijk recht hangt schadevergoeding meestal samen met direct objectiveerbare zaken. Daarbij kan de rechterlijke benadering verschillen maar, als hij eenmaal gekozen heeft, is de schade berekenbaar.

In minstens twee gevallen ligt het anders. Daar waar na echtscheiding alimentatie moet worden vastgesteld voor de echtgenoot die daaraan behoefte heeft, maar slechts naar de draagkracht van de andere echtgenoot, terwijl ook nog meespeelt in welke sfeer van welbehagen de eerste echtgenoot tijdens het huwelijk heeft rondgewandeld; en daar waar de schade bestaat uit geleden verdriet en smart. Op zich genomen kunnen er, nu in deze gevallen de beslissing over de hoogte van het toe te wijzen bedrag een discretionair karakter heeft, grote onderlinge verschillen bestaan die maar in zeer beperkte mate door de Hoge Raad kunnen worden aangetast. Dat die verschillen niet bestaan, althans uiterst klein zijn, vindt zijn oorzaak in het feit dat er 'alimentatienormen' bestaan die voor elk geval in verregaande mate de uitkomst bepalen en een soort richtlijnen - als bijlage van verkeersrecht - die voor allerlei letsel dat leed veroorzaakt, de bedragen aangeeft. De rechters behouden een

zekere mate van vrijheid maar houden daar kennelijk niet erg van. Zeker bij de bedragen aan smartengeld is er van volstreekte vrijwilligheid sprake. Die vrijwilligheid vindt, denk ik, zijn oorsprong in de overtuiging dat in (ongeveer) gelijke gevallen gelijke uitkomsten geboden zijn, ook al zou de rechter die moet beslissen er anders over denken.

Het is minstens opmerkelijk te noemen dat in andere situaties waarin gelijkheid zeker evenzeer *das Gebot der Stunde* is als in die gevallen, daar zo moeilijk over gedaan wordt. Ik doel op de discretionaire bevoegdheid van de strafrechter bij het opleggen van straf: zijn grote vrijheid tussen het algemene minimum en het bijzondere maximum van de straf die op een bepaald misdrijf is gesteld, maakt het mogelijk dat er op dit punt grote verschillen bestaan. En die mogelijkheid verwerkelijkt zich ook regelmatig. Er zijn tendenties die deze ongelijkheid aanvatten: zoals de richtlijnen van het openbaar ministerie voor te vorderen straffen, richtlijnen die vaak in hoge mate uitgewerkt zijn, maar waarbij uiteraard geen rekening kan worden gehouden met de persoon van de dader, die er nog niet is. Er ontstaat dan een soort standaardpersoon voor wie de richtlijnen gelden. Dat is uiteraard niet overeenkomstig de werkelijkheid maar zo verschrikkelijk erg is dat niet, omdat wij omtrent de verhouding tussen de persoon van de dader en diens schuld voor een groot deel in het absolute duister tasten.

De weerstand van rechters om aan gelijkheid van bestrafing in gelijksoortige gevallen mee te werken, heeft vooral te maken met hun gevoel dat daardoor aan hun onafhanke-

lijkheid afbreuk wordt gedaan. Die is, op zijn zachtst gezegd, niet meer volkomen. Ik ontken dat niet maar stel de vraag of die volkomen onafhankelijkheid in dit geval wel vereist, of zelfs gewenst, is.

Onafhankelijkheid wordt meestal, en zeker in deze context, opgevat als een absoluut begrip dat geen gradaties verdraagt. Ik denk niet dat dat juist is. Nemen we de twee uitersten in beschouwing dan krijgen we het volgende beeld: rechters zijn volslagen afhankelijk van wet en recht en rechters zijn volslagen onafhankelijk van het bestuur. Het eerste wordt wel aangevochten met een beroep op de vrijheid van de rechter bij zijn uitleg van de wet. Ik zal daar niet dieper op ingaan maar houd wel staande dat uitleg die geen uitleg van de wet is maar eigen vaststelling van wat recht moet zijn, de vrije rechtsvinding, levensgevaarlijk is. Maar, zo moet ik daar aan toevoegen: de rechter die eigen inzicht over wat goede rechtspraak is laat prevaleren boven wat de wet kennelijk wenst, heeft tegenwoordig de wet aan zijn zijde. Een metabepaling stelt vast dat de rechter een naar zijn oordeel apert onjuiste uitkomst bij juiste toepassing van de wet naast zich neer kan leggen. Deze metabepaling is onderdeel van het Burgerlijk Wetboek. Overgeplaatst naar het strafrecht zou men direct inzien wat voor een funeste werking zo'n bepaling der wet die de wet opzij zet, zou hebben.

Tussen uiterste onafhankelijkheid en de meest extreme afhankelijkheid ligt een terrein open waar (on)afhankelijkheid een betrekkelijke rol speelt. In hoeverre zijn rechters

van elkaar onafhankelijk? En in hoeverre bestaat er onafhankelijkheid van de rechter tegenover de publieke opinie, tegenover de geest van de tijd? Naar mijn vaste overtuiging gaat het hier om gradaties. Voortdurende druk van de publieke opinie om zwaarder te straffen zal, zoals de ervaring leert, op den duur tot een zekere mate van zwaardere bestraffing leiden. Dat geldt niet alleen het algemene beeld van het bestraffingsklimaat, maar kan ook betrekking hebben op individuele feiten, die onder die invloed of zwaarder of lichter bestraft zullen gaan worden. Iedereen kent daar voorbeelden van. Overigens zal de publieke opinie de straf maar zelden te zwaar vinden. Invloed dus, en daarmee een zekere mate van afhankelijkheid. Aan de andere kant staat evenzeer vast dat de rechter tegenover de publieke opinie een grote mate van onafhankelijkheid moet handhaven. De publieke opinie laat zich leiden door - soms afschuwelijke - incidenten. De rechter moet zich laten leiden door in zulke gevallen onsympathiek aandoende terughoudendheid, waarbij vooral ook de belangen van de verdachte niet mogen worden veronachtzaamd.

Een veel grotere mate van afhankelijkheid dan tegenover de publieke opinie is, dunkt mij, voor rechters geboden jegens (de beslissingen van) hun collega's. In veel gevallen wordt die niet theoretisch maar praktisch afgedwongen. De rechters van eerste aanleg en die van hoger beroep die zich tegen een bepaalde uitleg van een wetstekst door de Hoge Raad verzetten en een daarmee niet te rijmen uitspraak doen, staan in hun recht, maar daar hebben zij niet veel aan

omdat hun beslissing toch ongedaan zal worden gemaakt. Maar juist waar de rechters van feitelijke instantie een vrije bevoegdheid hebben die niet of bijna niet kan worden aangetast door de hoogste rechter - vaststelling van de strafmaat; vaststelling van alimentatiebedragen; vaststelling van de hoogte van het smartengeld - dient ter wille van hen die aan het recht zijn onderworpen de grootst mogelijke mate van gelijkheid te worden nagestreefd. Dat staat gelijk aan inperking van die onafhankelijkheid.

Een ding zou ik bijna vergeten: ook zijn rechters niet onafhankelijk, zelfs niet van het bestuur, daar waar het gaat om een effectieve en efficiënte organisatie van hun werkzaamheden. Ze zullen moeten leren dat ze in dat opzicht, maar ook alleen daarin, veel kunnen leren van het bedrijfsleven.⁽²⁾

WAAROM HET RECHT DE PLANK ZO VAAK MISSLAAT
een drievoudig intermezzo

THE SPIRIT OF MUSIC

Ik geef de toedracht zo simpel mogelijk weer: een jonge vrouw van Italiaanse afkomst wordt in haar vroegste jeugd door een Engelse edelman opgevoed maar niet geadopteerd. Ze zingt goed en bespeelt het klavecimbel vaardig. Laten we haar Catharine noemen. Ze raakt verliefd op de jonge man, een neef van dat adellijke echtpaar, die straks al hun bezittingen zal erven. Laten we hem Anthony noemen. Anthony speelt jarenlang een smerig spelletje met Catharine. Hij zal met een vrouw uit zijn eigen stand trouwen, want geld zoekt geld en de enige die dat pas laat begrijpt is de kleine, bedeesde maar ook hartstochtelijke Italiaanse. Als Anthony met haar, nu wel op de hoogte van zijn verraad, een afspraak heeft gemaakt ergens op een afgelegen plek, gaat zij daar gretig op in. Vast van plan hem te vermoorden neemt ze een dolk mee naar de ontmoetingsplaats waar ze de door haar beminde en verfoeide man dood aantreft. Zijn hartslag was nooit echt in orde. Daarover was hij altijd al bezorgder geweest dan over al de ellende die hij

had uitgestort over deze jonge vrouw.

Maar zoals gebruikelijk was er een andere jongeman die de Italiaanse met hart en ziel liefhad, ook al was ook die liefde niet echt wederkerig. Heinrich Heine heeft die situatie voor eeuwig vastgelegd: 'Es ist eine alte Geschichte,/ Doch bleibt sie immer neu;/ Und wem sie just passieret,/ Dem bricht das Herz entzwei.' Catharine's tweede keus zegt tegen haar die hij liefheeft en die wegens haar slechte bedoelingen tot stervens toe geraakt is: 'hij was het die eerst fout was; hij gaf jou aanleiding. En kwaad kweekt kwaad. Als mensen ons slecht behandelen dan kunnen we het nauwelijks helpen dat we het kwaad met hen voor hebben. Maar ons kwaad is dan meer te verontschuldigen.'

Hier rijzen twee grote strafrechtelijke problemen: was er sprake van een strafbare poging tot moord bij Catharine, en zo ja, kan zij zich dan beroepen op het minder verontschuldigbare kwaad dat haar is aangedaan, juridisch gezegd: is er sprake van noodweer of noodweerecces?

Het eerste probleem: van vrijwillige terugtred is in ieder geval geen sprake, want doordat de man al dood was, kon zij haar moord niet meer volvoeren. De vraag is daarom of het wegpakken en meenemen van een dolk naar de plaats van de ontmoeting gevoegd bij het gegeven dat zij voornemens was Anthony tijdens de ontmoeting daarmee te doden een strafbaar begin van uitvoering betreft, dan wel een niet-strafbare voorbereidingshandeling. Er is een aan alle enigszins in het strafrecht geverseerde juristen bekende en beruchte uitspraak van de Hoge Raad uit 1934 waarbij

niet als strafbare poging werd aangemerkt alle voorbereidingshandelingen tot brandstichting waarbij alleen nog het trekken aan een touwtje ontbrak. Er is ook hier een grote kans dat er niet sprake was van poging tot moord, waarbij overigens ook de vraag kan rijzen of men poging tot moord kan plegen op een dode. Die is daar eigenlijk ongeschikt voor. Misschien zal iemand denken dat ik nu met een aantal juridische opmerkingen en observaties zal komen maar het is juist mijn bedoeling om dat niet te doen.

Het tweede probleem: iemand kan een ander levenslang het leven zo zuur maken, zo bedreigend zijn voor diens welzijn en gezondheid, dat deze het op den duur niet meer verdraagt en jegens de treiteraar tot strafbaar handelen overgaat of poogt te gaan. Je moet echter in dat geval vaststellen dat er juridisch geen sprake is van noodweer of noodweerexces om de simpele reden dat daarvoor vereist is dat dit handelen een directe reactie is op een *ogenblikkelijke* (wederrechtelijke) aanranding. Als er in dit geval al gesproken zou kunnen worden van een strafbare poging tot moord, dan zou een beroep op noodweer (-exces) volstrekt kansloos zijn. Levenslange ellende rechtvaardigt, volgens ons recht, het aanpakken van de ellendeling niet. En toch... Ik hoop dat een paar van mijn lezers inmiddels doorhebben dat ik dit voorbeeld heb ontleend aan het adembenemende verhaal van wellicht Englands grootste romanschrijfster George Eliot (1819-1880), *Mr. Gilfil's Love-Story*, uit haar debuut als romanière in *Scenes of Clerical Life*. En ik heb die strafrechtelijke problemen aangeroerd omdat zij in het ver-

haal in het geheel geen rol spelen en ook absoluut niet gemist worden. Anders gezegd: een uitvoerige uiteenzetting over deze problematiek zou het verhaal grondig bederven. Waarom? Omdat het in het leven niet van belang is of iemand precies binnen of net buiten het domein van het strafrecht is getreden en omdat schuld niet in de strafrechtelijke benadering van het handelen van Catharine opgaat maar in dat geheel van gebeurtenissen en emoties, dat sinds jaren plaatsvond rondom haar, Anthony en Mr. Gilfil, haar tweede keus, waarmee zij uiteindelijk toch zou trouwen, om in het kraambed van haar eerste kind haar gebroken leven te beëindigen.

Wat dan wel van belang is? Ik denk dat deze Italiaanse werd gered van de waanzin die haar dreigde te overstelpen door de genade van de muziek. Van muziek die niet alleen geen pijn deed, maar pijn wegnam. Wat Gilfil hoopte toen Catharine in een soort coma lag, was niet dat zij zou worden vrijgesproken of zoiets juridisch, maar dat de *spirit of music* in haar zou ontwaken. Op de lange duur en voor korte tijd gebeurde dat ook: 'The soul that was born anew to music, was born anew to love'.

JOSEPH CONRAD'S KAPITEIN MACWHIRR ALS RECHTER IN CIVIELE ZAKEN

In *Typhoon*, een van de bekendste korte verhalen van Joseph Conrad komt, niet onverwacht, het schip de Nan-Sha in een

geweldige storm terecht. De kapitein van dat schip, MacWirr, had maar net genoeg verbeeldingskracht om zich van de ene naar de andere dag voort te slepen. Behalve de bemanning waren aan boord zo'n tweehonderd Chinese koelies die, voorzien van hun in een aantal jaren moeizaam verdiende en gespaarde geldstukken, als menselijke lading van dat schip naar huis werden vervoerd. MacWirr, behalve dom ook eigenwijs, was niet bereid rekening te houden met de aangekondigde storm. Onverantwoord, naar de mening van Conrad's biograaf Baines, want zo stelde hij schip en opvarenden zonder noodzaak aan ernstig gevaar bloot. Het liep betrekkelijk goed af, wat op zich bij Conrad al uitzonderlijk is. Waar zich even tevoren de verschrikkelijkste taferelen hebben afgespeeld, gaat het verhaal van storm over in windstilte: 'On a bright sunshine day, with the breeze chasing the smoke far away, the Nan-Sha came into Fu Chau.'

Het is een voor Conrad's doen simpel verhaal met een verrassend slot. Dat betreft de oplossing van een civiel probleem door de kapitein. Door de aanhoudende hevige storm was de lading van dicht op elkaar gepakte koelies aan het schuiven en schobberen gegaan en hun dollarmunten - ook toen blijkbaar al boegbeeld van betrouwbaarheid - waren in grote massa's overal over het dek verspreid. Deze 'scattered dollars' werden door leden van de bemanning op last van de kapitein verzameld en aan hem afgegeven. Dat bijeen sprokkelen van al die munten was een gevaarlijk werk, want als de koelies niet al half dood waren geweest, zouden

zij die bemanningsleden naar de keel zijn gevlogen. Natuurlijk dachten die koelies dat wij hen van hun geld wilden beroven, zegt een van de matrozen tegen MacWirr: 'You said: pick up that money. Easier said than done. They couldn't tell what was in our heads.' Het vervolg van het verhaal gaat over de wijze waarop de totale som aan munten weer moet worden verdeeld, want natuurlijk had de een meer geld overgehouden dan de ander. Er bestond een grote kans dat de koelies met geen enkele wijze van verdeling akkoord zouden gaan en in opstand zouden komen. De verteller van het verhaal denkt er zo over:

'I hope, sir, you won't be letting them out on deck (...) A trouble with a *cargo* of Chinamen is no child's play. I wish (...) you would let us throw the whole lot of these dollars down to them and leave them to fight it out amongst themselves, while we get a rest.'

Dit is een methode die elk rechtsgehalte mist, al dient daaraan toegevoegd te worden dat er toch nog een fatsoenlijke kant aan zit: het geld komt in ieder geval ter beschikking van de groep die er recht op heeft, maar de verdeling binnen die groep zelf is een zaak van pure willekeur, van eigenrichting voor en door de sterksten. Die domme MacWhirr noemt het 'wildenpraat' en vervolgt dan op zijn gebruikelijke lijzige toon dat ze er iets op moeten vinden dat voor alle partijen rechtvaardig is. Daarmee zit hij in het hart van recht en rechtspraak.

Ik vraag mij af hoe naar Nederlands recht de verdeling tot stand zou komen. Ik beschouw de kapitein als houder van in consignatie gegeven gelden. Het is bekend van wie die gelden zijn. Maar niet aan wie wat toekomt. Papieren die dat duidelijk kunnen uitwijzen ontbreken. Ik denk dat elk der rechthebbenden zich als zodanig bij de kapitein zal moeten aanmelden en zijn deel zal moeten opgeven. Als de aanmeldingen tezamen genomen het beschikbare geld te boven gaan, is Leiden in last en zit er niets anders op dan aan ieder bewijs op te dragen van het bedrag dat hem toekomt. En dat is voor iedereen een even onmogelijke zaak. De consignatiehouder heeft in ieder geval geen recht op het geld, dat aan de cargo in een of andere maatstaf van verdeling toekomt. Zie ik het goed dan raken we naar ons recht in een afschuwelijke impasse, die alleen maar zonder vonnis bij wijze van minnelijke schikking zou kunnen worden doorbroken. Maar dat zal wellicht stuiten op de onwil van hen die het meest hadden gespaard. Ook naar Engels recht zou die impasse hebben bestaan:

'Had we been an English ship, or only going to land our cargo of coolies in an English port, like Hong Kong, for instance, there would have been no end of inquiries and bother, claims for damages and so on.'

Maar nee, het schip voer onder Siamese vlag. 'Fair to all parties' diende de beslissing te zijn, en daarom moest zij, zo meen ik, noodzakelijkerwijs een bemiddelend karakter

hebben. MacWhirr nam zijn beslissing met als uitgangspunten dat alle koelies gedurende een zelfde tijd op dezelfde plaats te werk waren gesteld. Wat onder die omstandigheden een faire beslissing het meest benaderde was, zo oordeelde deze rechter, een verdeling van al het geld in gelijke parten over alle deelnemers. De kapitein had wel degelijk ook overwogen dat hij kon proberen ieder volgens zijn eigen opgave uit te betalen, maar

'You couldn't tell one man's dollar from another's (...) and if you asked each man how much money he brought on board he was afraid they would lie and he would find a long way short.'

Een andere, formeel-juridisch juiste oplossing: het geld afgeven aan de Chinese autoriteiten in Fu-Chau was, aldus de kapitein, materieel volstrekt onjuist: dan kon hij even goed het geld in eigen zak steken.

Deze verdeling, een staaltje van echte *justitia distributiva*, nam heel wat tijd in beslag. Maar voor het donker werd was zij toch voltooid. Ik weet niet of dit een steek onder water is, gericht tegen de gewone civiele justitie, die heel wat meer tijd nodig heeft om tot een uitspraak te komen.

Er bleven drie dollars over, zoals dat bij deelsommen mogelijk is. Ieder van de drie koelies, die het het zwaarst te verduren hadden gehad, kreeg er een van, kennelijk als smartengeld.

Aan het eind van het verhaal komt Conrad nog eens terug op karakter en inzicht van die domme kapitein MacWhirr:

'This certainly is coming as near as can be to keeping the thing quiet for the benefit of all concerned. (...) The skipper remarked (...) "There are things you find nothing about in the books". I think that he got out of it very well for such a stupid man.'

'Keeping the thing quiet for the benefit of all concerned.' Zou dat niet een goede definitie zijn voor de rechtspraak in burgerlijke zaken, die probeert af te komen van de oplossing waarbij alleen witte en zware kleuren bestaan?

DE MINIEME PAKKANS

De trein vertrekt op maandag 14 september 1998 om tien voor halftwaalf uit Nijmegen, rechtstreeks naar Amsterdam-CS. Een dubbeldekker van de nieuwere soort die niet meer zo steunt en kreunt als de oude, die ook nog op de rails lopen. Ik neem de trap naar beneden (boven is het tweede klas) en ga zitten in de enige stoel waarin je niet iemand recht tegenover of naast je kunt krijgen. Zittend in de enkele rij heb ik een goed zicht op de dubbele rij, voor zover schuin tegenover mij. Een gezellig hokje voor vier personen, maar er zit alleen een dame van achter in de veertig, naar mijn schatting achteraf een welbespraakt voorzit-

ter van een lang niet eenvoudige vereniging. Ze zit aan de raamkant en wel zo dat we, als we dat willen, elkaar recht in het gezicht kunnen kijken. Maar dat willen we niet. Vanuit mijn zitplaats heb ik alleen geen zicht op de plaats in het hokje recht tegenover haar, waar ze, zo blijkt ook alweer later, haar omvangrijke tas heeft neergezet.

In Utrecht stopt de trein, omdat alle treinen in Utrecht stoppen. Een beetje langer dan elders. Er komen wat mensen binnen. Een man gaat schuin tegenover de vrouw, en dus naast haar tas, zitten. Dat is erg ongebruikelijk in Nederland als er elders nog volop onbezette compartimenten zijn. Op een van de twee stoelen achter haar gaat ook een man zitten, zo dat hij met zijn rug niet recht maar schuin tegenover haar zit. Op televisie zou men het hele tafereel veel duidelijker in één totaalbeeld kunnen weer-geven.

Die tweede man draait zich plotseling om en roept verschrikt: mevrouw, ik zit hier toch niet in de eerste klas? Zij draait zich op haar beurt naar hem om en zegt dat dat wel het geval is. Waarop hij en de man die naast de tas zat haastig de coupe verlaten. De vraag had een dubbel doel: mevrouw afleiden en het bieden van een aannemelijke reden voor de mannen om snel de coupé te verlaten. Juist als ze uit het zicht maar nog niet uit de trein zijn, zet deze zich in beweging, richting Amsterdam en zijn benauwde veste. Heel kort daarna staat de mevrouw op en vraagt mij of ik op haar tas wil passen die ze nu verplaatst naar de stoel die ik wel kan zien. 'Mijn portemonnee is door die mannen

gerold', zegt ze. Ik had dat niet gezien maar wie mij tot hier heeft willen volgen, weet dat ik ook weinig kon zien. De vrouw zoekt en vindt contact met een conducteur, die haar verhaal ernstig aanhoort en vervolgens langs een of andere elektronische weg contact opneemt met een collega. Deze komt een paar minuten later en heeft de portemonnee al bij zich. Leeg, vanzelfsprekend. Er wordt gebeld met de politie in Duivendrecht en nauwkeurig afgesproken waar die zich op dat station zal opstellen. De afstand Utrecht-Duivendrecht per intercity duurt achttien minuten. In Duivendrecht aangekomen horen we, en ik ben een van de weinigen die weet waarom, dat de deuren een tijdje dicht blijven. De politie staat op het perron.

De mannen, duidelijk beroepskrachten, zij het van het soort der kleine zelfstandigen, zijn meteen na hun coupe uit elkaar gegaan. De een wordt opgespoord op een toilet vlakbij onze zitplaatsen, de ander aan de andere kant van het treinstel. Het is een heel lange trein met vier of vijf wagons, maar bij die nieuwe treinstellen hebben de wagons geen verbinding meer met elkaar. Beide mannen worden door mevrouw en een man, die zich vrijwillig komt aanmelden, resoluut herkend en geboeid afgevoerd. De mevrouw en die man mogen ook niet verder reizen; ze moeten mee naar het bureau want hun bevindingen dienen geverbaliseerd te worden. Wij reizen door: door de geluidsinstallatie vernemen we nu dat er dieven in de trein waren en dat die in Duivendrecht gearresteerd zijn. Dat hadden we allemaal even tevoren gezien.

Als men mij nodig had gehad, zou ik nooit (onder ede) kunnen zeggen dat de gepakte mannen dezelfde waren als die bij die mevrouw waren gaan zitten. Hoogstens had ik, als ze een heel donkere man of een vrouw hadden opgepakt, kunnen zeggen dat die het in ieder geval niet waren. Slechte getuige.

Een tweeslachtig gevoel overviel mij toen ik die mannen geboeid zag worden afgevoerd. Aan de ene kant was ik blij dat ze gepakt waren, maar ik vond het ook een ellendig beeld: twee mannen, de politie, die twee andere mannen, de dieven, volstrekt in hun fysieke macht hebben. Eigenlijk is dat het toonbeeld van de werkelijke ongelijkheid tussen mensen: onder dekking van de staatsmacht, en daardoor volkomen rechtmatig, absolute heerschappij uitoefenen over het lichaam van een ander.

Deze mannen hadden wel ontzettende pech. Hun kwade kans gepakt te worden was heel klein en toch waren ze er bij. Ik geef zeven redenen waarom ze normaliter zouden zijn ontkomen: (1) in veel gevallen hadden ze nog in Utrecht de trein kunnen verlaten, ze waren nu net te laat; (2) de afstand tussen de beide stations is hier achttien minuten maar vaak veel kleiner, waardoor het nemen van de nodige maatregelen te veel tijd vergt; (3) de conducteurs hebben vaak geen zin in het gezanik, waarvan de waarheid, als de portemonnee niet snel wordt gevonden, niet te bewijzen is; (4) de politie heeft vaak geen tijd of zin om zich in te laten schakelen en beroept zich op prioriteiten; (5) de gedupeerde ontdekt het verlies vaak pas veel later, namelijk

als zij geld nodig heeft; (6) het merendeel van de gedupeerden neemt niet onmiddellijk het goede initiatief; en (7) de daders kunnen zich gewoonlijk over de hele, lange trein, verspreiden en zitten niet, zoals hier, klem in één treinstel. Veel pech dus, maar daarom ook flinke kans dat ze, als ze 's middags zijn vrijgekomen, 's avonds op een meer geschikt traject hun stuk, nu met succes zullen herhalen. Enige scherpzinnigheid kun je hun plan van handelen niet ontzeggen.

Twintig december 1926 was een zwarte dag voor Besier, advocaat-generaal bij de Hoge Raad, en misschien wel voor de Nederlandse samenleving als geheel.

In het door hem samen met Blok, hoogleraar strafrecht aan de universiteit van Leiden, in 1925 verschenen driedelig handboek *Het Nederlandse Strafproces*, nog steeds voor de praktijk van belang, leverden zij commentaar op het bij de Wet van 15 januari 1921 aangenomen, maar pas op 1 januari 1926 in werking getreden huidige Wetboek van Strafvordering. Nog maar vrij onlangs vond dit standaardwerk een volwaardige en complete vernieuwing in *Het Nederlandse Strafprocesrecht* van Corstens, lid van de strafkamer van de Hoge Raad.

Blok en Besier gaven commentaar op het voor hen nieuwe wetboek voordat dit in de rechtspraak tot toepassing kon leiden. Dat lijkt vrij riskant maar je zou ook kunnen zeggen dat het de onbevangenheid van de auteurs bevorderde omdat de rechtspraak van de Hoge Raad hen nog niet voor de voeten liep.

Wie *nu* bijvoorbeeld toelichting wil geven op het derde lid van art. 341 strafvordering, raakt door die rechtspraak onmiddellijk in moeilijkheden. Deze korte bepaling gaat over de bewijsvoering en houdt in dat verklaringen van een verdachte 'alleen te zijnen aanzien gelden'. Over de bedoeling van deze bepaling liet de parlementaire geschiedenis geen twijfel bestaan: een verdachte probeert vaak de hele of het belangrijkste deel van de schuld op zijn kompa(a)n(en) af te wentelen. Zijn verklaring kan daarom uit voorzichtigheid niet als bewijsmiddel tegen zo'n medeverdachte worden gebruikt. Ik stel vervolgens vast dat de Hoge Raad deze bepaling zowat op het moment van haar geboorte heeft gewurgd door haar zo uit te leggen dat zij alleen betrekking heeft op een medeverdachte in een formeel gevoegd proces. Tot die formele voeging zijn rechters echter nooit *verplicht*. Om te voorkomen dat de verklaring van een medeverdachte voor het bewijs verloren gaat, laten zij het wel uit hun hoofd deze zaken formeel gevoegd te behandelen. Weliswaar komt het vaak voor dat de zaken van twee of meer verdachten tezamen en gelijktijdig worden behandeld, maar zolang de rechter niet formeel uitspreekt dat ze gevoegd zullen worden behandeld, zijn ze, hoewel materieel gevoegd, niet gevoegd. Wie het vatten kan, vatte het. Kijken we naar de werkelijke situatie waarin heel vaak een medeverdachte als bekenners of informant heel wezenlijk bijdraagt aan de bewijsvoering, dan moet de conclusie wel zijn dat, zo de bepaling niet door de rechtspraak van haar kracht was beroofd, dit al lang door wetswijziging zou zijn

gebeurd. De rechtspraak van nu kan die verklaringen gewoonweg niet missen. Mijn betoog was er alleen op gericht duidelijk te maken dat Blok en Besier in hun handboek nog vrijuit en niet gehinderd door de harde werkelijkheid konden 'praten'. En daar voeg ik aanstonds maar aan toe dat de tegenpool van de letterlijke en allang verlaten toepassing van deze bepaling thans een even ongewenste tegenpool in de andere richting dreigt te gaan krijgen: ik doel op het rampzalige, het strafproces tot in zijn kern aantastende verschijnsel van de kroongetuige. Dat is een mededader, die zelfs de hoofdman van de criminele organisatie kan zijn en die door zijn kornuiten er bij te lappen, strafvermindering of zelfs kwijtschelding van straf krijgt, naast andere emolumenten zoals gratis plastische chirurgie en een gouden handdruk om in den vreemde van een al dan niet rustige, al dan niet oude, dag te genieten.

Ja, vrijuit praten, dat deden ze dan ook, die verre voorouders van onze strafrechtelijke wereld. Om terug te komen bij die zwarte dag voor advocaat-generaal Besier hoef ik maar een heel klein stapje te zetten, en ik kom dan terecht bij artikel 342 strafvordering, waarvan de eerste alinea luidt:

'Onder de verklaring van een getuige wordt verstaan zijne bij het onderzoek op de terechtzitting gedane mededeling van feiten of omstandigheden, welke hij zelf waargenomen of ondervonden heeft.'

Wie bereid is deze bepaling met haar Reviaanse zinswending aandachtig te lezen, kan moeilijk tot een andere conclusie komen dan dat bewijs door getuigen afkomstig moet zijn van iemand die ter terechtzitting aanwezig is en daar over zijn eigen bevindingen vertelt. Zo is het ook in vele niet-Nederlandse rechtsstelsels, maar niet bij ons. Dat komt omdat de verklaring van horen zeggen (de *auditu*, zeggen de juristen) bij ons aanvaard is, ook wat betreft de inhoud van wat men hoorde zeggen. Dat gebeurde voor het eerst bij een beslissing van de Hoge Raad van 20 december 1926. Die beslissing heeft ertoe geleid dat een rechter alleen al op grond van de verklaring van A als bewezen kan aannemen niet alleen *dat* D iets geroepen heeft (want dat was voor zijn waarneming vatbaar) maar ook dat werkelijk gebeurd is *wat* die D geroepen heeft, anders gezegd dat B inderdaad, zoals D volgens A had geroepen, C met een mes heeft gestoken. Die D kan ook iemand zijn wiens personalia onbekend zijn gebleven in het na de steekpartij ontstane tumult. Dan is er een verklaring van horen zeggen, waarvan de inhoud afkomstig is van een anoniem persoon. En om nog even verder te gaan: als de rechter voor het bewijs gebruik maakt van een door de politie op ambtseed opgemaakt proces-verbaal waarin wordt aangegeven wat personen zoal over het begane misdrijf en de persoon die het volgens hen bedreef aan de politie en niet onder ede heeft meegedeeld, is ook dan sprake van een verklaring van horen zeggen, namelijk van wat de politiebeambte die personen heeft horen zeggen. Ook dat wordt (misschien moet

ik zeggen *werd*) in onze rechtspraak aanvaard. Zo heb ik het meermalen meegemaakt dat een verdachte, die op alle terechtzittingen bleef ontkennen, door de rechter op grond van twee bij de politie afgelegde verklaringen van 'getuigen' toch werd veroordeeld. Daar begint een kentering in te komen onder aandrang van het Hof voor de Mensenrechten te Straatsburg, dat weinig sympathie heeft voor de verklaring van horen zeggen. In feite immers staat daardoor de deur open voor het gerucht als bewijsmiddel.

Tegen de aanvaarding in 1926 van de inhoud van de verklaring van horen zeggen, heeft Besier zich als advocaat-generaal in zijn conclusie met hand en tand verzet. Maar ik zal nu eerst de feitelijke toedracht van die zaak weergeven, want het ging niet over een messteker. De zaak concentreerde zich rond dat vreemde artikel 432 Wetboek van Strafrecht dat drie behoorlijk uiteenlopende zaken samenvat als *overtredingen* met een bijzondere status: bedelarij, landloperij en souteneurschap. Dat laatste was ten laste gelegd en de rechtbank te Maastricht veroordeelde de man tot een dag hechtenis maar ook tot plaatsing in een werk-inrichting voor de tijd van een jaar, een ook nu nog bestaande, maar niet meer toegepaste, bijkomende straf. De rechtbank had het bewijs mede doen steunen op de verklaring van een huisvrouw die luidde:

'Bij gemelde ontmoeting vertelde getuige F (de prostituee) mij dat zij met ontucht de kost moest verdienen voor verdachte en dat zij, wanneer zij niet genoeg verdiende, slaag van hem kreeg.'

Dat is een verklaring van horen zeggen. De rechtbank oordeelde, overeenkomstig toen vaste rechtspraak, dat zij van die verklaring alleen voor het bewijs kon gebruiken *dat* de huisvrouw dit door de prostituee had horen verklaren. Er was echter voldoende rechtstreeks bewijs om tot een veroordeling te kunnen komen. In zoverre, aldus Besier in zijn conclusie, was de bewijsvoering helemaal in orde, maar als de rechtbank, zo voegde hij daar aan toe, *bedoeld* zou hebben ook de inhoud van de verklaring van de prostituee voor het bewijs te gebruiken, dan zou dat faliekant fout zijn.

Eigenlijk deed het punt niet ter zake maar Besier ging er wel op in en wel in het bijzonder omdat iemand uit het vijandelijke kamp, Taverne, inmiddels deel was gaan uitmaken van de strafkamer van de Hoge Raad. Taverne had indertijd met klem betoogd dat de verklaring van horen zeggen ook wat de inhoud van het gehoorde betreft voor het bewijs mocht worden gebruikt. En dat in het *Tijdschrift voor Strafrecht* door Taverne gevoerde betoog, door Besier geschetst als

‘een strijdschrift, waarin de vraag slechts aan ene zijde wordt belicht en zulks van dit eenzijdige standpunt op zo verdienstelijke wijze, dat het niet missen kan indruk op Uwen Raad te maken’

moest volgens de laatste krachtig weersproken en weerlegd worden. Taverne was, dat wilde ook Besier toegeven, een bekwaam auteur. Maar wie Taverne's persoonlijkheid uit

zijn annotaties in de Nederlandse Jurisprudentie op mede door hem zelf gewezen arresten probeert te doorgronden, moet wel gewaar worden dat Taverne's betoog in de eerste plaats op hem zelf grote indruk placht te maken, en omdat hij als lid van de strafkamer van de Hoge Raad zo dicht bij het vuur zat, zal zijn opvatting in de controversie ongetwijfeld de doorslag hebben gegeven.

De gevolgen waren nog ingrijpender dan toen vermeld werd. Toch was de Hoge Raad bij zijn aanvaarding van de opvatting van Taverne heel voorzichtig toen zij stelde:

'dat enerzijds niet valt te ontkennen dat verklaringen van horen zeggen in veel gevallen slechts van zeer betrekkelijke waarde zullen zijn en dus met de uiterste behoedzaamheid moeten worden beschouwd, waarbij de rechter er zich steeds nauwkeurig rekenschap van moet geven, waartoe bij zulke getuigenissen de inhoud der eigen waarneming is beperkt, doch anderzijds niet is in te zien waarom de rechter met zulke verklaringen in het geheel geen rekening zou mogen houden.'

Ondanks deze strenge, waarschuwendende woorden had de Hoge Raad zich met dat arrest geheel buiten spel gezet. Immers, de waardering van de verklaringen van getuigen door een feitelijke rechter onttrekt zich aan de macht van de Hoge Raad en voor die waardering hoeft de feitelijke rechter, een enkele uitzondering daargelaten, geen motive-

ring te geven. En wat je in het strafrecht heel vaak ziet gebeuren, is dat een kleine opening, zoals hier gemaakt, in de loop der tijd een reusachtige poort is geworden waar alleen een te fors uit de kluiten gewassen olifant niet door kan. Want open is open.

We zien hier de twee verschijnselen die het strafproces in zijn overtuigingskracht aantasten tezamen opereren: de gronden voor de veroordeling stammen niet uit de terechtzitting zelf en het zijn verklaringen van horen zeggen.

Maar bij dit alles past de opmerking dat het de verdediging vrij stond ter zitting de personen als getuigen op te roepen wier verklaring door een ander werd doorverteld. En dat aan het verzoek om die getuigen op te roepen gehoor moet worden gegeven, behalve wanneer het te laat is gedaan of er sprake is van zeer bijzondere omstandigheden. Het echte probleem ontstaat pas als de persoon wiens verklaring wordt doorgegeven niet bekend is ('ik hoorde iemand zeggen, maar ik weet niet wie') of als een getuige de wettelijke status krijgt van anonieme getuige.

Als Besier de strijd blijvend had gewonnen en als alle bewijsverklaringen ter zitting zouden moeten worden verkregen, zouden wij, sinds de drugsepidemie is uitgebroken, het personeel van de rechterlijke macht moeten verdubbelen. Ik zou dat niet als een geldig bezwaar tegen deze verandering willen opwerpen. Elders kan het ook. Bovendien is het duidelijk dat ons systeem ten enenmale niet past daar waar een jury over het bewijs zou moeten oordelen.

De anonimiteit van (bedreigde) getuigen, zoals die in de jaren tachtig zijn intrede deed, is een eenzijdige. Zij geldt voor de verdachte en (meestal) ook voor zijn raadsman of -vrouw. Wat men er verder ook van zeggen wil, en dat is heel wat, zij verstoort grondig het evenwicht tussen vervolging en verdediging. Daarom moeten er, aldus het Straatburgse Hof, *counter-balances* aanwezig zijn die het verstoorde evenwicht zoveel mogelijk herstellen; anders gezegd, moeten er waarborgen worden geschapen die er voor zorgen dat de doorbreking van de *equality of arms* de rechten van de verdediging niet wezenlijk schaadt. En, zo begrijp ik die rechtspraak: soms is het evenwicht om die reden zo verstoord, dat voldoende *counter-balances* zelfs niet vindbaar zijn. Zo zou het bewijs dat alleen gebaseerd is op de verklaringen van twee anonieme getuigen nooit tot een bewezenverklaring kunnen leiden. Maar de rechtspraak van het Hof te Straatsburg heeft twee ernstige bezwaren: ten eerste aanvaardt zij als *counter-balances*, als tegenwicht, die aan de verdachte toekomende rechten die hij ook gehad zou hebben als er in het geheel geen sprake was van anonieme getuigen, en dat betekent dat het Hof eigenlijk zegt: wij aanvaarden die verklaringen van anonieme getuigen als het niet al te erg is, als voor het overige de aan de verdachte toekomende rechten worden gerespecteerd. Wordt iemand iets afgenomen (in dit geval: zijn recht om met de getuige geconfronteerd te worden) dan kun je dat niet goedmaken door wat hij dan nog overhoudt er tegenover te stellen. En het tweede bezwaar is dat het Hof schier

angstvallig vermijdt ook maar enigszins algemene regels, die vastheid zouden geven, op te stellen. Hierdoor moet elk geval met zijn bijzondere omstandigheden opnieuw gewikt en gewogen worden, terwijl het maar toeval is of er sprake is van een geval waarin de Hoge Raad eerst, de Nederlandse wetgever daarna - een volgorde die helaas ook in het strafrecht gebruikelijk begint te worden - te ruimhartig is geweest bij de aanvaarding van de anonieme getuige. Dat toeval heeft zich niet zo lang geleden voorgedaan en heel strafrechtsgeleerd Nederland stond er paf van, want er was toch geoordeeld overeenkomstig de na het zogenaamde Kostovski-arrest van Straatsburg aangepaste rechtspraak en wetgeving.

Het belang bij het vinden van de waarheid bij ernstige delicten is groot, maar het is niet absoluut, en soms moet het wijken. Dat erkent de Europese rechtspraak evenals die uit de Verenigde Staten zonder meer. Zelfs de gevonden waarheid mag niet altijd tot veroordeling en strafoplegging leiden. We kunnen dat al weten sinds de dagen van Beccaria: een door foltering afgedwongen, met de waarheid overeenstemmende, bekentenis of verklaring telt niet. Over infiltratie in een misdadig milieu, om zo achter de criminele waarheid te komen, wil ik in dit verband een paar opmerkingen kwijt. In de vorige eeuw ontstond er een geweldig tumult in het land van de juristen toen bekend werd dat rechercheurs in burger naar kleine dorpscafés gingen die geen 'volledige' vergunning hadden, om daar na

een paar biertjes gedronken te hebben, jenever of brandewijn te bestellen en als de borrel naar hen toegeschoven werd, proces-verbaal op te maken tegen de overtreder van de Drankwet. Over het algemeen vond men dat toen erg onfatsoenlijk. Infiltratie komt nu voor in belangrijker zaken, met name waar het drugshandel betreft. De Hoge Raad heeft, hoewel infiltratie niet in de strafwet geregeld was, deze in 1979 onder bepaalde voorwaarden toelaatbaar geacht. Dat infiltratie als gevolg kan hebben dat bij de wereld van het misdrijf de gedachte opkomt dat zij op haar beurt bij infiltratie in justitiële kringen baat zou kunnen vinden, is reeds gebleken. Bovendien is dat soort mensen, als ze hun vak een beetje verstaan en in een (h)echte organisatie samenwerken, in hoge mate achterdochtig, zodat het erop zou kunnen uitlopen dat zij met steeds minder succes worden geïnfiltreerd, terwijl ze zelf met steeds meer succes in voor hen belangrijke kringen kunnen infiltreren.

In *The Secret Agent*, in 1910 geschreven door de Poolse Engelsman met Franse inborst Jozef Teodor Konrad Korzeniowski, beroemd gebleven onder zijn schrijversnaam Joseph Conrad, vind ik twee passages die mijn denken over het strafrecht en de wereld altijd hebben gestuurd. De eerste luidt: 'Murder is always with us. It is almost an institution.'

Moord, doodslag, verkrachting, roofovervallen, ze zijn van alle tijden. Maar behalve in tijden van revolutie en oorlog, waarin het beest in de mens loskomt, kunnen we deze mis-

drijven weliswaar niet uitbannen maar er wel - het klinkt wat raar - mee leren leven. Dit soort misdrijven waarbij slachtoffers vallen, wekt weerzin bij anderen en ze zijn te allen tijde vervolgd met de traditionele middelen die daartoe aan justitie ter beschikking stonden en staan. Vaak genoeg met succes. Want een institutie is iets waar men rekening mee kan houden. Pas toen zware straffen werden gesteld op handel in zaken die begeerd worden, toen die spullen die de een wilde kopen, de ander verkopen, en waarbij geen directe slachtoffers betrokken waren, onderwerp van strafbaarheid werden, was het nodig delicten als omschreven in de Opiumwet met nieuwe methoden te bestrijden, methoden die met elkaar gemeen hebben dat de kwaliteit van het strafproces in gevaar komt. De strijd ging niet meer tegen een institutie maar tegen een organisatie en het verschil tussen die twee is dat de eerste een vaststaand gegeven is, terwijl de tweede een steeds wisselende, zich steeds vernieuwende stroming is, die kennelijk niet door strafbedreiging, door vervolging en door (zware) bestrafing kan worden beheerst. Het is al zo vaak gezegd maar in dit verband herhaal ik: er zijn veel stoffen die schadelijk voor de gezondheid zijn, dus waarom hier dan één soort uit pakken om dat wereldwijd te gaan vervolgen met alle rampzalige gevolgen van dien en met schending van het eerste recht van de volwassen mens om zo (ongezond) te leven als hij wil. Als er straks een middel of preparaat wordt ontdekt en vervaardigd dat een sterkere werking heeft dan welke harddrug dan ook, dan zal zo lang dat mid-

del niet op lijst 1 komt te staan de bereiding, verhandeling, verkoop en consumptie ervan straffeloos zijn. Dat er onderlinge afrekeningen plaatsvinden, waardoor ook de institutie moord meegezogen wordt in de ellende van deze organisaties, is maar een van de vele gevolgen voor het strafrecht en voor de formidabele onrust van de anders zo rustige burger. Gore Vidal, Amerikaans schrijver 'against the grain' wist het al in 1970:

'It is possible to stop most drug addiction in the United States within a very short time. Simply make all drugs available and sell them at cost. Label each drug with a precise description of what effect -good and bad- the drug will have on the taker. This will require heroic honesty. Don't say that marijuana is addictive or dangerous when it is neither, as millions of people know, unlike 'speed' which kills most unpleasantly, or heroïn, which is addictive and difficult to kick.'

Om als een verre nazaat van John Stuart Mill te vervolgen:

'Along with exhortation and warning, it might be good for our citizens to recall (or learn for the first time) that the United States was the creation of men who believed that each man has the right to do what he wants with his own life as long as he does not interfere with his neighbour's pursuit of happiness.'

That his neighbour's idea of happiness is persecuting others does confuse matters a bit.'

Ik stelde twee passages uit *The Secret Agent* in het vooruitzicht. Hier volgt de andere, die misschien nog meer te denken geeft. De verklaring is afkomstig van een echte professor die ook een echte misdadiger was, anarchist en idealist. Het kan allemaal samengaan. Ik geef haar voor een deel vertaald weer:

'De aanbidding van de overheid en het geloof in de heiligheid van haar doen en laten, kijk die zouden we moeten aanpakken. Niets zou mij meer plezier doen dan te zien hoe politie-inspecteur Heath en zijns gelijken ons bij vol daglicht en onder toejuiching van het publiek zouden neerschieten. Onze strijd zou dan al voor de helft gewonnen zijn: The desintegration of the old morality would have set in in its very temple.'

STRAFRECHT VERSUS BURGERLIJK RECHT, een duel met wisselende kansen

De rechtsstrijd die zich in de rechtszalen afspeelt is vaak, zeker vanuit sociologisch gezichtspunt beschouwd, een rollenspel met vaste rituelen. De toegang voor het publiek is gratis maar aan de belangstelling afgemeten is er nog steeds maar weinig dat echt publiek trekt. Hoefnagels bij ons, Luhmann in Duitsland, hebben de strakke, formele organisatie van die rechtsstrijd onderscheidenlijk gehegeld en geprezen. Wat daar precies van zij, het rollenspel heeft een niet speelse achtergrond en dat bederft de vreugde aan het spel natuurlijk in niet geringe mate. Toch komt ook hier een van de partijen als winnaar, de ander als verliezer, uit het spel. En ook hier komt het voor dat de slechtere speler wint. Maar eigenlijk is alleen van een rollenspel sprake in het strafproces. Het klassieke civiele recht is, nader beschouwd, een op lange termijn uitwisselen van vele schriftelijke stukken met als (voorlopig) sluitstuk een schriftelijk vonnis. Dat civiele vonnis wordt in het algemeen gezien als hoogtepunt in wat amper een spel, en zeker geen vertoning, genoemd mag worden. Niet dat het vonnis

de cliënt altijd duidelijk zal zijn, maar als de advocaat bereid is wat uitleg te geven zal de cliënt, die immers in hoge mate belanghebbende is bij de uitslag, er aardig wat van af gaan weten. Mensen die veel procederen, en die zijn er nogal wat, beginnen er op den duur een goede kijk op te krijgen. Het civiele recht is een papieren gevecht tussen de gemachtigde deskundigen van partijen. Partijen zelf zijn de aanhitters en informateurs, maar in hoeverre van hun informatie en van hun aansporingen gebruik wordt gemaakt, hangt voor een deel af van de advocaat die zich in plechtige ogenblikken *dominus litis* noemt, dat is de baas van het proces, maar die dat lang niet altijd is.

Veel meer dan de civiele rechtsstrijd is de strafrechtelijke een vertoning, waarbij het vonnis wel sluitstuk is maar allerminst hoogtepunt. Heel veel strafvonnissen gaan zonder dat ze door iemand opgevraagd worden in het archief. Misschien ten behoeve van rechtshistorici anno 2050. De volle nadruk valt op de behandeling ter terechtzitting. Dat komt ook omdat wat daaraan voorafgaat wel van groot gewicht is, maar zich voor een groot deel buiten de publieke belangstelling afspeelt en in zoverre geheim is te noemen. Er is overigens wel gezegd dat bij ons nu juist die zitting niet veel om het lijf heeft. Ze is wel omschreven als een soort controle, niet meer, op wat politie, openbaar ministerie en eventueel de rechter-commissaris, voor de dag brachten. Maar daar komt duidelijk verandering in onder invloed van het Straatsburgse Hof voor de Mensenrechten, dat eigenlijk het liefst alle bewijsmateriaal geput zou willen

zien uit bronnen die niet alleen ter zitting op hun betrouwbaarheid en rechtmatigheid worden getoetst maar die daar zelf rechtstreeks worden gepresenteerd. Dat zal de 'vertoning' nog meer cachet en de uitkomst meer betrouwbaarheid geven. Vroeger kwam het regelmatig voor dat een verdachte tot in hoogste aanleg veroordeeld werd op alleen bij de politie afgelegde belastende verklaringen van twee getuigen die nimmer onder ede door rechters op een zitting waren gehoord. En dat terwijl die getuigen bij de politie evenmin onder ede hadden gestaan. Daar heeft 'Straatsburg' een stokje voor gestoken.

In die vertoning was voor de advocaat lange tijd een bijrol weggelegd. Weliswaar kon hij die bijrol zo vervullen dat hij de hoofdrollen wegspeelde, maar als dat gebeurde was het niet dankzij maar ondanks het wettelijke script en het beleid van de voorzitter van de strafkamer. Die laatste heb ik vaak tegen de advocaat, die tussenbeide wilde komen, horen zeggen - al naar gelang zijn karakter op geïrriteerde, neutrale of vaderlijke toon - dat hij straks wel aan de beurt zou komen. De rituelen verdroegen een echte tussenkomst niet. Dat juist de advocaat daardoor in een heel moeilijke positie kwam te staan is duidelijk: hij moest bij pleidooi, wilde hij wat bereiken, het hele reeds opgevoerde scenario, simpeler gezegd: de gewekte indruk, terugdraaien. Want dat scenario was en is er tot op dat moment in bijna alle gevallen op gericht de bewijsvoering rond te krijgen, niet om haar te ontzenuwen. Slechts de beste advocaten slaagden daarin. Hier is duidelijk verandering in gekomen. Ten

dele omdat ook in de rechtspraak het democratische karakter wat meer gestalte heeft gekregen, maar veel meer omdat het er, vooral in grote processen, niet op aankomt of de verdachte heeft gedaan wat hem te laste is gelegd maar of het bewijs daarvan op acceptabele manier is binnengehaald. Deze nieuwe ontwikkeling van het strafproces is weliswaar niet begonnen, maar wel duidelijk voor het voetlicht gebracht tijdens het Warren-court in de Verenigde Staten en in het bijzonder in de zaak Miranda versus Arizona uit 1972. Helder werd in die beslissing gesteld dat het openbaar ministerie en de politie strak gebonden waren aan procedurele regels, waarbij verzuim tot niet-ontvankelijkheid van het O.M. leidde en dus tot straffeloosheid ook van die verdachte die zo goed als zeker of zelfs zonder twijfel bedreven had wat hem te laste was gelegd. In de niet-juridische wereld (trouwens ook binnen die wereld zelf) heeft deze rechtspraak in alle landen waar ze werd toegepast veel verzet en onbegrip ontmoet. Waarom moet een schuldige verdachte straffeloos blijven als de politie hem betrapt heeft op een manier waarbij, bijvoorbeeld, zijn huisrecht werd geschonden? Ik ga hier niet lang op door en antwoord alleen maar: omdat de enige manier om opsporing, vervolging en berechting op de lange duur binnen de perken van het fatsoen te houden bij toename van zware, moeilijk te traceren georganiseerde criminaliteit, deze drastische maatregel is. Dus niet, zeker niet in de eerste plaats, ter bescherming van een individuele verdachte. Daarom ook is de vaak verwoorde klacht dat aan de verdachte te veel rechten zijn

toegekend niet doeltreffend. Bekentenis na foltering leidt niet tot straffeloosheid omdat die bekendenis vals is (dat hoeft helemaal niet het geval te zijn) maar omdat de wijze waarop de bekendenis werd verkregen vals is en zo een bedreiging vormt voor een leefbare samenleving. In ons land is het nu zo dat de eerste vraag luidt: was de opsporingsmethode, de manier van vervolging en berechting, onrechtmatig? Zo ja, was dat een onrechtmatigheid jegens deze verdachte (als huisvredebreuk bij de buurman tot het vinden van stukken van overtuiging bij de verdachte leidt, is de onrechtmatigheid, volgens de rechtspraak, niet begaan jegens de verdachte)? Is het antwoord daarop wederom ja, dan komt nog de vraag aan de orde: was die onrechtmatigheid zo ontoelaatbaar dat er niets anders opzit dan het openbaar ministerie in zijn vervolging niet-ontvankelijk te verklaren. Wanneer er sprake is van een lichtere onrechtmatigheid, kan dat hoogstens leiden tot 'bewijsuitsluiting', dat wil zeggen dat het zo verkregen bewijs 'niet mee mag doen' bij de bewijsvoering. Is er om die reden dan onvoldoende bewijs over (en dat is lang niet altijd het geval), dan moet vrijspraak volgen. Soms, tenslotte, oordeelt de rechter de onrechtmatigheid zo gering, dat de straf alleen wat verlaagd wordt of dat de onrechtmatigheid zelfs geen enkel (gunstig) gevolg voor de verdachte heeft. Omdat georganiseerde criminaliteit inzake drugsdelicten, fraude in het kader van de Europese Unie enzovoort, vaak geleid wordt door slimme lieden waarvan de daden niet zo eenvoudig zijn op te sporen, zullen in die

gevallen de speurder en de vervolger zich vaak genoopt voelen tot aan, of óver, het randje te gaan (want de jager wil zijn prooi koste wat kost bemachtigen) en dat betekent dan dat op de zitting het gevecht plaatsvindt over de rechtmatigheid van de bewijsgaring. Dat is een voorhoedegevecht waartoe de advocaat het initiatief moet nemen. Hij sluit nu niet meer net als vroeger de vertoning af, al dan niet met vuurwerk. Hij staat ook aan het begin al vechtend in de arena en zijn dan opgevoerde klachten hebben uiteraard geen betrekking op het zijn cliënt verweten strafbaar gedrag, maar op het niet behoorlijk doen en laten van politie en 'justitie' (een verkeerd maar algemeen gebruikt woord voor openbaar ministerie) tijdens de jacht op het kwade. Deze aanvallen van de verdediging gooien de vertoning op zijn kop en wekken, naar te begrijpen valt, vaak wrevel op, niet alleen bij de aanvaller, die zich en de zijnen plotseling verdedigen moet, maar ook bij het publiek dat zich geschoffeerd voelt. Zelfs door vele rechters worden zij niet bemind en als hinderlijk ervaren, omdat zij nogal lijdelijk moeten toezien (maar daartoe niet altijd bereid zijn) hoe het proces niet meer gaat over wat, naar de bedoeling van de wetgever, de hoofdzaak is: heeft hij het gedaan en zo ja, welke straf is dan passend, maar over de veel subtielere vraag: mocht de politie doen wat zij deed en zo nee, wat moeten daarvan de gevolgen zijn. Terzijde merk ik op dat de wetgever in dit opzicht de rechter lelijk in de steek heeft gelaten en meestal pas actief werd nadat de rechter uitspraak had gedaan, veelal overeenkomstig die uitspraak.

Ook stel ik vast dat er over de (on)rechtmatigheid van bewijsgaring en opsporing wel hard gevochten wordt, maar dat de successen van de verdediging op dit punt niet talrijk zijn.

Als gevolg van dit alles is de strafrechtelijke vertoning, die vroeger nogal saai was, spannender geworden. En de media, van televisie tot en met weekblad, zijn er daarom bovenop gesprongen. Het is nieuws als men de advocaat hoort beweren dat de officier van justitie in de uitoefening van zijn ambt misdrijven heeft gepleegd, maar het is amper nieuws als men verneemt dat de onverbeterlijke beroepsinbreker in de uitoefening van zijn vak weer ingebroken heeft. Geheel in overeenstemming hiermee is de afnemende belangstelling van de media bij het 'opstijgen' van de zaak; in hoger beroep en zeker in cassatie ondergaat het aantal opwindende momenten een drastische inflatie. Er worden alleen nog fragmenten opgevoerd of, beter gezegd, reproducties van fragmenten. Het proces krijgt weer meer overeenkomst met een toets ter controle, niet met een gevecht waaruit de winnaar en de verliezer te voorschijn komen. Vanzelfsprekend wil dat niet zeggen dat beslissingen in hoger beroep onbelangrijk zijn. Maar in de publieke belangstelling gaat het niet over de belangrijkheid van zaak en beslissing, maar over de mate waarin zij gerucht verwekt en opzien baart. Vergelijk daarmee het civiele proces; welk een windstilte vanuit de publieke hoek, wat een rust. Slechts zelden dringt een kort geding door die rust heen. Als ik kom tot een vergelijking van rechtspraak in civiele zaken met die in

strafzaken, zie ik een aantal tegengestelde verschijningsvormen en effecten:

(1) Veel meer dan rechtspraak in strafzaken is rechtspraak in civiele zaken een laatste toevlucht (*ultimum remedium*). Het zou anders moeten zijn, maar het aantal strafbare feiten neemt hand over hand toe en strafbedreiging eist toepassing, anders is zij loos. De Beurs is niet van vandaag of gisteren maar de strafbaarheid van voorkennis is nieuw en vergt kennelijk veel ervaring bij de vervolgende instantie. En ervaring doe je op, niet door na te denken, maar door te handelen en te vervolgen. En denk eens aan die nette boeren en keurige vissers die nu voor de rechter worden gebracht voor feiten die vroeger als een weldaad werden ondervonden. Geen weldenkend mens gaat daarentegen een civiel proces beginnen als hij/zij het niet moet, bijvoorbeeld om echtscheiding te krijgen of omdat alle andere middelen om een grote vordering te innen, vruchteloos zijn gebleven.

(2) De civiele wetgeving regelt de zaken van het dagelijkse leven. Dat is niet spectaculair maar wel belangrijk. Dat wij het gekochte moeten betalen voor de afgesproken prijs, zal niemand verbazen. En ook zal haast iedereen aanvaarden dat we niet of maar ten dele hoeven te betalen als het verkochte niet of maar beperkt deugdelijk is. De civiele wetgeving nodigt uit tot nakoming buiten proces en stelt, in het uiterste geval, de mogelijkheid van procederen open. De strafwetgeving nodigt uit tot vervolging van overtredders en zal slechts dan de overtreder van die wet niet ver-

volgen als hij niet ontdekt wordt of als zijn vervolging in strijd is met het algemeen belang. Dat impliceert ook dat wanneer het in het civiele recht tot een proces komt, er veel-
eer sprake zal zijn van gevechten op het scherp van de snede: er wordt vastgesteld wie voor 52 procent en wie voor 48 procent gelijk *heeft*, waarna meestal de eerste voor honderd procent gelijk *krijgt*.

(3) Het karakter van de strafzitting als vertoning brengt met zich mee dat men in de feitelijke instanties een heel goed advocaat in strafzaken kan zijn zonder van het recht veel te weten. De schrijver Mortimer heeft de in Engeland onsterfelijke advocaat Rumpole in het leven geroepen: 'Rumpole takes pride in being an Old Baily hack barrister.' Zijn benadering van de strafzaak is 'unacademic' en, zo zegt hij onomwonden: 'he has always found knowing the law a bit of a handicap for a barrister.' Toch mag men mijn stelling niet omkeren: wie veel van het recht afweet kan ook een heel goede strafpleiter zijn. Ook als het om de rechter of het openbaar ministerie gaat, is hun kwaliteit als deelnemer aan het opgevoerde stuk minstens zo belangrijk als hun rechtskennis. In mijn jonge jaren heb ik als substituutgriffier gediend onder een voorzitter van een meervoudige strafkamer die zeldzaam goed was in de regie van het stuk, maar absoluut niet wist hoe, technisch gesproken, een strafvonnis eruit moest zien. Ik schreef hierboven 'in de feitelijke instanties', want beoefening van het strafrecht in cassatie heeft weinig meer met een vertoning te doen en eist kennis van het strafproces en van de rechtspraak daarop van

de Hoge Raad die bijna niet aanwezig *kan* zijn bij de advocaat die eens per een of twee jaar cassatie instelt. Dat ontbreken van kennis is hem amper te verwijten, maar daarom is het wel zaak dat de wetgever in het voetspoor van de voorstellen van de Commissie Haak tot regelingen komt die cassatie in strafzaken van de advocatuur uit beschouwd op het hoge peil brengt dat diezelfde cassatie in civiele zaken te zien geeft. Want omdat de civiele procedure bijna alle aspecten van de vertoning mist omdat zij als hoofdkenmerk de schriftelijke uiteenzetting heeft, is daar rechtskennis en inzicht wel, in alle instanties, vereist. Wie alleen voor de *Bühne* speelt in het civiele recht, gaat snel voor de bijl.

(4) Onze strafvonnissen zijn als gevolg van hun opzet en van de wettelijke vereisten bijna nooit overtuigend, zelfs niet voor een doorgewinterd jurist. Zij bevatten droge opsommingen van de bewijsmiddelen, zo kort mogelijke weerleggingen van wat volgens de wet weerlegd moet worden (daartoe behoort nu juist niet de toch zo wezenlijke stelling dat de verdachte niet gedaan heeft wat hem wordt verweten) en, ik kan het niet anders omschrijven, onnozele of op zijn best nietszeggende motiveringen van de opgelegde straf. Terwijl Duitse strafvonnissen een verhaal inhouden dat begint bij de geboorte van de verdachte, een verhaal dat natuurlijk niet altijd boeiend is, maar toch een verhaal, is het Nederlandse strafvonnis een boekhoudkundige registratie van feiten. Het strafvonnis dat vaak niet eens volledig hoeft te zijn (kop-staart vonnissen) geniet

terecht geen enkele sympathie of faam in juridisch Nederland. Het wordt alleen benut als Kop van Jut door de advocaat en soms door de officier van justitie of de procureur-generaal bij het hof, wanneer zij in cassatie willen gaan.

Het civiele vonnis staat per definitie een stuk hoger aangeschreven. Hierin wordt wel een verhaal verteld, zij het op de juridische manier, met weglating van alles wat 'juridisch niet relevant' is. Iedere advocaat die een civiele procedure op vermogensrechtelijk terrein heeft gevoerd zal het vonnis waarin de zaak wordt beslist willen ontvangen en lezen. In strafzaken wordt in hoger beroep een vonnis vaak vernietigd, zonder dat aangegeven wordt waarom en zonder dat in dat vonnis een fout is geconstateerd. De verdachte die in hoger beroep het arrest aanhoort, verneemt dat de hogere rechter het vonnis waarvan beroep, vernietigt. Even is hij opgetogen en denkt aan vrijspraak maar al snel moet hij dan vaak horen dat hij ondanks die vernietiging tot dezelfde straf veroordeeld blijft. Zoiets is in het civiele recht ondenkbaar. Daar wordt als een vonnis wordt vernietigd gemotiveerd aangetoond waarom dat gebeurt. En zo hoort het ook. Ons strafvonnis is een nogal primitief verschijnsel. (5) Tenslotte moeten we vooral niet vergeten dat het strafrecht niet zozeer in een primitief stadium verkeert, maar toch nog in zijn kinderschoenen staat vergeleken bij het civiele recht. Heel lang is het strafrecht een vrij willekeurige zaak geweest met wrede toepassingen en met onhebbelijke rechters. David Pannick geeft daarvan in zijn boeken

Judges en Advocates menig voorbeeld; ik geef twee citaten: 'The eighteenth-century English judge, Mr Justice Buller was said always to hang for sheep-stealing, avowing as a reason that he had several sheep stolen from his own flock.' 'It was not long ago (1984, J.L.) that a magistrate refused to listen to the submissions of an advocate wearing brown suede shoes because "your footwear is more suitable for golf course than for a court of law".'

Er is veel veranderd maar het strafrecht is in veel opzichten (nog) onderhevig aan het domein der publieke gevoelens; van gevoelens van verontwaardiging over het gebeurde tot regelrechte woede, grenzend aan volksoproer, maar gelukkig niet meer leidend tot lynchpartijen. Het strafrecht wordt door emotie gevoed maar dat voedsel deugt dikwijls niet. Gebeurt er iets verschrikkelijks dan is de eerste reactie ofwel: als dat verschrikkelijke nog niet strafbaar is, het strafbaar maken; of als het wel strafbaar is gesteld, de maximumstraf verhogen.

Rechters kunnen noch aan het een, noch aan het ander iets toe- of afdoen. Het is werk van de wetgever, en de wetgever is hun *dominus*.

Vergeleken bij het bijna overontwikkelde civiele recht met zijn vaak schitterende, soms ook wel ergerlijke verfijningen, tast het strafrecht nog vaak in het duister. Het civiele recht kent zijn beroemde voorgangers in het Romeinse recht, waar zowat alle vermogensrechtelijke problematiek van nu reeds behandeld werd. Over het zo moeilijke vraagstuk van ongegronde vermogensverrijking bestonden in het

oude Rome al ook nu nog richtinggevende opvattingen. Het strafproces begon pas beschaafde vormen aan te nemen nadat Beccaria hard en overtuigend gesproken had. Het werkt met een schuldbegrip dat sterk afwijkt van het civiele schuldbegrip en dat veel moeilijker te hanteren is. Wat je vaak ziet, ontwaar je ook hier: nog niet volledig ontwikkelde instituties nemen juist dat teveel aan hooi op hun vork, dat de welontwikkelde al lang geleden als on- of minder bruikbaar hebben weggegooid.

HET DOEK VALT

De schrijver van dit verslag is tweeënzeventig jaar. Oud dus. Dat is wellicht de reden dat hij wat eigenzinnig overkomt. Het is ook om een andere reden wenselijk die leeftijd te vermelden. Barbara Tuchman heeft een prachtig boek geschreven over de rampzalige veertiende eeuw: *A Distant Mirror*. Aan het eind van die eeuw leefden er in Europa als gevolg van de pest en de honderdjarige oorlog veel minder mensen dan aan het begin. Ook de idee dat in vroeger oorlogen soldaten tegen soldaten vochten en de bevolking ongemoeid lieten, is een verschrikkelijk misverstand: de bevolking was weerloos aan plundering, verkrachting, aan moord en doodslag overgeleverd. In haar boek vertelt Tuchman over een anonieme dichter uit die eeuw die in een voor die tijd veel te optimistische visie het leven van *de* mens in zes parten van elk twaalf jaar opdeelde. Wie zesenzestig jaar werd bevond zich in de maand November waarin al het groen van de natuur is verdord en afsterft en een mens aan zijn dood moet gaan denken, want zijn erfgenamen wachten, zeker als hij rijk is, op zijn dood.

Maar bij het bereiken van het tweeënzeventigste jaar 'there is nothing left to do but die'. Ik ga mijn bevoegdheid daarom rijkelijk te buiten door nog over aardse zaken als recht en onrecht te praten, en er een mening over te hebben zoals zo velen.

Het was geloof ik Pascal die het recht bespote door quasi-droevig te klagen dat wat aan deze zijde van de Pyreneeën recht was, aan gene zijde voor onrecht gold. Zoals de meeste mooie uitspraken is ook deze niet helemaal waar. In dezelfde tijd zijn er veel zaken die overal onrecht zijn. Maar toch staat een mens soms te kijken in zijn Nederlandse kostuum als hij hoort dat elders moord soms plicht is. Is dat gek? En hoe zit het dan met oorlog en revolutie? Wat er van zij: het recht is even belangrijk als onbelangrijk.

Behalve de grote verschillen naar plaats, zijn er nog grotere verschillen naar tijd. Neem nu dat grote maar gezellige gezin met veel harmonie en innerlijke rust: vader en moeder Aeolus, hun zes dochters en zes zonen. Waarom heerst daar zo'n serene sfeer? Homerus vertelt het ons heel kort in het tiende boek van zijn *Odyssee*. Vader, van beroep koning en heerser over de winden, had zijn zes dochters aan zijn zes zonen ten huwelijk gegeven. Of dat gebeurde met of zonder promiscuïteit vertelt Homerus niet. Hij moraliseert er ook niet over: hij ziet alleen het gevolg van deze meervoudig uitgelokte incest: rust in de tent. Bij ons vergeten we overigens wel eens dat, als de kinderen maar meerderjarig zijn, noch uitlokking noch daderschap een strafbaar feit opleveren. Plato raadt in zijn *Republiek* vaders aan hun klei-

ne kinderen mee te nemen naar de oorlog, omdat het dan goede krijgers worden. Ik denk dat ouders die dat in onze tijd zouden proberen te doen, uit de ouderlijke macht zouden worden ontzet. Hiervoor schreef ik op een gegeven moment over het *crimen nefandum* waarvan een raadsheer verdacht werd; in die tijd misschien niet meer, maar daarvoor wel, stond hierop de doodstraf. Nu verheugt de burgemeester van Amsterdam zich over de schitterende vertoningen van de gay festiviteiten. Nu is het strafbaar van een homoseksueel iets lelijks te zeggen omdat hij homoseksueel is.

Het recht, zeker als het zich bemoeit met zeden en zedelijkheid, is voortdurend aan verandering onderhevig. Wat ons als een van de verschrikkelijkste misdrijven voorkomt: actieve pedofilie, was in het oude Griekenland als knapenliefde een volslagen geaccepteerde zaak. Ons denken over straf en vergoeding, over foltering en doodstraf, zou voor de Franse revolutie als decadent worden beschouwd.

Het was John Stuart Mill die probeerde ons een criterium aan de hand te doen waaraan het recht van de staat om straffen op te leggen kon worden getoetst. Tussen volwassenen moest volgens hem als regel gelden dat alleen het toebrengen van 'harm to others' mocht worden bestraft. En onder 'harm' diende te worden verstaan: kwaad dat door die ander als kwaad werd ondervonden. Daarom kon een homoseksuele relatie tussen 'consenting adults' nimmer strafbaar zijn, ook niet als zou vaststaan dat homoseksualiteit, ik noem maar wat, voor de gezondheid gevaarlijk was en dus in vol-

strekt objectieve zin een kwaad. Zichzelf mag een mens alle (objectieve) kwaad aandoen dat hij maar wenst. Een heeboel kwaad vermijdt de mens omdat het niet plezierig is. Ander (objectief) kwaad is welkom, omdat hij het als plezierig ervaart. Daar komt dan nog bij dat het een overheid nooit gelukt is en nooit lukken zal een kwaad dat door gever en ontvanger als een goed wordt ervaren, ook maar enigszins in te dammen met behulp van het strafrecht. De drooglegging is in de Verenigde Staten mislukt. En dus zal ook... Maar laat ik niet weer zeggen wat ik al zo vaak herhaald heb.

Het doek *is* gevallen.

NOTEN

- 1 Er zijn gelukkig twee juristen geweest die het belang van Camus voor het denken over het recht hebben onderkend. Met een afstand van dertig jaar hebben in 1966 Peter Mout, toen advocaat, in het *Advocatenblad* en Jef Maeijer als voorzitter van de Nederlandse Juristenvereniging in 1996, boeiende betogen gehouden over de moeilijke maar fundamentele relatie van Camus tot het recht. Mout zette in zijn in het Frans geschreven artikel onder meer uiteen hoe Camus op overtuigende wijze op grond van de solidariteit tussen mensen aan rechters verbood een van hun medemensen tot de doodstraf te veroordelen.
- 2 Bij nader inzien is die afhankelijkheid in het opzicht van efficiënte organisatie zo toch wat al te gemakkelijk geponoerd. Er kan sprake zijn van organisatie die zozeer raakt aan de onafhankelijkheid - neem bijvoorbeeld die inzake de personele samenstelling van kamers - dat het bestuur, de uitvoerende macht, daar beslist af moet blijven. Omdat er veel grensgevallen zijn, zal dit voorlopig een hachelijk punt blijven.



De anonimiteit van (bedreigde) getuigen, zoals die in de jaren tachtig zijn intrede deed, is een eenzijdige. Zij geldt voor de verdachte en (meestal) ook voor zijn raadsman of -vrouw. Wat men er verder ook van zeggen wil, en dat is heel wat, zij verstoort grondig het evenwicht tussen vervolging en In *Last Post* behandelt Jan Leijten op de hem eigen, zeer persoonlijke wijze diverse aspecten van recht en rechtspraak. Hij gaat onder meer in op de verhouding tussen recht en geld en op de rol van media en publieke opinie bij het recht; hij zet de hoofdzonden van rechters op een rij en plaatst kritische kanttekeningen bij de 'processuele poespas' van civiele procedures en bij het duistere taalgebruik van juristen. Ook actuele en politiek gevoelige kwesties, zoals het omstreden fenomeen van de kroongetuige en de voor het recht verstrekkende gevolgen van de Opiumwet, worden in *Last Post* niet uit de weg gegaan.

In het Intermezzo uit *Last Post* tenslotte, schetst Leijten aan de hand van literair werk de macht en onmacht van recht en rechtspraak rdt zij als counter-balances, als tegenwicht, die aan de verdachte toekomstige rechten die hij ook gehad zou hebben als er in het geheel geen sprake was van anonieme getuigen, en dat betekent dat het Hof eigenlijk zegt: wij aanvaarden die verklaringen van anonieme getuigen als het niet al te erg De Balie oor het overige' de aan de verdachte toekomstige rechten worden gerespecteerd. Wordt iemand iets afgenomen (in dit geval: zijn recht om met de getuige geconfronteerd te worden) dan kun je dat or wat hij dan nog overhoudt er tegenet tweede bezwaar is dat het Hof schier

ISBN 90-6617-222-3



9 789066 172227

CHTEN, INFILTRATIE EN ANONIMITEIT