Het kan ook anders

Een keuze uit het juridisch werk van

Jan Leijten

W.E.J. Tjeenk Willink

Het kan ook anders

Opgedragen aan de kleinzonen:
Rob, Lucas en Max
voor later, misschien

Het kan ook anders

Een keuze uit het juridisch werk van

Jan Leijten

W.E.J. Tjeenk Willink
1996
Deventer

Omslagontwerp: Bert Arts

Deze uitgave is gedrukt op chloorvrij papier

© 1996 J.C.M. Leijten

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van uitgeverij W.E.J. Tjeenk Willink.

Voor zover het maken van kopieën uit deze uitgave is toegestaan op grond van art. 16b Auteurswet 1912 jo. het Besluit van 20 juni 1974, Stb. 351, zoals gewijzigd bij Besluit van 23 aug. 1985, Stb. 471, en art. 17 Auteurswet 1912, dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 882, 1180 AW Amstelveen). Voor het overnemen van gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) dient men zich tot de uitgever te wenden.

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN 90 271 4503 2
NUGI 691/101

Inhoudsopgave

	Ten geleide	IX
	Bibliografie	XI
1.	*De rechter op de schopstoel* Intree-rede KUN 1970, Kluwer Deventer	1
2.	*De anonieme getuige na Kostovski* NJ 1990, 692	27
3.	*Beginsel en Tegenbeginsel in het Recht* Ars Aequi, 1991, nr. 40, blz. 724 t/m 729	41
4.	*Wetstrouw of gerechtigheid? I* NJ 1988, 156	51
5.	*Wie komt daar uit zijn hokje?* RM Themis 1974, 5/6, blz. 679 t/m 732	57
6.	*Was dat geen verkrachting?* NJ 1988, 156	95
7.	*Dissenting opinion* NJB 1972, 26, blz.697 t/m 707 en NJB 1972, 27, blz. 731 t/m 741	99
8.	*Privacy in Edam* NJ 1987, 928	115
9.	*Het bemiddelend vonnis: poging tot rehabilitatie van een veroordeelde* Rechtspleging 1973, blz. 133 t/m 155	129

10. *Geen alimentatie bij schandelijk levensgedrag* 149
NJ 1985, 545

11. *Sluip- en dwaalwegen naar de gerechtigheid* 157
Tijdschrift voor privaatrecht, afl. 2-89, blz. 445 t/m 454

12. *Palestina en de Staat Israël* 165
NJ 1984, 601

13A. *Het genie van de eenzijdigheid* 173
Bijlage bij het Advocatenblad, september 1974

13B. *De onafhankelijke advocaat als werknemer* 187
NJB 1974, afl. 25, blz. 785 t/m 793

14. *Formaliteiten ten nadele van de verdachte* 195
NJ 1992, 345

15. *De Buitengemene Hartelijkheid van de Echte Postzegel* 203
Januari 1976 (Uitgave P.T.T.)

16. *De postzegel, de koe en de vervalsers* 207
NJ 1984, 755

17A. *Gelijke gevallen ongelijk behandeld* 211
Ars aequi, 1979, afl. 28, blz. 529 t/m 531

17B. *Gelijkheid van bestraffing, een onoplosbaar probleem?* 215
Recht Vooruit, april 1996, blz. 3-4

18. *Als waren zij gehuwd...* 219
NJ 1994, 625

19. *Vertrouwen en vertrouwensbeginsel in het strafrecht: een paar verkenningen* 225
RM Themis, 1984, 5/6, blz. 520 t/m 537

20. *Straf en schuld* 243
NJ 1986, 95

21. *Straf naar de mate van schuld* 249
Jonkers-bundel, Straffen in gerechtigheid, 1987, Gouda Quint Arnhem

22. *Fatale formaliteiten in het civiele proces* 257
NJ 1990, 496

23. *Overpeinzingen van een andersdenkende* 263
NJB Special 19/26, december 1987, blz. 1451 t/m 1456

24. *Gezeur over kleur?* 275
NJ 1986, 779

25. *Van de hond én van de kat gebeten* 287
Toerekeningsvatbaarheid, 1990, Gouda Quint Arnhem

26. *Moviola* 293
NJ 1991, 313

27. *Geloofwaardigheid van de (niet al te) lijdelijke rechter* 301
Bundel Raio-congres 1996, blz. 133 t/m 141

28. *Het gekortwiekte grondrecht van vereniging en vergadering* 309
NJ 1983, 295

29. *Over rechtsmiddelen, in het bijzonder hoger beroep* 317
Bundel Rechtsmiddelen, KUB 1994

30. *Wetstrouw of gerechtigheid? II* 323
NJ 1992, 672

Ten geleide

De advocaat doet wat ook de dichter nastreeft. Hij probeert de ander te overtuigen. De advocaat hanteert daartoe rationele argumenten, de dichter 'le sentiment ou la sensibilité'.

Aldus, vrij weergegeven, het citaat waarmee Jan Leijten zijn proces-verbaal van zwarigheden over Poëzie en recht opent (NJB 1973, p. 1048). In zijn commentaar op het citaat drijft hij de spot met de neiging van juristen zich in hun beroepsuitoefening koel en gedistantieerd, bijna emotieloos op te stellen, maar duidelijk blijkt hieruit – en dat is natuurlijk ook de bedoeling – hoe zeer hij deze houding betreurt.

Het proces-verbaal is, menen wij, Jan Leijten ten voeten uit. In de eerste plaats omdat ook hij, zoals Remmelink schreef[1], veel meer het 'souci de convaincre' heeft behouden van de advocaat die hij een tiental jaren is geweest dan dat hij zich het 'dire le droit' heeft eigen gemaakt van de rechter die hij later is geworden. Recht is geen zekerheid. De gedachte van Paul Scholten, Algemeen Deel, 1974, p. 134 dat de rechter die een beslissing heeft genomen, moet zeggen: 'Ik kan niet anders', is hem, zoals ook uit de titel van deze bundel blijkt, volkomen vreemd. Recht is overtuiging, een overtuiging die steeds opnieuw bevochten moet worden op basis van argumenten. Jan Leijten is daarin heel precies. Wie zijn geschriften (her)leest, wordt getroffen door de ernst en de zorgvuldigheid waarmee hij argumenten pro en contra weegt of, in zijn conclusies als advocaat-generaal bij de Hoge Raad, het cassatiemiddel bespreekt. Ook de derde klacht van subonderdeel 16 ontsnapt niet aan aandacht, al moet hij er soms wel bij zuchten. Hij paart een sterk relativeringsvermogen aan strong opinions. Daarop is terug te voeren dat hij tegelijkertijd zowel een overtuig(en)d voorstander kan zijn van het bemiddelend vonnis als een krachtig pleidooi kan houden voor een stelsel van dissenting opinions. Dit alles vanuit het besef dat argumenten en standpunten vaak reeds de kiemen van het tegendeel in zich dragen – zie ook zijn hierna opgenomen Beginsel en Tegenbeginsel –, maar dat men ten aanzien van wezenlijke zaken zijn ziel niet moet verkopen, ook niet als rechter. Hij schuwt het niet om er afwijkende meningen op na te houden of zelfs controversieel te zijn. Wij noemen onder meer zijn pleidooi voor de legalisering van drugs en zijn heftige en nog steeds actuele protest tegen de aantasting van de rechtspositie van de verdachte, welk protest hem onder druk van het toenemende gewicht dat de samenleving aan criminaliteitsbestrijding is gaan hechten, niet in dank is afgenomen. Ook de Hoge

1. In de aan Leijten bij gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aangeboden bundel Met hoofd en hart, 1991, p. V.

Raad heeft hij op dat punt niet steeds aan zijn zijde weten te krijgen, zoals verschillende van de in deze bundel opgenomen conclusies laten zien.

Jan Leijten is een veelzijdig belezen man. In zijn geschriften legt hij voortdurende verbindingen tussen recht en literatuur, tussen recht en geest. Niet om te epateren, maar als een welbewuste overschrijding van de gebruikelijke rationaliteitseisen van het juridisch discours. Op die manier creëert hij ruimte voor 'le sentiment *et* la sensibilité' of zoals hij het zelf in een interview met Ars Aequi, 1990, pag. 218 in wat huiselijker bewoordingen formuleert:

> 'Wij mogen over de meest belangrijke zaken uitspraak doen of advies geven en zouden wij dan niet mogen tonen dat het ons raakt? ... Ik laat merken dat iets me beweegt, dat iets me emotioneert, dat het lot van mensen achter het recht me ter harte gaat. Dat moet je altijd goed in de gaten houden: achter rechtsregels zit de samenleving, zit het hart, allemaal mensen die door elkaar krioelen en die zich stuk voor stuk uniek vinden en dat ook zijn.'

Huiselijk of niet: Jan Leijten is ook in zijn juridisch werk meer de rechter uit het proces-verbaal van zwarigheden over Poëzie en recht gebleven dan hij wellicht wil toegeven. Dat is de tweede reden waarom wij van mening zijn dan het proces-verbaal hem ten voeten uit tekent.

Hij is een generalist van een uitstervend soort. Met evenveel gemak schrijft hij over de meest uiteenlopende onderwerpen van positief recht als over vraagstukken van rechtsvinding en rechtspraak. Hij is de laatste advocaat-generaal die zowel in strafzaken als in civiele zaken heeft geconcludeerd. Zijn geschriften onderscheiden zich door hun, ook voor niet-deskundigen, zeer leesbare stijl en door de diversiteit van genres die hij beoefent: essays, opinies, overpeinzingen, conclusies en verhalenbundels met korte puntige stukken die lang niet allemaal het recht als vertrekpunt hebben.

Gelet op de omvang van zijn bibliografie moest scherp worden geselecteerd om de bundel binnen een aanvaardbare omvang te houden. Voorop stond dat de diepte het van de breedte moest winnen.

Daarom is de bloemlezing beperkt tot alleen de essays en de conclusies. Wij menen dat de hierna opgenomen stukken, behalve dat ze nog steeds actueel zijn, de lezer een representatief beeld geven van de thema's die Jan Leijten bezighouden en van zijn wijze van denken.

A. Hammerstein
J.B.M. Vranken

augustus 1996

Bibliografie

In de aan de auteur bij zijn afscheid in 1991 aangeboden feestbundel: Met hoofd en hart, bevindt zich een goede bibliografie tot aan het afscheid.

Van wat nadien verschenen is, worden hier vier boeken genoemd:

De verschrikkelijke eenzaamheid van de inbreker, Uitgeverij Balans, Amsterdam, 1992, derde druk 1995.

Brullen als een nachtegaal, Uigeverij Balans, Amsterdam, 1993.

De achterkant van het recht, Uitgeverij Balans, Amsterdam, 1994, een geheel herziene versie van het in 1972 bij Uitgeverij Tjeenk Willink te Zwolle verschenen boek: De achterkant van de jurisprudentie; beide boeken zijn uitverkocht.

Waarom ik het nog steeds niet goed door heb, Uitgeverij Balans, Amsterdam, 1995.

1. De rechter op de schopstoel

Rede, uitgesproken bij de aanvaarding van het ambt van gewoon hoogleraar in de algemene inleiding in de rechtswetenschap en de algemene rechtsleer aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen op vrijdag 6 november 1970

Honderd jaar geleden werd in Nederland de doodstraf afgeschaft[1] en in Rome het dogma van de pauselijke onfeilbaarheid aanvaard. Noch het een noch het ander verliep zonder strubbelingen, maar men kan thans constateren, dat anno 1970 Rome minder moeite heeft zich bij het Nederlands besluit neer te leggen dan Nederland bij het Vaticaanse. Onze Schaepmannen[2] van weleer zijn niet meer, zo lijkt het, maar de geest van Döllinger en Acton waart nog in de lage landen rond. Het mag mijn opzet niet zijn, op straffe van intellectuele hoogmoed, in dit uur uit te wijden over geschiedenis en betekenis van de onfeilbaarheidsverklaring. De coïncidentie van beide belangrijke eeuwfeesten drong zich op toen ik, lezend in het Weekblad van het Recht van 1870 zag op welke wijze deze twee zaken daar met elkaar werden verbonden. Voorstanders van de doodstraf hebben een ijzersterk argument: de justitie kan falen en als het gevolg daarvan een tenuitvoergelegde doodstraf is, is de fout onherstel-

1. Alleen in het zogenaamde burgerlijk strafrecht. In het militair strafrecht bleef de doodstraf bestaan voor ernstige misdrijven in oorlogstijd. De Tweede Kamer stemde vóór afschaffing in de verhouding 48-30 bij twee afwezigen. In de Eerste Kamer was de meerderheid vóór veel krapper: 20-18, en een lid afwezig. De Tweede Kamer beraadslaagde vijf dagen. In de Eerste Kamer is getracht de stemming uit te stellen totdat de Frans-Duitse oorlog was beëindigd. Bekend is, dat de doodstraf in het burgerlijk strafrecht weer werd ingevoerd voor 'oorlogsvergrijpen', zulks bij het Londense Besluit (K.B.) van 22 december 1943, later overgenomen in de Wet Oorlogsstrafrecht van 10 juli 1952 (met wijzigingen). De meerderheid vóór dogmaverklaring der onfeilbaarheid was heel wat groter. Ik geloof, dat er maar twee tegenstemmers waren, van wie nog gezegd werd, dat zij dit deden omdat zij niet van de laatste beraadslagingen en afspraken op de hoogte waren. Er bleven echter bij de stemming vele kardinalen weg.
Over het probleem van de doodstraf, in Engeland de laatste jaren nog zo actueel, het boeiende artikel van H.L.A. Hart: Murder and the principles of punishment: England and The United States, in: Punishment and Responsibility, essays in the Philosophy of Law, Clarendon Press, Oxford 1968, pag. 54-89. Het artikel is in 1957 geschreven.
2. Het meervoud kan hier letterlijk worden opgevat. In 1870 verbleef niet alleen de toen nog jonge Herman Schaepman (26 jaar) voor studie in Rome, direct in verband met het concilie kwam daar toen ook Mgr. A.I. Schaepman, aartsbisschop van Utrecht. Ondanks hun verschillende positie, waren zij beiden vurig voorstander van de dogma-verklaring. De 'ultramontaan in hart en nieren', Herman, voegde zijn Duitse vrienden toe: 'Wenn die Infallibilität nicht proklamiert wird, dann sind Sie alle in zwanzig Jahre Rationalisten'. Zie o.a. Jos van Wely o.p.: Schaepman, uitgeverij Brand, Bussum, 1954, pag. 83-99.

baar.[3] Men kan daar twee contra-argumenten tegen aanvoeren, waarvan het eerste – zijn logische kracht ten spijt – niet sympathiek aandoet: ook dergelijke onherroepelijke fouten moeten worden aanvaard, als de doodstraf op zich juist is. Het andere argument ontkent, dat rechters kunnen falen en, hoe dwaas het ook is, men heeft tot op de dag van vandaag dit argument gebezigd.[4] Tot zulken richtte zich in 1870 de Franse parlementariër, Jules Simon, toen hij de Kamer volgens een persverslag[5] herinnerde aan 'de dwalingen van de justitie, die men weleer onfeilbaar wilde verklaren, gelijk in onze dagen de Paus (gelach), die het niet is en het zich tot eer moet rekenen het niet te zijn.'

Het jaar 1870 was binnen de Nederlandse rechtswereld allerminst onbewogen. De hoofdredacteur van het Weekblad van het Recht, A.A. de Pinto, een wetspositivist van het zuiverste water, toont aan hoe men in de praktijk binnen een ruimte, die er theoretisch niet is, voor een betere rechtsorde kan vechten. Wij leren hem kennen als een tegenstander van de doodstraf, ongetwijfeld op humanitaire gronden, maar zijn werkargument haalt hij uit eigen school: sinds jaar en dag worden doodstraffen uitgesproken, maar géén ervan wordt tenuitvoergelegd.[6] Daardoor wordt de eerbied voor de wet aangetast. Als straks, onverhoopt, de afschaffing er niet door zal komen, zullen dan ook, naar De Pinto oordeelt, de daarna uitgesproken doodstraffen moeten worden geëffectueerd. Aandacht verdient, dat De Pinto zich in 1870 ook worden geëffectueerd. Aandacht verdient, dat De Pinto zich in 1870 ook reeds verzet tegen de levenslange gevangenisstraf en, als meerderen uit die tijd, een vurig voorstander is van juryrechtspraak in strafzaken, wat een boze opponent de ironie uit de pen liet vloeien, eerlang het betoog te verwachten, dat 'zoolang er geene jury bestaat de rechtvaardigheid in Nederland een ijdele droom is en dat het opleggen van welke straf ook, behalve die van boeten, moet worden verworpen'.[7] Omtrent juryrechtspraak had De Pinto vol vertrouwen gezegd, dat het voor hem eenvoudig een kwestie van tijd

3. De Pinto voert in zijn artikel overigens ook het bekende 'utilitaristische' argument reeds aan: 'er is nog nooit iemand geweest, die heeft kunnen aantonen, dat dáár, waar men van de doodstraf heeft afstand gedaan, het getal der groote misdaden is toegenomen. Het tegenovergestelde verschijnsel heeft zich veeleer geopenbaard ...'.
In onze tijd zou het belangrijk zijn als men kon nagaan of afschaffing van zware vrijheidsstraffen voor bepaalde vergrijpen op de frequentie daarvan enige invloed heeft.
4. Zie het voorwoord van W. Pompe bij de Nederlandse uitgave van: Unschuldig Verurteilt, geschreven door Herrmann Mostar (Prisma-serie no. 272 van het Spectrum te Utrecht): 'Een rechter, die thans een hoge positie in de Nederlandse rechtspraak inneemt, heeft mij eens de stelling betwist dat iedere rechter, die duizend veroordelingen heeft uitgesproken daarbij zeker enige onschuldigen heeft veroordeeld'.
5. Opgenomen in het W.v.h.R. 1870, no. 3195, pag. 4.
6. Hij had zich daarbij ook kunnen beroepen op de praktijk van de militaire strafpleging. In het W.v.h.R. uit de veertiger jaren (de exacte vindplaats is mij helaas ontschoten) staat een klein berichtje, vermeldende, dat een soldaat, die tot de doodstraf was veroordeeld wegens belediging en wegens het slaan van een meerdere, gratie heeft gekregen in de vorm van tien jaren kruiwagenstraf. Letterlijk schrijft De Pinto: 'Wanneer eenmaal de wet zal hebben uitgemaakt, dat de doodstraf eene nuttige en noodige zaak is, die moet worden gehandhaafd, dan zal geen minister van justitie meer verantwoord zijn, die medewerkt tot de stelselmatige ontduiking der wet alleen omdat zijn subjectieve mening hem iets anders zegt (W.v.h.R. 1870, no. 3170, pag. 1).
7. W.v.h.R. 1870, no. 3200, pag. 4. Zie ook het Rapport Vermogensstraffen, uitgebracht in 1969 door een commissie onder voorzitterschap eerst van mr. F.M. Westerouen van Meeteren, later van mr. W.C. van Binsbergen (uitgegeven bij de Staatsuitgeverij): bij gelijke effectiviteit moet steeds de voor de delinquent lichtste sanctie worden gekozen (2.6. pag. 14) en: onvoorwaardelijke →

was, omdat men nu eenmaal niet altijd zal kunnen volhouden, dat wat goed is voor Amerika, voor Engeland, voor Frankrijk, voor Duitsland, voor Spanje[8], voor België en voor Italië alleen niet bruikbaar zou zijn in Nederland en dat wij alleen niet rijp zouden zijn voor een instelling, die men in alle beschaafde landen óf heeft óf invoert en die men nergens waar men haar heeft zou willen missen.[9] Een meestal zo goed geïnformeerd man als de Australische rechtssocioloog Geoffry Sawer zal in 1965 zonder omwegen vaststellen, dat *de* landen van de E.E.G., anders dan Engeland en de Verenigde Staten, alleen in strafzaken en dan nog slechts die van ernstig kaliber, juryrechtspraak kennen.[10] Ook Sawer is geporteerd voor het instituut van de jury, nog nimmer heeft hij een Australische rechter critiek horen uitoefenen op de werkwijze van jury's.[11] Montesquieu, zelf oud-beroepsrechter, had in de 18de eeuw het enthousiasme voor lekenrechtspraak als waarborg tegen machtsmisbruik naar het continent overgebracht.[12] Rechters moesten, in geval van ernstige aanklachten, door de verdachte zelf gekozen kunnen worden of deze moest tenminste de gelegenheid hebben zóveel rechters te wraken, dat wie overbleven geacht konden worden zijn keus te zijn. Dat daardoor rechters en berechten van dezelfde conditie zouden zijn, wordt door Montesquieu niet enkel ingezien maar ook toegejuicht: de gedachte berecht te worden door iemand die het kwaad met je vóór heeft, kan alleen zó de kop worden ingedrukt.[13] Omstreeks 1870 stond deze zaak bij ons volop in de belangstelling en de verdedigers van de beroepsrechtspraak beriepen zich, naar het schijnt, vooral op het uitzonderlijk hoge zedelijke peil van de Nederlandse rechterlijke macht. Een hunner schrijft vol zalving: 'Dikwijls heeft het Nederlandsche volk zich verheugd over de deugdzaamheid zijner magistratuur.'[14] Het stuk is anoniem, maar er is reden om aan te nemen, dat het van een Bossche magistraat was. Deze collectieve blijdschap van het Nederlandsche volk werd in 1870 zwaar op de proef gesteld doordat toen twee vreemde rechtszaken daterend van '68 en '69 in de publiciteit kwamen. Een voorloper daarvan was de in een Amsterdamse krant gehekelde zaak van de opzichter Vogel, die na een 'preventatieve gevangenis' van 15 maanden werd vrij-

→ vrijheidsstraf dient ultimum remedium te zijn en als zodanig teruggedrongen te worden tot het onvermijdelijk minimum (3.4. pag. 23).

8. Elders in het W.v.h.R. (1870, no. 3192, pag. 6) meldt een schrijver echter, dat alleen Nederland en Spanje van jury-rechtspraak verstoken zijn.

9. W.v.h.R. 1870, no. 3178, pag. 1.

10. 'Law in Society', uitgave: At the Clarendon Press, Oxford 1965, pag. 80: Today in the countries of the European Economic Community their use is confined to serious crime and often in forms which an Anglo-American lawyer would hardly recognize.

11. Zie daarentegen de ongemeen felle kritiek op juryrechtspraak, vooral in civiele zaken, van Jerome Frank in: Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice, Princeton University Press, 1950, met name in de hoofdstukken 8 (The jury-system) en 9 (Defense of the jury-system – proposed reforms), pag. 108-145.

12. In het beroemde hoofdstuk 6, van het elfde boek uit 'De l'esprit des lois': De la constitution d'Angleterre, waarvan ook het in de tekst direct hiernavolgende is ontleend. 'C'étaient d'ailleurs la connaissance des institutions judiciaires anglaises, la haute autorité professionelle et morale des grand juges anglais, *et surtout l'institution du jury*, qui avaient sans doute inspiré à notre grand philosophe sa conception particulière du pouvoir judiciaire.' Aldus: Esmein (bewerking door Barthélémy, later Nézard van) Eléments du droit constitutionel français et comparé, 7 ed., 1921, eerste deel, pag. 463.

13. Ook de 'grands', die altijd blootstaan aan afgunst, dienen volgens M. beschermd te worden tegen kwaadwilligheid en wel op een verregaande manier: zij moeten worden berecht door dat deel van het *wetgevend* lichaam, 'qui ets composée des nobles'.

14. W.v.h.R. 1970, no. 3200, pag. 4.

gesproken en naar huis gestuurd met de boodschap, dat de justitie zich vergist had. De wijze 'waarop bij ons wordt omgesprongen met de preventieve gevangenis'[15] werd fel gelaakt, zomede de 'geheime instructie'.[16]

Méér opwinding veroorzaakte het arrest van het Provinciaal Gerechtshof te Utrecht van 26 juli 1869, waarbij Dirkje Veldhuizen wegens opzettelijke brandstichting ter dood werd veroordeeld. Weliswaar kreeg zij gratie in de vorm van 10 jaar gevangenisstraf, maar de verontwaardiging stak niet zozeer in de straf zelf, die men kennelijk nog wel redelijk zou hebben gevonden, als Dirkje inderdaad, zoals zij zelf opgaf, 22 jaar oud was geweest. In werkelijkheid bleek het meisje 15 jaar te zijn en op kinderen, beneden 16 jaar was de doodstraf niet van toepassing. Dirkje was bovendien een analfabete en waarschijnlijk in hoge mate imbeciel. De Pinto neemt de zaak hoog op: gratie kon de zaak niet rechtzetten, want bij kinderen van Dirkje's leeftijd moest eerst onderzocht worden of het oordeel des onderscheids aanwezig is en als dat niet het geval is had vrijspraak moeten volgen. Men ziet dat hij binnen wettelijke kaders blijft. Geen verontwaardiging over de onmenselijkheid van de doodstraf als het meisje, imbeciel en wel, 22 jaar was geweest, geen opwinding over een straf van 10 jaar, tenzij het oordeel des onderscheids ontbreekt. Maar zijn sarcasme is er niet minder om en raakt buitenwettelijke gevoelssnaren: 'gelukkig is bij ons de doodstraf afgeschaft, anders zou men te Utrecht kinderen ophangen, natuurlijk bij abuis, dit zou zeker een verzachtende omstandigheid zijn en een niet geringe troost voor het gehangen kind'. Toch is de zaak nog niet van dien aard, dat een storm losbreekt: dat de hele ellende eigenlijk de schuld was van Dirkje zelf, omdat zij, 'lichamelijk buitengewoon ontwikkeld' een te hoge leeftijd had opgegeven, wordt vrij algemeen aangenomen. Wat ons, gezien het belang daarvan, als een onvergeeflijk verzuim voorkomt: dat er door de justitie geen uittreksel uit het geboorteregister is opgevraagd, achtte men toen begrijpelijk, omdat de rechter toch niet alles kan gaan nazoeken. Dirkje, zo zegt iemand, had de doodstraf aan zichzelf te wijten, welverstaan níet, omdat zij brand had gesticht, maar omdat ze niet wist hoe oud ze was.[17]

15. De preventieve hechtenis is van ouds een der moeilijkst te rechtvaardigen en te hanteren instituties geweest van het (straf)recht. Zie reeds Hobbes in Leviathan:
'Imprisonments ... may happen from two divers ends, whereof one is the safe custody of a man accused ... The former is not punishment; because no man is supposed to be punished, before he be judicially heard and declared guilty. And therefore whatsoever hurt a man is made to suffer by bonds, or restraint, before his cause be heard, over and above that which is necessary to assure his custody, is against the law of nature (Pelican Classic, pag. 358-359).
Dat wij sinds 1870 nog niet zo ver gevorderd zijn moge blijken uit het navolgende citaat uit het W.v.h.R. 1870, no. 3190, pag. 6:
Het Alg. Dagbl.v.Ned. verlangt van de minister van justitie een wetsontwerp tot afschaffing van de preventieve gevangenis ... Er is in de beschouwingen van dat dagblad voor het overige veel waarheid. Ook wij hebben meermalen ons ernstig verzet tegen de wijze waarop men bij ons nog gewoon is de preventieve gevangenis toe te passen, maar men gaat toch te ver, indien men haar geheel wil afschaffen. Er zijn, menen wij, nog zeer enkele gevallen, waarvoor zij op dit ogenblik niet kan worden gemist, maar wanneer zij daartoe beperkt wordt, dan zal er maar zeer weinig van de zaak overblijven. De vrees voor ontvluchting houden wij in den regel voor volkomen hersenschimmig ...'.
16. W.v.h.R. 1870, no. 3192, pag. 6. In militaire zaken is het er overigens 'nog erger' mee gesteld. Een kapitein in beroep van een maand arrest, krijgt van het Hoog Mil. Gerechtshof zijn straf verminderd tot 14 dagen kamerarrest, maar heeft intussen vier maanden 'gezeten'.
17. Over Dirkje Veldhuizen in W.v.h.R. 1869, no. 3142, pag. 6 (de doodstraf werd toen omgezet in gevangenisstraf, maar men wist nog niet wat er aan de hand was) en voorts 1870: no. 3179, →

Dan verschijnt er in het Weekblad een nietig berichtje: de dagbladen melden, dat een meisje van 4½ jaar door een Zeeuwse rechtbank wegens diefstal tot 5 jaar gevangenisstraf is veroordeeld. De redacteur van het Weekblad gelooft er niets van: 'Het verhaal komt ons te ongelooflijk voor om door iemand met *verstand*[18] te worden aangenomen en het kan niet wel iets anders zijn dan een canard. Niettemin achtten wij het zeer wenselijk, dat het officieel worde tegengesproken.'[19]

Er volgde echter geen officieel dementi want, was het krantebericht niet geheel juist, dán, omdat de werkelijkheid nog erger was. Bij vonnis van 5 oktober 1868[20], zo bleek, had de rechtbank te Goes de zusjes Maria en Geertje Bek, onderscheidenlijk 9 en 5 jaar oud, wegens een drietal diefstallen[21] met als buit naast f 17,50 geen meerdere zaken dan een doos met kindergoed, een doos met babbelaars, een stopnaald en oude lappen, veroordeeld tot de maximum-gevangenisstraf van 7½ jaar, na, zonder enige verdere motivering te hebben overwogen, dat uit het gerechtelijk onderzoek rechtens voldoende was gebleken, dat de beklaagden ten deze met oordeel des onderscheids hadden gehandeld. Huidige verbijstering en toenmalige verontwaardiging kunnen nog amper stijgen, als we uit hetzelfde vonnis bovendien vernemen, dat het vijfjarige meisje *bij verstek* veroordeeld was. De Pinto en de Leidse hoogleraar Goudsmit zijn van de bestrijders van dit vonnis twee representanten, maar er waren ook verdedigers. De meest markante van deze kwam uit Den Bosch en is waarschijnlijk tweemaal op het tournooiveld verschenen, de laatste keer onder signering: de S.L. De Pinto nam alle stukken, die zijn weekblad werden toegezonden op, maar hij liet niet na de verdedigers van dit vonnis in een kort naschrift[22] vóór te houden, dat zij zich achter een hopeloze zaak stelden.

In zijn eigen reactie gewaagde hij opnieuw van zijn eerbied voor de justitie al was dan, wat hij voor een fabel hield een bedroevende maar waarachtige geschiedenis bevonden te zijn.[23] Goudsmit (en zoals blijkt met hem welhaast de hele Nederlandse dagbladpers[24]) was feller, achtte de zaak bovendien symptomatisch. Hij eiste het ontslag van de officier van justitie conform wiens eis de uitspraak had plaatsgevonden als een zoenoffer voor de geschonden gerechtigheid. Wat de rechters zelf betrof: hun onafzetbaarheid stond buiten twijfel: 'hen treffe alleen de spot en de straf der publieke mening'. De officier had zich echter aan de menselijke gerechtigheid weten te onttrekken niet door te sterven, maar doordat hij kort na[25] de

→ pag. 4, no. 3185, pag. 1, no. 3196, pag. 2, no. 3198, pag. 5, no. 3201, pag. 4, no. 3202, pag. 3 (bevattende het arrest in haar zaak met een zeer lezenswaardig voorwoord), no. 3204, pag. 4 en 6, no. 3206, pag. 6. De doodstraf werd bij KB van 21 september 1869 'verwisseld in tuchthuisstraf van 10 jaren', deze straf werd bij Besluit van 10 november 1869 veranderd in 10 jaar correctionele gevangenisstraf en in het W.v.h.R. van 21 april 1870 staat vermeld, dat de 'keukenmeid', die kwaad was op haar mevrouw omdat zij nooit naar de kerk mocht, kwijtschelding verkreeg van het nog onvervulde gedeelte der gevangenisstraf.

18. Dat zoiets allereerst aan het *verstand* appelleert, is typisch voor de jurist van die tijd. Overigens sloeg het bij niet-juristen emoties genoeg los.

19. W.v.h.R. 1870, no. 3192, pag. 6.

20. Vonnis opgenomen in het W.v.h.R. 1870, no. 3197, pag. 3.

21. Waarvan twee door inklimming, de andere door de deur van het varkenshok.

22. Zie bijv. W.v.h.R., no. 3200, pag. 4 en 3204, pag. 5.

23. W.v.h.R. 1870, no. 3198, pag. 5 met de klassieke onheilsuitroep: 'Omnia iam fiunt fieri, quae posse negabam'.

24. W.v.h.R. 1870, no. 3208, pag. 5, spottenderwijs concipieert een inzender het vonnis van de publieke opinie, getekend door bijna alle hoofdredacteuren van de Nederlandse dagbladen, bij welk vonnis de Rechtbank te Goes, zonder gehoord te zijn, wordt veroordeeld.

uitspraak van 5 oktober 1868 tot president van de rechtbank te Goes was benoemd. Van het bijzondere gaat Goudsmit naar het algemene over: bij het ontwaren van zo menige rechterlijke dwaling, denkt hij nog aan iets anders. De ervaring heeft hem geleerd, dat de keus van de rechterlijke ambtenaren hier te lande veel te wensen overlaat. Het kwaad schuilt niet in het benoemingsbeleid van de ministers van justitie, wier goede wil en gemoedelijke ernst buiten twijfel staan, maar in de voordrachten der rechterlijke colleges. 'In het algemeen toch wordt daarbij gelet op hoedanigheden, die met die voor den rechterlijken ambtenaar vereist niets gemeen hebben. De één strekt tot aanbeveling zijn politieke of godsdienstige richting, de andere ene schoone familie-naam, een derde zijn behagelijk uiterlijk of de meerdere of mindere gemakkelijkheid, waarmede hij zich in de grote wereld of de sociëteit beweegt.'[26]

Vanuit Den Bosch komt, als gezegd, de verdediging. Eerst van de rechtbank te Goes: haar vonnis was dan wel onjuist geweest, omdat zij het begrip 'oordeel des onderscheids' verkeerd had geduid, maar met dat al was het in zijn technische onvolkomenheid een puur blijk van menslievendheid jegens de zusjes Bek, die daardoor in de gunstig bekend staande gevangenis te Montfoort gedurende maximale tijd de goede opvoeding konden genieten, die zij in eigen gezinsverband, dat, naar de schrijver zonder kennis van feiten aanneemt, wel ver onder de maat zou zijn, hadden gemist. Deze pedagoog-jurist leert ons ook, waar de juridische fout van de rechtbank schuilde: zij had de meisjes gevraagd (één was er overigens niet om het haar te vragen): wist ge niet, dat ge niet mocht stelen?, maar had móeten vragen, wat hij de vijfjarige kleuter zou hebben voorgehouden: wat hebt ge, toen ge het feit volvoerdet gedacht, dat U zou gebeuren, wanneer men U ontdekte?[27]

Ook de aanval op de rechterlijke macht in het algemeen en op de benoemingsvoordrachten wordt als onjuist weersproken, nú in het tweede stuk, waarin wij ook ter geruststelling van de natie kunnen lezen, dat uit de Commentaries van Blackstone, steen des aanstoots voor Jeremy Bentham[28], waarmede generaties Engelse juristen het veld in werden gestuurd, blijkt, dat in Engeland kinderen niet slechts veroordeeld,

25. Post non propter.
26. W.v.h.R. 1870, no. 3200, pag. 4.
27. W.v.h.R. 1870, no. 3200, pag. 4. Toch meent ook deze auteur: 'Kritiek van de handelingen der regterlijke magt is zekerlijk geoorloofd en nuttig' om dan als geneesmiddel aan te geven: 'wij willen gaarne toevoegen, dat veel den toets der kritiek niet kan doorstaan *en dat het daarom hoog noodig is door het geven van behoorlijke tractementen*, het personeel der regtbanken te verbeteren.' Hij stond in deze mening niet alleen. Nog geen twee weken later (W.v.h.R., no. 3205, pag. 4) schrijft L: 'Het kwaad schuilt in het kruyersloon, waartoe de regterlijke tractementen zijn afgedaald'.
In dit verband zij verwezen naar een belangrijk artikel van Langemeijer, gedateerd mei 1945: De toekomst van de regterlijke macht (Ned. Jur. Bl. 1945, no. 32). Hij verzet zich daarin tegen de aangeheven leuze: Verhoog de salarissen als dit nodig is om de geschikte mensen (voor de rechterlijke macht) te krijgen. Hij acht dit onuitvoerbaar, maar ook 'onjuist omdat in onze tijd veeleer verlaging van zeer hoge dan verhoging van lage bezoldigingen het doel moet zijn'. Een merkwaardige uitzondering hierop staat hij voor: de eindsalarissen der eerste en tweede instantie zouden door periodieke verhoging gelijk kunnen worden gemaakt aan die van de Hoge Raad.
28. Van een voorgenomen: comment on the commentaries, publiceerde Bentham een Fragment on Government. Daarin noemt hij Blackstone, bij wie hij in 1763 college liep 'a determined and persevering enemy' van iedere redelijke en dus ook door hem, Bentham, voorgestane verbetering van de wetten. Daarom is het welzijn van de mensheid onafscheidelijk verbonden met de 'downfall of his work'.

maar zelfs opgehangen zijn.[29] De kranten spreken desondanks in dit geval van een 'schandaal van het ergste soort'[30], het woord 'barbaarsheid' valt regelmatig, Goudsmit komt nog eens uitdrukkelijk verklaren, hoe weinig gunstig hij over de *bekwaamheid* van de Nederlandse magistratuur oordeelt[31], en een zekere W., ongetwijfeld een advocaat en een 'angry young man', laat ons weten dat zij 'met de vinger zijn aan te wijzen, de regters en raadsheren, die geen flauw begrip van recht hebben, noch stijl noch taal kennen en van wie men zelfs moet vaststellen, dat het hen aan gezond *verstand* hapert'.[32] Oud-minister Godefroi tenslotte bevestigt voluit, dat Goudsmit het bij het rechte eind had, toen deze hem als bewindsman tot de tegenstanders van de rechterlijke benoemingsvoordrachten rekende. Hij had immers, zo komt hij verklaren, als minister een wetsvoorstel tot afschaffing van die regeling ingediend, omdat zijn ervaring hem de overtuiging had bijgebracht van de verkeerde werking van de rechterlijke voordrachten. Die afschaffingswet was in 1861 in de Tweede Kamer met 61 stemmen vóór en 4 tegen aangenomen en onder de 61 voorstemmers bevonden zich, op de heer De Brauw na, al de rechterlijke ambtenaren, die leden van de Kamer waren.[33]

Het is leerzaam te ervaren, dat zelfs deze zaak van het vonnis van de rechtbank te Goes de zege niet onmiddellijk bracht aan de kant, waar zij, naar wij zonder moeite inzien, zo duidelijk thuishoorde. Een jaar of zeven later werden twee jongens van beneden de 10 jaar wegens diefstal van 18 cent tot jarenlange gevangenisstraffen veroordeeld.[34] Tenzij de rechterlijke macht in die tijd uit pure boeven bestond, moet het toen dus een zaak geweest zijn, waarover verschil van mening mogelijk was. Léérzaam is die ervaring, omdat zij ook ons ervan kan weerhouden bij bestaande meningsverschillen over rechterlijke uitspraken te zelfverzekerd voor onomstotelijk juist te houden dàt standpunt, dat, geschraagd door traditie en gewoonte, zich kan 'doorzetten', terwijl straks wel èèns zou kunnen blijken, dat, in perspectief gezien, het gelijk duidelijk aan de andere kant ligt.

Wat van dit alles zij, in een tijd, waarin de eerbied voor wetgeving en rechtspraak welhaast sacrale vormen had aangenomen, bestond er wel degelijk felle kritiek op wetten en rechters. Is tóch de situatie die wíj, een eeuw later, onder ogen moeten zien een werkelijk andere? Tot tweemaal toe, in 1969 en 1970, is door twee verschillende voorzitters van de toevallig ook sinds 1870 bestaande Nederlandse Juristenvereniging[35] dit onderwerp in hun openingsrede aangesneden.[36] Laten wij ons beperken tot de in 1970 door Langemeijer uitgesproken rede om daaruit te citeren

29. W.v.h.R. 1870, no. 3204, pag. 5.
30. W.v.h.R. 1870, no. 3204, pag. 4.
31. W.v.h.R. 1870, no. 3206, pag. 4.
32. W.v.h.R. 1870, no. 3210, pag. 5.
33. W.v.h.R. 1870, no. 3211, pag. 3. De verdere lotgevallen van het ontwerp heb ik nog niet kunnen naspeuren. Daar de rechterlijke benoemingsvoordrachten nog steeds bestaan kan het wel geen wet geworden zijn.
34. Hazewinkel-Suringa: Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Strafrecht, Tjeenk Willink, Zwolle, 1953, p. 415.
35. Ook de oprichting van het W.(P.)N.R. stamt uit het bewogen jaar 1870. Zie W.v.h.R. 1870, nr. 3173, p. 4: Wij ontvingen in de aanvang van dit jaar de twee eerste nummers van een nieuw Weekblad voor Notaris-Ambt en Registratie.
36. Mr. G.J. Scholten op 27 juni 1969 te Arnhem, zie Handelingen van de Ned. Jur. Ver. 1969, 99ste jaargang, stuk II, p. 3-7 en mr. G.E. Langemeijer te 's-Gravenhage, rede gepubliceerd in het Ned.Jur. Bl., afl. 26 van 1970, p. 780-787.

dat, zelfs reeds bij vergelijking met 1960, sindsdien 'de waardering van recht en juridische werkzaamheid in het algemeen van de kant van de samenleving als geheel grotelijks is veranderd: sterk verminderde bereidheid om zich naar geldende rechtsregels te gedragen, kritiek op de inhoud van het recht, geringschatting voor de juristen, sterk verlaagde waardering van het recht... als ideële waarde en van de rechtswetenschap als een werkzaamheid, die pretendeert de maatschappij van dienst te zijn'. Dit alles wordt door hem gezien als een verschijnsel binnen de westerse samenleving. 'Ik beken', aldus Langemeijer, 'dat ik moeite heb gehad om aan deze en verwante verschijnselen te wennen'. Een dergelijke uitlating is te meer opvallend, nu zij afkomstig is van iemand, die een leven lang bewezen heeft, geen last te hebben van die bewustzijnsvernauwing, die in welhaast iedere vakkring, maar bijzonder ook in die van juristen pleegt voor te komen en krachtens welke verabsolutering van het eigen vakgebied optreedt, vergezeld van verwaarlozing en minachting van de inspanningen en verworvenheden van andere, met name verwante disciplines. Want wij kunnen wel rustig vaststellen, dat. al hebben zich ook in eigen kring steeds spaarzame stemmen daartegen verheven, de beoefenaars van het positieve recht tot voor kort geneigd waren zich binnen het geheel der maatschappelijke verschijnselen een te belangrijke plaats toe te kennen en dat – daar ligt in ieder geval het verschil met vandaag – de buitenwereld bereid was zich daar, zij het soms mokkend, bij neer te leggen. Termen als: de heiligheid van het recht, eerbied voor wet en wetgeving, eerbied voor de rechterlijke autoriteiten.[37], die velen onzer nog vertrouwd voorkomen, kunnen niet wegnemen dat de positieve rechtsorde tegenover een groot aantal basis-waarden in het maatschappelijk leven machteloos staat: juristen kunnen de haat, de nijd, de tegenwerking, de hoogmoed, de ongebreidelde ijver- en eerzucht, die tussen mensen bestaan niet verminderen; zij kunnen de burgerrechtelijke gevolgen van het huwelijk regelen, maar niet bijdragen aan wat het huwelijk tot een waarde maakt: onderlinge liefde; maar dat brengt weer werk aan de winkel: scheidingsregelingen. Juristen voorkomen geen oorlogen en vestigen geen werkelijke vrede tussen de volkeren. Ik twijfel er zelfs aan of het positieve recht als zodanig, dat is het recht waaraan men gebonden is, een minimum aan liefde verwerkelijkt, zoals Luypen in een boeiend betoog heeft staande gehouden.[38] Dat is ten hoogste een postulaat van het positieve recht, maar ik geloof, dat wij het recht zelfs niet zouden kunnen missen, als dat minimum ontbrak. Eér ben ik geneigd de na-oorlogse Radbruch na te zeggen, dat het 'positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzweckmäszig ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Mass erreicht, dass das Gesetz als 'unrichtiges Recht' der Gerechtigkeit zu weichen hat.[39] Heeft deze uitspraak van Radbruch, die vóór de oorlog met instemming het woord van Goethe aanhaalde: 'Es ist besser, es

37. Woorden genomen uit de advocateneed.
38. Prae-advies dr. W. Luypen O.E.S.A., gepubliceerd in de Annalen van het Thijmgenootschap, december 1958, p. 281-318. Boeiend is ook de daarop volgende discussie, met interventies van o.m. mrs. Loeff, Langemeijer, J. van der Ven, Jonkers, Pompe, Bronkhorst, Hommes, enz. Deze is gepubliceerd in de Annalen van mei 1960, p. 96-116.
39. Zinsnede uit het befaamde artikel van 1946: 'Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht', opgenomen in: Rechtsphilosophie', zesde na de dood van Radbruch door dr. E. Wolf verzorgde en ingeleide druk, Koehler Verlag, Stuttgart 1963, pag. 347-357.

geschieht dir Unrecht als die Welt sei ohne Gesetz'[40] al de nodige opschudding verwekt als de bekering van een rechtsrelativist[41] tot een vorm van natuurrecht, zo moet toch worden vastgesteld, dat, als het recht in zich geen verdere aanspraken kan doen gelden op 'Richtigkeit', de beoefenaar van dat recht, hij zij rechtsopsteller, rechter, vervolgingsambtenaar of advocaat, grote bescheidenheid past.[42] Dat betekent uiteraard niet dat wie het met hun werk niet eens is, daaraan alleen reeds een titel tot onbescheidenheid ontleent.

De verhouding tussen wet en rechtspraak is van eminent belang voor de waardering van wat, als reactie op te verheven betitelingen, nu vaak als het rechtsbedrijf wordt aangekondigd. Het is niet mogelijk in de ter beschikking staande tijd ook maar enigszins volledig de problematieken die hier rijzen weer te geven en uit te werken. Ik zal dus maar enige aspecten belichten en ook deze allerminst in hun volle omvang.

Zolang de rechter een 'onbezield wezen' is, 'de mond, die de woorden der wet spreekt zonder daarvan de kracht of de gestrengheid te kunnen temperen', is zijn macht 'en quelque façon nulle' en moet daarom alle kritiek op het recht zich richten tot wet en wetgever.[43] Zodra men echter tot de overtuiging komt, dat rechtspraak méér is dan automatische toepassing van algemene regels op daaronder te subsumeren gevallen, en zéker wanneer men die gedachte tot het einde voerend, tot recht verklaart, wat volgens de rechters recht is[44], komt veeleer het rechterlijk apparaat in het middelpunt van de belangstelling én van de kritiek.

Die korte weergave van een ontwikkeling, die men op het spoor kan volgen, behoeft in veel opzichten toelichting en aanvulling. De gedachte, dat men de macht van de rechter diende te minimaliseren door hem wetten voor te houden, die hij maar had toe te passen, is zonneklaar geboren vanuit het echt liberale verlangen de vrijheid te verzekeren van hen, die onder de wetten stonden ten opzichte van elke persoonlijke willekeur van rechters. Om dit te kunnen bereiken waren twee zaken nodig: de *bereidheid* van rechters zich volgens de wet uit te spreken én duidelijke, waterdichte

40. Radbruch, o.c. p. 181.
41. Over deze door Radbruch zelf wel aanvaarde kwalificatie Kisch, in het Ned. Jur. Bl. van 5 april 1969, afl. 14. Hij vindt het geen gelukkige kenschetsing, want 'zo bij enig rechtsfilosoof, zo kan men bij hém waarnemen de combinatie van relativisme in het intellectuele en beschouwelijke, en beginselvastheid in het volitieve en persoonlijke'. Zie voorts nog Radbruch o.c. p. 102 en vlg.
42. Zie ook Radbruch, o.c. p. 208: 'Ein guter jurist würde aufhören ein guter jurist zu sein, wann ihm in jeden Augenblick seines Berufslebens zugleich mit der Notwendigkeit nicht auch die tiefe Fragwürdigkeit seines Berufes voll bewusst wäre'.
43. Ongetwijfeld bekende formuleringen van de hand van Montesquieu: De l'esprit des lois, XI, 6. Vóór Montesquieu had Locke reeds de machtenscheiding gepropageerd, maar de pouvoir judiciaire had het in zijn 'Essay on civil government', niet verder gebracht dan tot een dependance van de wetgevende macht. Ná hem had Cazalès in 1790 verklaard: 'Dans toute société politique il n'y a que deux pouvoirs, celui qui fait la loi et celui qui la fait exécuter. Le pouvoir judiciaire, quoi qu'en aient dit quelques publicistes, n'est qu'une simple function, puisqu'il consiste dans l'application pure et simple de la loi.' Montesquieu had met zijn kenschetsing van de rechterlijke macht als: 'en quelque façon nulle et invisible'; iets anders beoogd. Als eigenstandigheid had de rechterlijke macht niets te betekenen, maar haar macht ging juist hierin schuil, dat zij de wet, zonder beïnvloeding van de kant van de wetgevende of uitvoerende macht, onbevreesd voor welke gevolgen dan ook, kon toepassen. Deze negatieve macht was wat Montesquieu aanleiding gaf van een afzonderlijke puissance te spreken, die 'in zekere zin' niets inhield.
44. 'Rules are important so far as they help you to predict what judges will do. That is all their importance, except as pretty play-things', aldus Llewellijn in 'The bramble bush'. Beroemder nog werd de uitspraak: 'The law is what the courts say it is'.

wetten, waardoor die bereidheid zonder (te grote intellectuele) moeite in daden kon worden omgezet.

Zoals bekend, heeft men op het continent gedacht door middel van codificaties aan de tweede eis te kunnen voldoen.[45] De systematische verwerking in wetboeken van de gehele overzienbare rechtsstof in zo klaar mogelijke taal werd als een voorwaarde beschouwd voor een absolute suprematie van de wet over de rechterlijke beslissing. Hegel roemt de regenten, die hun volkeren een 'geordnetes und bestimmtes Gesetzbuch' gegeven hebben als 'die grössten Wohltäter derselben' en zegt van hen dat zij 'damit einen grossen Akt der Gerechtigkeit exercirt haben'.[46] Dat dit mes van twee kanten sneed werd aanvankelijk allerminst als bezwaar ervaren.[47] Het groots opgezette wetssysteem is uit de aard van de zaak een star systeem. Een kleine bouwsteen er uit halen, betekent het gehele bouwwerk aan het wankelen brengen. Maar wie codificatie tevens zag als uitwerking en weergave van natuurrechtelijke beginselen – en dat waren er velen – die sprak niet óver, die dacht niet áán verstarring als hij de onveranderlijkheid waarnam van wat voor altijd en iedereen geldende heilige beginselen tot positieve wet verklaarde. Men bedenke hierbij tevens, dat de moderne codificatie een der vruchten van de Franse revolutie was en grondbeginselen van die revolutie in rechtstermen pretendeerde te vertalen. Max Weber[48], Julius Stone[49] en anderen hebben erop gewezen, dat de revolutionair zich, uitdrukkelijk of stilzwijgend, op natuurrecht pleegt te beroepen om de omverwerping van de bestaande rechtsorde, te rechtvaardigen. De gebondenheid aan de positieve wet vervalt immers als deze met het natuurrecht in strijd is.

Was trouwens, zo laat zich vragen, met codificaties wel te bereiken, wat werd beoogd: een sluitend en gesloten systeem, aan de hand waarvan de rechter zonder ander hulpmiddel dan de eerste syllogistische figuur van Aristoteles[50] het geval kon beslissen?

45. Dat is overigens wel een der voornaamste doeleinden geweest van elke codificatie sinds Justinianus. Ging ook niet de invoering van het Pruisische landrecht gepaard met de uitgesproken wens van de 'Subtilitätenkram' der juristen verschoond te blijven?

46. Grundlinien der Philosophie des Rechts, Par. 215, Anmerkung.

47. Behalve bij de Historische School, die in Duitsland de codificatie meer dan een eeuw tegenhield. Het gaat dan ook niet aan Hegel al te zeer verwant aan deze school te verklaren, zoals vaak gebeurt. Men zie ook zijn hevige aanval op Hugo o.c. par. 3, waarin hij hem onbegrip verwijt inzake de betekenis van de historie.
Dat ook de historische school de verstarring van het Duitse rechtsleven niet kon tegengaan, is een geheel andere zaak.

48. 'Das Naturrecht ist daher die spezifische Legitimitätsform der revolutionär geschaffen Ordnungen. Berufung auf Naturrecht ist immer wieder die Form gewesen, in welcher Klassen, die sich gegen die bestehende Ordnung auflehnten, ihren Verlangen nach Rechtsschöpfung Legitimität verliehen, sofern sie sich nicht auf positive religiöse Normen und Offenbarungen stützten.' (p. 265 van de editie Rechtssoziologie, uitgegeven bij Luchterhand, Neuwied 1960.)

49. In: 'Human Law and Human Justice', London 1965, in het bijzonder hoofdstuk 2: 'Early voyages of justice in the west.' Stone benadrukt de *twee* kanten, van waar een beroep op het natuurrecht wordt gedaan: de conservatieve en de revolutionaire, zie p. 37: 'In the eighteenth century American colonies, natural law was involved as a revolutionary force; within a century it was to become an ideological bulwark of conservative resistance to social legislation which seemed to challenge the existing economic order. The swing between poles of revolutionary and conservative functions run throughout the course of natural law history.'

50. En, volgens Kant, de enige echte: 'Die falsche Spitsfindigkeit der vier syllogistischen Figuren' (1762).

Het geeft minstens te denken, dat Montaigne, die ook – een beetje – jurist was en als zodanig lang vóór Montesquieu rechter in hetzelfde parlement van Bordeaux, waarvan Montesquieu het voorzitterschap erfde en later verkocht, er heel anders over dacht dan de Baron de la Brède. Justinianus, zo zegt hij, had het mis toen hij meende de macht van de rechters aan banden te kunnen leggen door het aantal wetten te vermeerderen. Wij hebben in Frankrijk méér wetten dan de hele rest van de wereld tezamen en toch hebben wij aan rechters zoveel te beoordelen en te beslissen overgelaten, dat er nooit een macht heeft bestaan 'si puissante et si licencieuse'. Hoeveel wetten men immers ook maakt, hun aantal staat in geen enkele verhouding tot de oneindige verscheidenheid van menselijke handelingen.[51]

Dat ook de gecodificeerde wetgeving leemten zou bezitten, was voor de verstandigsten onder de codificatoren een duidelijke zaak. Wel meenden zij, dat in dergelijk geval het wetssysteem via constructie, analogie en rechtsverfijning uitkomst zou bieden en dat, ten uiterste, het directe beroep op het natuurrecht als fundament van het rechtsgebouw zou moeten slagen. De rechterlijke werkzaamheden werden er moeilijker, niet eigenmachtiger door.

Daarmee bléef het eerste probleem: hoe de rechters er toe te brengen in alle gevallen de wet strikt toe te passen. Twee wegen zouden, zo lijkt het, daartoe garantie kunnen bieden, de eerste: de rechter dwingen de wet toe te passen en hem desnoods straffen of ontslaan, als hij dat niet doet en, andere mogelijkheid, controle óp en rectificatie ván wetstoepassing door rechters in handen leggen van één van de beide andere machten. De bekoring was groot. Daartoe houde men in het oog, dat, waar thans de rechter vaak wordt beschouwd als handlanger van wet en bestuur, destijds bestuurder en wetgever de rechter veeleer als een dwarsligger ervoeren, tegen wie men zich moest wapenen. Beide oplossingen echter druisten zozeer in tegen het beginsel der machtenscheiding, dat aanvaarding van één daarvan verraad zou betekenen aan de mythe van de vrije burger. 'Tout seroit perdu', roept de anders zo kalme Montesquieu uit, als de drie machten in één hand verenigd werden. Toch is in Frankrijk sinds 1789 aanvankelijk de cassatie korte tijd in handen gelegd van het Corps législatif, en daarna, gedurende langere tijd van de uitvoerende macht.[52]

Al spoedig echter werd de zorg voor de juiste toepassing van de wetten toevertrouwd aan onafzetbare en onafhankelijke rechters, waarmee de opgave: rechters dwingen de wet toe te passen om bij gebreke daarvan hetzij hun beslissing hetzij henzelf te corrigeren, als een onmogelijke werd terzijde gelegd.

Immers voortaan was, wat de rechter in hoogste ressort besliste onaantastbaar en afdwingbaar, al was het lijnrecht in strijd met de wet.[53] 'Niet hij die de wetten het eerst neerschreef of uitsprak maar hij, die de absolute macht heeft geschreven of mondelinge wetten te interpreteren, is in de meest volledige zin des woords de wetgever', aldus ongeveer een beroemde (Engelse) uitspraak.[54]

51. Montaigne, Essais, livre 3, ch. XIII: 'De l'expérience', Uitgave Garnier Flammarion, pag. 274-275. Ook Hobbes wist het al: iedere mondelinge of geschreven wetsregel heeft interpretatie nodig.

52. Mr. D.J. Veegens: Cassatie in burgerlijke zaken, Tjeenk Willink, Zwolle, 1959, p. 17-20.

53. Sinds 1917 echter hier te lande met die merkwaardige uitzondering, dat de rechtsmacht van de rechter en de uitvoerbaarheid van rechterlijke vonnissen en van authentieke akten worden beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend (art. 13a Wet AB).

54. Afkomstig, naar ik van Hart leerde, van Bishop Hoadly en bekend geworden door het boek van Gray: 'The nature and sources of law', tweede druk, New York 1923.

Van werkelijk belang is echter hier, als op vele andere terreinen van het leven, niet wat theoretisch onomstotelijk kan gebeuren en een enkele keer ook werkelijk gebeurt, maar wat doorgaans plaatsvindt. Theoretisch is het mogelijk, dat ieder die een inaugurale rede houdt direct na afloop daarvan wordt doodgeschoten en het zou mij werkelijk verbazen, als dat niet een keer in de geschiedenis ergens is gebeurd. Toch zal ik straks, wat dit betreft, tamelijk gerust mijn laatste woord laten klinken. Welnu, men kan proefondervindelijk vaststellen, dat de bereidheid van rechters om, zover dat mogelijk is, in overeenstemming met de wet recht te spreken sinds de codificatie welhaast algemeen geweest is en dat thans – tot ongenoegen van sommigen – nog is. Het is niet ongebruikelijk rechters hun legalisme te verwijten, maar als dat om andere redenen soms gerechtvaardigd kan zijn, dan mag men toch niet vergeten, dat zij daardoor metterdaad loochenen het schrikbeeld van de rechter, die, oordelend zoals hem zint, de grenzen van zijn macht overschrijdt. De president van de Australische Hoge Raad zei het wat ongenuanceerd, maar duidelijk bij zijn installatie: 'It may be that the court is thought to be excessively legalistic. I should be sorry to think that it were anything else. There is no other safe guide to judicial decisions in great conflicts than a strict and complete legaslism'.[55]

Soms was het anders. In het Frankrijk van vóór en rond het begin dezer eeuw is 'president Magnaud' bekend geworden als 'le bon juge', omdat hij zich in beginsel bij zijn beslissingen van de wet niets aantrok. Anatole France, onvermoeid hekelaar van justitie en rechtspraak, raakt niet over hem uitgepraat.[56] De inhoud van zijn beslissingen is voor het merendeel in overeenstemming met wat nu wet is: hij was misschien niet zijn tijd, wel de wet vooruit. Zijn voorbeeld vond echter zelfs in Frankrijk geen navolging, zijn beslissingen hielden geen stand. Slechts dan is er een garantie, dat de rechter, die met de wet geen rekening houdt, steeds een 'bon juge' zal zijn, als men zich vanuit rechtvaardigheidsoogpunt in het geheel niets van de door velen tot stand gebrachte wet en bijna alles van de door weinigen zelfstandig gevormde beslissingen mag voorstellen. De 'Freirechtslehre', die aan Ehrlich haar naam, niet haar ontstaan dankt en die in wezen ook de volslagen onafhankelijkheid van de rechter tegenover de wet voorstond, zocht anders dan Magnaud wel naar een wetenschappelijke verantwoording van haar standpunt en heeft daardoor zeker ook enige betekenis gehad voor de verdere ontwikkeling van de verhouding tussen wet en rechter, maar kon door haar eenzijdige benadering van de verhouding zelfs in Zwitserland, waar artikel 1 van het nieuwe burgerlijke wetboek als het ware op haar maat gesneden was, geen voet aan de grond krijgen.[57]

55. Geciteerd bij Sawer, o.c. p. 18. Dezelfde Dixon heeft bij dezelfde gelegenheid nog een andere zaak 'opgelost', waar ik aan het eind van dit opstel op terugkom: 'Those who, on the contrary, believe that society is best served bij giving rein to the competitive exertion of the energies of every-one in his calling or pursuit, must also see that the courts must preserve the rights of each from the encroachment of the others'. Déze redenering komt mij beslist niet overtuigend voor.

56. O.m. in dat merkwaardige verhaal van een rechtszaak: Crainquebille, waaruit ik citeer: 'que l'idee d'une justice juste n'a pu germer que dans la tête d'un anarchiste. Le président Magnaud rend, il est vrai, des sentences équitables. Mais on les lui casse, et c'est justice.' Verder: Les juges intègres, en: Jean Marteau, een verhaal, dat eindigt met enige 'jugements' uit het rode boekje van Magnaud. Over Magnaud ook: Sawer o.c. p. 22-23, en Henri Lévy-Bruhl in Sociologie du droit (P.U.F., nr. 51) en in Aspects de Droit Sociologique, librairie Marcel Rivière.

57. Art. 1 luidt: 'Das Gesetz findet auf allen Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel →

Toen de illusie van de onaantastbaarheid van de wet als uiting van onveranderlijk natuurrecht onder de mokerslagen van de werkelijkheid verbrijzeld werd, kon kritiek op de wet ontstaan en daarmee het inzicht rijzen van de verstarrende werking van een codificatie, die met feiten en de (nieuwe) waardering der feiten in botsing kwam. Maar die kritiek liet voorlopig onverlet, dat van rechters verwacht werd, dat zij volgens de wet zouden rechtspreken, dat hun beslissingen minstens langs logisch-deductieve weg, uit het systeem van de wet zouden voortvloeien. Dat was de hoofdtoon van de rechtsbeschouwingen, die omstreeks 1870 te beluisteren viel, maar een straks te vermelden dissonerend geluid met langzaam aanzwellende kracht begon zich toen eveneens hoorbaar te maken.

Een eenvoudig voorbeeld ter toelichting: de oude artikelen 63 en 71 van het W.v.K. bevatten respectievelijk een verbodsbepaling, aan makelaars opgelegd en de sanctie op overtreding van dat verbod. Zij zijn, volgens De Pinto, 'verkeerd, onbillijk, onregtskundig, onpractisch'. Maar als men zich in Amsterdam daarom afvraagt of ze wel moeten worden toegepast en dat maar een moeilijke zaak vindt, begrijpt hij daar niets van: lex dura sed scripta. Rechters hebben niets anders te doen dan de wet braaf toe te passen. 'Er is geen beter middel om van zulke versleten en verouderde wetten af te komen dan haar eerlijke toepassing, zolang zij bestaan'. En, terloops de doodstraf erbij betrekkend: 'Had men altijd eerlijk en dapper gehangen, wij waren reeds lang verlost van de doodstraf of liever van de doodstrafwet'. Wie zich over het taalgebruik wat verbaast, geef ik in overweging zich de gemoedsgesteltenis in te denken van de man of vrouw, die in het jaar 2070 een dagblad van vandaag leest en daarin een wielrenner blij hoort verklaren van zijn verslagen tegenstander: 'Ik zag hem hangen en dat is verschrikkelijk goed voor de moraal.'[58]

Wat meer aandacht verdient is, dat De Pinto er een flink aantal echt gehangenen voor over heeft om een wet afgeschaft te krijgen, die reeds in de veertiger jaren niet meer werd tenuitvoergelegd. Het moge waar zijn – en ook voor vandaag zijn betekenis hebben – dat consequente toepassing van bestaande wetten deugdelijker middel tot snelle afschaffing daarvan kan zijn dan een aarzelende houding[59], die bovendien tot rechtsongelijkheid leidt, het is vooral óók duidelijk, dat er een keuze is gedaan, die aangevochten kan worden, als het artikel sluit met de volzin: 'Maar vóór alles eerbied voor de wet, zelfs voor de wet van de beulen als voor de wet van de make-

→ entscheiden, *die er als Gesetzgeber aufstellen würde.* Er folgt dabei bewährter Lehre und Ueberlieferung.
Zeker is het oordeel van Sawer over Ehrlich te hard: 'but on this foundation of social fact, he built a monstrous theoretical, which so far as intelligible, is self contradictory (o.c. p. 176). Ehrlich's hoofdwerk: 'Grundlegung der Soziologie des Rechts', eerste uitgave van 1913, trekt thans opnieuw belangstelling. Gurvitch is even overdreven in zijn lof als Sawer in zijn verwerping. Over deze en andere, hier en later te bespreken stromingen in de rechtsvinding, zie men vooral ook K. Larenz: 'Methodenlehre der Rechtswissenschaft', tweede druk, 1969, Springer Verlag: Historisch-kritischer Teil, pag. 9-173. Voorts Kamphuisen in zijn, m.i. te weinig bekend boek: Beschouwingen over Rechtswetenschap, Dekker en Van de Vegt NV, 1938, Nijmegen, Utrecht, over Ehrlich: op pag. 44-45.

58. Ter verificatie: Brabants Dagblad van 13 augustus 1970, sportpagina's.

59. Opmerking verdient echter ook de heel anders gerichte uit Scandinavisch-rechts-sociologische kringen stammende opvatting van de functie van de niet afgeschafte maar dode wet in het politieke vlak. Zij zou daar een verzoenende werking hebben: de ene groep, bijv. de conservatieven, zijn tevreden omdat het beginsel als wet bleef gehandhaafd; de andere, de progressieven, klagen evenmin omdat het door hen verworpen beginsel in de praktijk geen toepassing krijgt.

laars[60],' een keuze toch die volstrekte gelding blijft geven aan wat als onrecht wordt ervaren, als het maar op de wet berust, omdat het alternatief is én rechtsonzekerheid én mogelijkheid van rechterlijke willekeur.

Over die rechterlijke willekeur werd omstreeks 1870 niet zo erg geklaagd. Rechters waren wel bereid zich aan de wet te houden. Als dat desondanks niet gebeurde, was het hun onbekwaamheid, niet hun 'ondeugdzaamheid' die hen parten speelde. De rechters, die het 5-jarig kind oordeel des onderscheids toekenden, werden niet gelaakt, omdat zij het vervolgens tot de maximumstraf van 7½ jaar veroordeelden, maar omdat zij zelf onvoldoende onderscheid van oordeel bezaten. Domme rechters zijn het, door protectie en afkomst op een plaats gezet, die hun intellectuele vermogen teboven gaat, en die aldus de eerbied voor de wet ondermijnen. Hun domheid is hun schande. En die domheid begint al duidelijker te blijken, nu de zgn. 'Begriffsjurisprudenz', die van de wetstoepasser systeem-denken vereist, steeds meer op de voorgrond kwam teneinde snel veranderende maatschappelijke situaties te kunnen blijven vangen in wetten, die uit een andere periode stammen. Rechtstoepassing werd daarmee een intellectuele bezigheid van enig niveau. Montesquieu's mond van de rechter blijkt in verbinding met hersens te moeten staan.

Er moet echter ook op een zich baanbrekend nieuw aspect van de rechtsbeschouwing worden gewezen. Geleid door Marx, Engels en Proudhon raken de industriearbeiders op drift. De vrijheid, die de bourgeoisie zich met de Franse revolutie had verworven, wordt door hen ervaren als een zeer onvolledige vrijheid. Natuurlijk drukten zij zich anders uit, want de op feodalisme, privileges en heerlijke rechten gewonnen vrijheid van de burger, brengt aan hén niets dan onderdrukking, armoede, werkloosheid. En thans openbaart zich een van de antinomieën van het positieve recht: wat tot stand kwam als bescherming van de nieuw gewonnen vrijheid, is tevens verzet geworden tegen een spontane doorbraak naar verdere ontwikkeling van die vrijheid, biedt als uit de aard van zijn wezen weerstand daartegen. Dat betekende zeker niet, dat daarom het bestaande recht onaantastbaar en onveranderlijk was, maar er waren er velen, die het zo wilden gaan zien. Het is de tijd dat liberalisme en socialisme voorgoed uit elkaar gaan. Van bepaalde zijde voelt men geen behoefte meer deze of gene verkeerde wet, die of een andere onbekwame rechter te hekelen, de wetgeving zélf en het collectivum van rechters – trawanten van de rechtsorde – worden verworpen. Is het een wonder, dat rechters bereid zijn de wet toe te passen, zo heet het, als zij zich en de hunnen daarmee beschermen? De reactie is duidelijk: uit vrees voor de al-omverwerpers worden wetten, hoe beroerd ook, rechters, hoezeer ook onbekwaam, uitgeroepen tot onaantastbare grootheden, onaantastbaar niet om der wille van recht en gerechtigheid, maar uit zelfconservering. Het positivisme, dat uit deze geesteshouding voortvloeide, is van geheel andere aard dan dat van mensen als De Pinto. Naar buiten kan het zich op dezelfde wijze opstellen, subjectief soms wel te goeder trouw: toch heeft de ideologie van de wetsgetrouwheid door dik en dun met de Socratische aanvaarding van zelfs de slechte wet in wezen niets gemeen.

60. W.v.h.R. 1870, no. 3177, pag. 1 en no. 3182, pag. 5. De eerbied voor wet en rechter verstomde ook na 1870 niet. Zij komst regelmatig terug. Een enkel voorbeeld uit 1936; 'Zekerheid van recht', door mr. R.D. Kollewijn, openingscollege te Groningen: 'uit het voorgaande weet ge enigszins wat ge van mij zult hebben te verwachten: eerbied voor het recht, dat geldt ... zal in mijn onderwijs *voorop* staan. Niet uit zucht om bij de autoriteiten te zweren...' (pag. 23, uitgave Wolters, Groningen).

Hoe vanuit deze situatie het decor is veranderd en al meer op de rechterlijke beslissing de nadruk ging vallen binnen het rechtsbedrijf ten koste van de wet ('zonder de rechtsprekende rechter blijft de wet een dode letter'[61]) en daarmee veel kritiek zich verlegde van de wet naar de rechter (die zich, zoals wordt gezegd, niet langer achter de wet kan verschuilen) is éér onderwerp van een omvangrijke studie dan onderdeel van een rede. Toch kunnen misschien enige hoofdzaken vanuit het voorgaande kort worden samengevat en begrepen.

Allereerst is te noemen een reden van psychologische aard: vanuit het strafrechtelijk domein ontstond de idee, dat wettelijke regels geen gedragsbepalingen inhouden voor de rechtsgenoot, maar uitsluitend voor de rechter.[62] Art. 287 van het W.v.Str. verbiedt de doodslag niet, maar gebiedt de rechter hem, die een ander doodslaat, een straf op te leggen van ten hoogste 15 jaar. Deze leer werd op het civielrecht overgeplant.[63] Al hield zij niet noodzakelijk een principiële verandering in betreffende de verhouding wet-rechter, toch moest zo de indruk zich vestigen, dat het wetsterrein een soort reservaat was, waarin de rechter, al dan niet ondersteund door de rechtswetenschap, zich beschermd en beschut ophield. Maatschappelijke gedragsregels kregen slechts door zijn uitspraak inhoud en gelding.

Ten tweede ging – mede onder invloed van de sociale disciplines – steeds sterker de gedachte doorwerken, die, reeds aangeduid, kan worden omschreven met het adagium: wie moet de bewaker bewaken? De bewaker van de wet is zelf in laatste instantie slechts aan de wet gebonden, indien en voorzover hij dat wil. In de Angelsaksische landen, waar van rule-scepticism wordt gesproken, is het doel van het jury-instituut wel omschreven als: 'lawlessness, the great corrective of law...'[64], maar al is de ongemotiveerde jury-uitspraak, waaraan de rechter zich daar ook in civiele zaken pleegt te houden, tot uitoefenen van macht over de wet méér ge-eigend, in wezen behoeft het niet anders gesteld te zijn met de gemotiveerde beroepsrechtelijke beslissing, die eenmaal onherroepelijk, geldt, ook als zij in strijd met de wet en, afkomstig van de hoogste rechter, bovendien een grote mate van toekomstige geldigheid krijgt. Wel is er één belangrijk verschil: de anonimiteit en vergankelijkheid van een concrete jury als rechtsprekend orgaan leent zich veel minder voor kritiek op personen dan de rechtspraak door vaste beroepsrechters.[65]

Ter derde is daar het uiterst belangrijke inzicht, dat baanbrak inzake de verhouding van algemene regels (wetten) tot concrete gevallen, hierop neerkomende, dat een geval niet logisch-deductief tot de regel kan worden teruggebracht. De eerste

61. Citaat uit het artikel: 'De persoon van de rechter', van mr. R.H.A.M. Baron van Hövell tot Westerflier, in Ars Aequi, januari 1967 (aflevering gewijd aan de 'functionele rechtsleer'), pag. 51-61. Zie ook de wat ontnuchterende reactie daarop van mr. R.A. Bloembergen in het volgende nummer: 'Het belang van de rechter als persoon', pag. 129-132. Larenz o.c. pag. 228 en vlg. Kamphuisen o.c. pag. 5-69.

62. Binding: 'Die Normen und ihre Übertretung'.

63. A. Thon: 'Rechtsnorm und Subjectives Recht'. In de 'topische' rechtsbeschouwing (Viehweg) bloeit deze visie onbekommerd door. Ook Alf. Ross gaat in zijn werk, in het Engels vertaald als: 'On Law and Justice', London 1958, geheel van deze gedachte uit.

64. Uitspraak van Roscoe Pound, geciteerd bij Jer. Frank in: 'Courts on Trial'.

65. Het unus-judex systeem, met name in het strafrecht (politierechter, maar ook de rechter-commissaris in strafzaken, die het eerste bevel tot voorlopige hechtenis geeft) óók echter in het civiele recht (kort geding, enkelvoudige kamer) hoezeer ook om andere redenen gewenst, blijft, naar mijn oordeel, daarom een hachelijke zaak. Uitbreiding ervan, teneinde onder meer de procesgang te versnellen, zal altijd nauwkeurig moeten worden afgewogen tegen het bezwaar dat de beslissing teveel van mijnheer A of mevrouw B afkomstig is.

stoot tot dit inzicht gaf reeds de 'Begriffsjurisprudenz', die tot systeem-denken verplichtte. Men moest aldus wel tot de bevinding komen, dat een zo veelzijdig vertakt en gecompliceerd systeem als dat van het positieve recht, in concrete gevallen moet leiden tot een veelheid van 'goede' oplossingen: goed in de zin van niet-strijdig met het systeem, maar niet en zeker niet per se goed of even goed vanuit andere, waaronder ethische gezichtspunten. Mede in verband met deze materie hebben de regels van het schaakspel binnen de rechtsleer zodanige furore gemaakt, dat het niet vreemd zal zijn kennis daarvan eerlang tot een verplicht onderdeel van de inleiding in het recht te maken.[66] Laten wij voor de variatie onze nationale trots, het voetbalspel, tot voorbeeld nemen. Gesteld er zijn daarvoor maar een paar regels: het spel wordt gespeeld met een bal die rond is en elf spelers aan iedere zijde. Iedere speler heeft een vaste standplaats op het veld, die hij niet mag verlaten. Hij mag de bal alleen met de rechtervoet aanraken. Doel is: aldus meer ballen binnen de goalpalen van de tegenpartij te brengen dan deze binnen de onze. Velen van U weten, dat dit niet de echte regels van het voetbalspel zijn. Deze zijn aanzienlijk ingewikkelder, geven meer bevoegdheden en dus meer verplichtingen en verboden. Dit alles maakt duidelijk, dat er bij het echte voetbalspel dan ook veel meer handelingen zijn, die vanuit het oogpunt van spelregels 'goed' zijn, dan in mijn verminkte voorstelling van zaken. Daarenboven echter zijn van die vele 'goede' handelingen er veel meer – in ander opzicht – slecht of van twijfelachtig allooi dan in het gesimplificeerde concept. Sommige handelingen tenslotte, zullen vanuit een bepaalde combinatie der spelregels wél, en vanuit een andere niet geoorloofd zijn. Niet onvergelijkbaar daarmee is het systeem van het positieve recht, dat echter veel gecompliceerder en omvattender is en welks regels bovendien, anders dan bij een spelletje,[67] gelden tegen wil en dank. Het is de paradox van het systeem, dat door omvattendheid sluitend wil zijn, dat het juist daardoor in de wereld der feitelijke dingen openingen schept. Daarbij is het de rechter, die het laatste woord spreekt.

Ook nog binnen het systeem denken, althans daarmee niet onverzoenlijk, is de vrijheid, die het systeem zelf ordonneert, middels zijn open normen als goede trouw, goede zeden, openbare orde, bilijkheid en talloze andere begrippen, die zonder vulling met buitenwettelijke kapok lege matrassen blijven. De grens wordt bereikt, waar het systeem leemten vertoont. Dit erkennen is iets anders dan vaststellen dat de wet zwijgt, want in het laatste geval is er nog reden om aan te nemen, dat systemen spreken, waar wetten zwijgen. Om te midden van deze algemene rechtsbeschouwingen concreet technisch te worden: de oplossing van het vraagstuk van de dubbele eigendomsoverdracht constituto possessorio al dan niet tot zekerheid is noch in onze wetsbepalingen noch binnen het systeem van onze positieve wet te vinden. Tot het nemen ven beslissingen zal de rechter buitenwettelijke overwegingen moeten doen gelden.[68]

66. Aldus bijv. Alf. Ross o.c. Te onzent: Ter Heide in zijn bekende boek: 'Vrijheid, over de zin van de straf', waarin hij echter ook het damspel (door E.A. Poe hoger geschat dan het schaakspel) en de voetbalsport opvoert.

67. Hierover in een bespreking van de dissertatie van mr. Ter Heide: mr. R.A.V. Baron van Haersolte, 'Een fenomenologisch posivist in het strafrecht' in: Tijdschrift voor Strafrecht, afl. 4, 1966, pag. 184-211, daarvan in het bijzonder de pagina's 195-199.

68. Zie H.R. 22 mei 1953, N.J. 1954, 189 (Sio Arrest), H.R. 29-9-61, N.J. 1962, no. 14 (Picus-arrest), het bindend advies van de oud-president van de Hoge Raad mr. Smits van 10 mei 1966, N.J. 1968, no. 275 met noot H. D(rion) en H.R. 6 maart 1970, gepubliceerd onder meer in Ars Aequi, mei 1970, met onderschrift mr. W.C.L. van der Grinten. Wie de inhoud van de noot bij het bindend advies zorgvuldig vergelijkt met het laatstgenoemde arrest en vervolgens opmerkt, dat dit arrest mede →

Daarmee zijn wij op het terrein gekomen, dat de verhouding tussen wet en rechter veel wezenlijker verwijdert van de traditionele grondslagen: geen algemene regel biedt, zonder meerdere bewerking dan die der rationele logica, de volstrekte grondvorm van het concrete geval. Woorden zijn nooit in zich duidelijk, ook niet als zij algemene imperatieven inhouden, en kunnen dat ook niet worden door ze met andere woorden en zinnen in verbinding te brengen. Wie van het paard zegt, dat het alleen schuine sprongen kan maken, is slechts *verstaanbaar* voor hem, die bekend is met de rol van paarden in het schaakspel, maar spreekt ook pas dan *zinvolle* taal voor hem, die begrijpt vanuit welke paarden-werkelijkheid wordt gesproken. Zo ligt aan ons begrip, onze waardering van woorden, die bevelen, steeds ten grondslag een begrip van de werkelijkheid van waaruit wordt gesproken. Woorden moeten zin hebben en dat betekent in laatste instantie, dat zij geduid worden binnen een aanvaarde werkelijkheid, en daardoor méde worden bepaald. Daarom vooral is het rechtssysteem een systeem, dat open is, en in zoverre geen echt systeem, zoals ten onzent op indrukwekkende wijze is gedemonstreerd door Paul Scholten.[69] Daarom is de beslissing van de rechter niet enkel wetstoepassing, niet enkel vinding van recht, maar uiteindelijk mede rechtsvorming.

De 'Begriffsjurisprudenz' komt nu terecht in de hoek waar de slagen vallen: de constructie wordt als het door de juristerij gebaard monster verafschuwd. De 'Interessenjurisprudenz' wint aanhang en verkondigt, dat het recht, de rechterlijke beslissing in feite belangenconflicten beslecht. De zowel materiële als ideële 'Begehrungen und Begehrungstendenze', die in de maatschappij kriskas door elkaar opdoemen, te bevredigen, is het doel van de rechtspraak.[70]

Trachten wij nu enkele verbindingen te leggen: de rechter is degene, die door de wet in algemene bevelen wordt toegesproken. Zijn concreet wederwoord kán het bevel van de wet regelrecht tegenspreken en zal dan toch verbindend zijn. Maar ook zonder dat is het een illusie te menen, dat het concrete antwoord logisch-deductief uit de algemene imperatief oprijst. Het is een eigen imperatief. Wat anders wil dat zeggen, voor wie in vaste categorieën denkt dan dat de rechter uitmaakt wat recht is: law is, what the courts say it is. En als dat zo is, waar anders moet men dan met zijn kritiek op het rechtsbedrijf terecht dan bij de rechter, die beslist dat *a* recht is, maar die ook had kúnnen beslissen, dat *b* recht is. En nog verder voortgaande op dit pad: zal die kritiek niet aan hevigheid winnen als binnen de rechtsgemeenschap verschil van mening bestaat over wat *begerenswaardig* is en dus recht moet zijn: *a* danwel *b* en als daarenboven het verschil daartussen vermeende of werkelijke grondslagen van het maatschappelijk bestel raakt? Daarmede zijn wij ten dele terug bij de gememoreerde maatschappelijke onvrede, die rond 1870 ontstond. Toen echter waren de wetenschappelijke inzichten omtrent de verhouding tussen wet en rechter nog niet erg ver van die van Montesquieu verwijderd. Is het vermetel te stellen, dat de wetenschappelijke vooruitgang inzake de methoden der rechtsvinding veroorzaakt of minstens bevorderd is door de maatschappelijke structuren en dat de belangentegenstellingen, die scherper werden ervaren, de voedingsbodem waren waarop een zelfs

→ is gewezen door voormelde annotator, inmiddels van hoogleraar lid van de Hoge Raad geworden, ziet hier in bescheiden mate gedemonstreerd een stelling, die ik overigens maar zeer betrekkelijk juist acht: 'Law is what (one judge of) the court says it is'.

69. Algemeen Deel uit de Asser-serie, 2e druk 1934, Tjeenk Willink te Zwolle.

70. Larenz, o.c. pag. 51 en vlg.

puur wetenschappelijke 'Interessenjurisprudenz' kon gedijen?[71] Wie dat inziet beseft ook, dat de nieuwe belangen zich eerder en duidelijker manifesteerden in de concrete beslissing, die van de rechter gevraagd werd, ook al loochende die uiteindelijk deze belangen[72], dan in de algemene regel. Zal als straks het stakingsrecht wettelijk geregeld is, voorspel, aanleiding en oorzaak daarvan niet gezocht moeten worden in tegen- en samenspel tussen maatschappelijke werkelijkheid en rechterlijke beslissing?[73]

Voor wie meent, dat aldus kleur bekend is door algehele aanvaarding van het primaat van de rechterlijke beslissing, volge thans het contra-punt, onder aanhaling van een woord van Ibsen: 'Hebt gij al ooit een gedachte tot het einde doorgedacht zonder op een tegenspraak te stuiten?' De hiervoor aangehaalde ontwikkelingen kunnen en mogen niet tot de conclusie leiden, dat de *wetgevende* macht 'en quelque façon nulle' is, en nog veel minder tot deze, dat dus alles van de rechter afhangt.

De opvatting vooreerst, dat alle positieve recht zich rechtstreeks tot de rechter richt, reeds door Scholten als weinig verhelderend aangemerkt[74], kan bij nadere beschouwing geen stand houden, omdat zij in strijd is met de werkelijkheid van de rechtsregel, die, naar het mij voorkomt, in ideaaltype drie elementen bevat: gij behoort U zo te gedragen of: ge moogt U aldus niet gedragen, waarin het zedelijk aspect van de regel uitdrukking vindt; het imperatieve aspect vervolgens dat ons beveelt ons zo te gedragen als het behoort en tenslotte het sanctionele: doet ge dat niet dan zal U de straf, de verplichting, de schadevergoeding worden opgelegd, die de rechter conform de wet zal vaststellen. Slechts waar het betreft het opleggen van sancties richt de wet zich tot de rechter en dan nog slechts onder voorwaarde, dat het zedelijk gevorderde, dat de wet tot een moeten verklaart, aan zijn oordeel wordt onderworpen. De eigenlijke gedragsregel, die direct of indirect uit de imperatief van de wet valt te putten, richt zich echter tot ieder van ons: gij moet Uw minderjarige kinderen verzorgen en opvoeden, ge moet het door U gekochte betalen, ge moet een rijbewijs hebben als ge een auto wilt besturen. Zijn die regels zinloos, tenzij ze door sanctie afdwingbaar

71. Heck beklemtoont de onafhankelijkheid van zijn 'Interessenjurisprudenz' 'von einem bestimmten philosophischen System oder einer Weltanschauung'. Zie echter Larenz o.c. p. 53, 54.
72. Juist in externe gevallen, waarbij de normale exegese van de algemene regel, zeer apert onbevredigend is, pleegt de rechtspraak om te gaan. Komen er later gevallen van minder extreme aard, die ook onder de nieuwe rechtspraak zouden kunnen worden gebracht, dan gebeurt het nogal eens, dat de nieuwe regel bij die gelegenheid wordt ingekrompen, m.a.w. dat de oude exegese weer wat terrein wint. Een duidelijk zij het niet recent voorbeeld: het rechtersrecht inzake de natuurlijke verbintenis. De verplichting uit fatsoen of moraal van de arresten van 1926 werd later omgevormd tot een *zeer dringende verplichting*. Zulke leerstukken als die inzake civielrechtelijk misbruik van recht, smartegeld, ongegronde verrijking en conversie van nietige rechtshandelingen, zijn alle mede bepaald door de bijzondere gevallen, waarbij zij ter sprake kwamen.
73. Hierover artikelen van o.m. H. Drion, Borst, V.d. Gun, Bakels, Heertje en Van Esveld in 'Stakingsrecht', uitgave van Kluwer, Deventer, 1965. Wat betreft het befaamde Panhonlibco-arrest van 15 januari 1960, N.J. 1960, p. 84, onderschrijf ik geheel het oordeel van Langemeijer in zijn opstel in de brochure: 'Opstellen en Stellingen over Klasse justitie' (Uitgave JFAS en Machi(a)velli: 'waar het op aankomt is dat geen jurist, ook als zijn sympathie nog zozeer aan de kant van de stakers stond, had kunnen oordelen, dat de staking niet – in beginsel – wanprestatie was. Men kan daar uitzonderingen op aannemen en daarin is de Hoge Raad naar mijn mening wel zover mogelijk gegaan, maar de hoofdregel is er een, waar geen rechter "onder uit kan" ...'.
74. Algemeen Deel, 2e druk, pag. 16 en 17.

zijn? Dat is een miskenning van haar oorsprong: geen recht houdt stand dan wanneer het verplicht tot wat in de gemeenschap vrij algemeen als verplichtend geldt. De spanning tussen het meerderheidsoordeel binnen de gemeenschap en het zedelijke als zodanig is daarmee niet opgeheven, maar een ieder zal wel inzien, dat de rechtsregel wel dwangregel is, maar dan ook beide: dwang én regel, waarbij nogmaals wordt benadrukt dat het woord: regel, dubbelzinnig is en zowel aanduidt wat pleegt als wat behoort te geschieden.[75] Het is niet de rechter, die de regel door haar toe te passen als vereist gedrag aan de rechtsgenoot oplegt, maar deze, die de rechter opdraagt de regel toe te passen, omdat hij haar wenst te zien toegepast.

Dan is er vervolgens de nominale macht van de rechter: zijn beslissing is bindend en afdwingbaar, zij kan algemeen geldend worden. Wat betekent dan nog de algemene regel? Ik heb daarover reeds betoogd, dat het niet gaat om wat kan gebeuren, maar om wat meestal geschiedt. Het is waar, dat de rechter van de wet en van het systeem van de wet kan afwijken, *omdat hij dit wil*, en dat men daar machteloos tegenover staat. Het gebeurt ook. Het gebeurt echter met name waar de rechter de wil van een ander – de staat, de dictator – in zijn beslissing boven die van de wet stelt.[76] Wanneer men er met mij van uitgaat, dat het systeem van de Nederlandse positieve wetgeving is gebouwd op de gelijkwaardigheid van alle mensen voor de wet, daargelaten nu of het deze in zijn concrete bepalingen realiseert, dan kan geen beslissing, conform aan die wetgeving vallen, waarin de gelijkwaardigheid principieel afhankelijk wordt gesteld van toevallige omstandigheden, want dat betekent erkenning van onvrijheid, slavernij. En toch zal men in 1938 een beslissing kunnen aantreffen, krachtens welke de voltrekking van een burgerlijk huwelijk in Nederland tussen een man, die in zijn 'vaderland' als 'Jude' bekend stond en een vrouw van 'deutschen Blude' geweigerd werd, onder meer op grond, dat 'de rechtbank niet kan onderschrijven, dat het beginsel van de menselijke gelijkwaardigheid een zodanig essentieel bestanddeel van ons recht en van onze openbare orde zou uitmaken, dat Nederland ook aan vreemdelingen, die zich gedurende korte of lange tijd op ons grondgebied bevinden, die menselijke gelijkheid met betrekking tot de bevoegdheid om een huwelijk aan te gaan heeft te waarborgen, ook in die gevallen, waarin de nationale wet van de vreemdelingen op grond van een door haar gemaakt onderscheid in ras een huwelijk tussen hen verbiedt'.[77] Gelukkig waren er in die tijd ook andere beslissingen.[78] Incidenteel kan, wat de Engelsen noe-

75. Hierop wijzen o.m. Scholten, Algemeen Deel, 2e druk en Max Weber in zijn: 'Rechtssoziologie'.
76. Men zie ook P. Ricoeur, in de door A. Peperzak in het Nederlands vertaalde bundel: 'Politiek en Geloof' (Ambo, Utrecht 1968) en speciaal het artikel: 'De Paradox van de macht', p. 32 en vlg. Daarin op bladz. 55: 'Is de onafhankelijkheid van de "rechter" niet de allereerste voorwaarde voor een voortdurende beveiliging tegen machtsmisbruik? Het komt mij voor, dat de rechter een figuur is die vrijwillig en met instemming van allen buiten de fundamentele conflicten van de samenleving gehouden moet worden'. Hoewel ik vermoed, dat dit laatste niet mogelijk is zonder de maatschappij vast te leggen, is toch wel duidelijk, dat Ricoeur die onafhankelijkheid van de rechter – hij schreef naar aanleiding van Hongarije 1956, – allereerst zag als vrijheid ten opzichte van de 'almachtige' staat en haar bestuurders.'
77. Rb. Arnhem N.J. 1938, no. 919. Zelfde beslissing, maar zonder deze overweging Rb. Arnhem N.J. 1939, no. 930.
78. O.a. Rb. Den Bosch N.J. 1936, no. 479 en duidelijker nog van dezelfde rechtbank N.J. 1936, no. 860. Een van de rechters, die aan deze beide vonnissen meewerkte, schreef hierover, voorzichtig, maar overtuigd in het Ned. Jur. Bl. van 1936, blz. 1009 en 1037; mr. J.W.M. Schröder: 'De Duitse rassen- en huwelijkswetgeving bezien in het licht van het Nederlandsch Internationaal Privaatrecht'. Als Den Bosch, aanvankelijk op grond van een gelegenheidsargument Rb. Rotterdam N.J. 1934, pag. 546 →

men 'window dressing' zeker voorkomen. Maar op zich genomen demonstreert het slechts het onvolmaakte van al het ondermaanse. Wie op deze grond toetreedt tot het leger van de rule-scepticisten, moet zich eens verdiepen in wat Hart in zijn prachtige boek: Concept of Law, ter weerlegging daarvan heeft gezegd.[79] Daaraan kan nog slechts het volgende worden toegevoegd: als rechters in het algemeen niet in strijd mét en onder veronachtzaming van de wet rechtspreken, kan dat twee oorzaken hebben, waarvan de eerste is: hun inzicht, dat zij aldus de grenzen van hun macht te buiten gaan. Voor wie met, om maar enkele namen te noemen, Montesquieu, Kant en Acton[80] de overtuiging is toegedaan, dat elke machthebber van nature geneigd is de grenzen van zijn legitieme machtuitoefening te overschrijden, lijkt het weinig aannemelijk, dat juist rechters aan die verleiding weerstand zouden kunnen bieden. De andere oorzaak is echter, dat rechters in feite de macht om wetten naast zich neer te leggen niet bezitten. Ik ben ervan overtuigd (en ik wijs er op, dat ik zelden van een dergelijke categorische formulering gebruik maak) dat dit de exacte weergave van de huidige stand van zaken is. Rechters die als lasthebber van een absoluut monarch, in welke vorm dan ook optredend, door deze geruggesteund of door deze gedwongen, rechtspraken of spreken, bezitten de macht, om wetten te laten voor wat zij zijn, wél. Ontvalt hun deze steun, dan zijn zij machteloos. Als rechters thans principieel van de wet zouden afwijken, waar het *hun* goeddacht, uit overweging dat, wat zij willen wet is, zouden zij in de kortst mogelijke tijd de rechterlijke macht in deze vorm afschaffen. Want onafhankelijkheid en afzetbaarheid van rechters moge een in het volk diep verankerd rechtsbeginsel zijn, zij zijn uiteindelijk gegrond op wettelijke bepalingen, die de vrijheid van de rechtsgenoot beoogden en rechters, die zich van de wet niets aantrekken, zullen niet met een beroep op de Wet AB[81] aan de kant worden gezet, maar vanuit de overtuiging, dat hun beslissingen non-existent en dus waardeloos zijn. Dat dit niet gebeurd is, komt omdat de rechters dit beseffen en zich naar dat besef gedragen. Wanneer de rechtspraak incidenteel van de wet afwijkt – men denke aan het verbod van echtscheiding krachtens onderlinge overeenstemming van de gehuwden – dan is dat omdat zij daarbij de instemming heeft van het overgrote deel van de rechtsgenoten en verder gaat zij niet. Wijken rechters met dergelijke instemming van de wetgeving als geheel af, dan is de rechtsorde definitief vernietigd en de revolutie een feit. Het zullen dan andere rechters zijn, die rechtspreken op grond van reeds aangenomen of minstens reeds aanvaarde andere wetten, en wat anders is er dan aan de hand dan dat andere wetten – getrouw – door andere rechters worden toegepast? Dit is, denk ik, de betekenis van Langemeijers te weinig beroemd geworden uitspraak: 'De rechter kan niet rechtspreken en revolutie maken tegelijk'.[82] Wel zal de rechter krachtens deze macht

→ en N.J. 1936 no. 454, Dordrecht (N.J. 1936, nr. 456) en Amsterdam (N.J. 1938, nr. 331) verklaarden de stukken weer ongenoegzaam tot het sluiten van een huwelijk.

79. H.L.A. Hart, 'The concept of Law', at the Clarendon Press, Oxford, 1961 hoofdstuk VII: 'Formalism en rule scepticism', pag. 121-150. Zie pag. 127: 'Legal theory has in this matter a curious history; for it is apt either to ignore or to exaggerate the indeterminacies of legal rules.'

80. Montesquieu: 'Mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusq'à ce qu'il trouve des limites. Qui le diroit. La vertu même a besoin de limites' (o.c. XI, 4).

Kant: Het bezit van de macht bederft het vrije oordeel van de rede onvermijdelijk.

Acton: (in een briefwisseling met de latere bisschop van Londen, waarin hij als rooms-katholiek deze anglicaan verweet de slechte pausen uit het verleden te veel te 'sauveren') 'Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely'.

81. Bijv. de art. 3, 5, 11, 12 en 13.

82. In de in noot 73 vermelde brochure van 8 februari 1969, pag. 7, 2e kol.

de volstrekt onrechtvaardige wet, waarover Radbruch spreekt, moeten negeren om te voorkomen, dat hij zich, als in het Duitsland van Hitler schuldig maakt aan moord door een uitspraak waarbij hij, die duidelijk onrechtvaardige wet opvolgend, de doodstraf uitspreekt.[83]

Als dan toch de verhouding tussen wet en rechter drastisch is gewijzigd, kan dat slechts zijn reden vinden in de nieuwe inzichten, die baanbraken, omtrent de intrinsieke mate van gebondenheid van de individuele *beslissing* aan de algemene regel. De werkelijkheid als feitelijkheid, maar ook als in de 'Natur der Sache' gelegen waardering van die feitelijkheid, dringt zich tussen regel en beslissing in. Maar die werkelijkheid in feit en waardering is voor de rechter een gegeven, dat hij weliswaar al dan niet onderkent en al dan niet juist waardeert, maar niet iets dat hij krachtens zijn wil schept.[84] Zij is ook niet de enige determinant van zijn beslissing, maar staat in spanningsverhouding tot de imperatieven van de algemene regel, die rekbaarheid heeft, maar met elastiek dan ook de eigenschap gemeen heeft op de meest ongelegen momenten te kunnen knappen. 'Einzelffallgerechtigkeit', zoals onze oosterburen het zo indrukwekkend noemen, staat wel in een zekere spanning tegenover normgerechtigheid, maar zoals de laatste geen recht meer is als zij de werkelijkheid van het bijzondere geval miskent, zo kan gene slechts recht zijn als zij aan de norm ontleend en tot de norm herleidbaar is. Probleemdenken en systeemdenken mogen in de praktijk van de rechtsbeoefening geen tegenstellingen zijn[85] omdat recht, dat geen regels – en dus geen systeem – meer erkent, een functie, die het tot recht maakt mist: de verschaffing van algemene patronen van handelen, van rechtszekerheid en voorspelbaarheid van de rechterlijke beslissing. 'Het recht der werkelijkheid'[86] blijft ook in de rechterlijke beslissing normgebonden, zoals de norm door de werkelijkheid wordt beïnvloed en méde bepaald.

Op dit punt zij er aandacht aan geschonken, dat de 'Interessenjurisprudenz', die de 'Begriffsjurisprudenz' verdreef, op haar beurt later door velen werd verlaten, die zich tot een 'Wertjurisprudenz' bekenden, waarin het niet om belangen, maar om waarden gaat, die in recht en rechterlijke beslissing om voorrang en ordening strijden. Dat niet alleen de wetgever, maar ook de rechter bij zijn beslissingen een rangorde van waarden dient te hanteren en dit doet, soms zonder dat hij het zich bewust is, volgt uit wat is gezegd over de verhouding van de regel tot de beslissing. Maar al hebben de aanhangers van de drie opvattingen elkaar wetenschappelijk naar het leven gestaan en eigen leer verabsoluteerd, is het wellicht tóch niet te verdedigen, dat hier slechts een ontwikkeling in de methode van de rechtsvinding plaatsvond, waarbij het nieuwe het oude niet vernietigde maar aanvulde en dat er sprake is van een drieslag, waarin systeem en belang opgeheven werden tot de daaruit voortvloeiende maar niet daarin opgaande waarden, welke recht en rechtsbeslissing verwezenlijken? En ziet men dan ook in de rechtswaardenleer de onderscheiding aangebracht

83. Radbruch in zijn in noot 39 vermelde artikel.
84. Dat was juist het aspect dat de Freirechtslehre in een soort voluntarisme van de rechter overbenadrukte.
85. Zie: Esser, 'Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts', tweede druk 1962; de korte beschouwing van Wieacker: 'Gesetz und Richterkunst', Larenz. o.c.
In Nederland twee afleveringen van Ars Aequi jrg. 1967, januari en februari, met onder meer een heldere beschouwing van Langemeijer over Esser (febr.) en een belangrijk artikel van Ter Heide: Iudex viator (januari).
86. I.H. Hijmans, 'Het recht der werkelijkheid', Haarlem 1910.

tussen Werthöhe en Wertstärke[87], lijkt het dan niet of in een wereld, waarin het wettelijk systeem zijn rol moet blijven spelen, maar waarin belangen en waarden pluriform worden gewaardeerd, in de wereld kortom van het conflict, opnieuw de opgave wordt gesteld en ingezien om te komen tot een optimale verbinding tussen het gewenste en het goede?

Waar waarden het recht gaan bepalen en onderling conflicteren, daar is ook plaats voor een herziening van waarden en dus van het recht, mede in deze zin, dat niet in zo overstelpende mate als in de laatste eeuwen gebeurde, de nadruk op economische waarden valt of – nog erger – waarden tot economische worden herleid.[88] Op het laatst van zijn leven heeft Rousseau zich onaardig over Nederland uitgelaten: 'On dit qu'en Hollande le peuple se fait payer pour vous dire l'heure et pour vous montrer le chemin. Ce droit être un méprisable peuple que celui, qui trafique aussi des plus simples devoirs de l'humanité'.[89] Maar al geruime tijd voordien had hij deze kwestie, die hem ter harte ging en ons móet gaan, algemener gesteld, toen hij van de wetten opmerkte, dat zij altijd zo vervuld zijn van zorg om 'des biens et si peu des personnes, parce qu'elles ont pour objet la paix et non la vertu'.[90] De betekenis van de mens te erkennen, ook als hij niet is homo economicus, is niet de geringste opgave van een zuivere rechtswaardenleer.

Met dat al zal toch méér van verandering van wetgeving en daaraan ten grondslag liggende vernieuwing van het maatschappelijk bestel dan van rechterlijke beslissingen de vernieuwing van een rechtsorde afhangen, want – idealiter – wordt de inhoud van de rechtspraak door deze beide, in hun samenspel, juist bepaald. Zeker is het mogelijk en niet zeldzaam, dat de wet ten achter blijft bij de maatschappelijke werkelijkheid en de daarin opgekomen waarderingen. De aanzet tot daaraan aangepaste rechtsvorming kan van de rechterlijke beslissing uitgaan, maar daartoe moeten ook de overige voorwaarden aanwezig zijn. Het uitblijven van dergelijke aanzetten kan tot kritiek aanleiding geven, kritiek op de rechterlijke beslissing en daarom op de rechter, die zijn tijd niet verstaat. Maar als dat betekent dat men van de rechter verwacht, dat hij in zulke gevallen de wet laat voor wat zij is, haar beginselen en bronnen, haar opbouw en systeem naast zich neerlegt, om aan maatschappelijke verlan-

87. Onder invloed van Nicolai Hartmann, 'Ethik', 1926.

88. Drukt men smart in geld uit, dan is het overwaardering van economische belangen als dat mondjesmaat gebeurt. Daarom moet men m.i. niet, als bij ons, het principe aanvaarden, maar zo zuinig mogelijk toepassen. Gezegd moet worden dat de bedragen sneller stijgen dan de waardedaling van geld rechtvaardigt. Overigens is in dit opzicht het marxistisch-communistisch standpunt, dat smart op geld waarderen een typisch staaltje van kapitalistische perversie is, wel te begrijpen. Maar als men ook andere dan economische belangen in het recht wil accepteren, zal men toch niet kunnen volstaan met alleen maar een 'njet' tegen de omzetting van smart in geld.

89. Tiende wandeling (en laatste voltooide) van de 'Promeneur solitaire'. Uit: 'Les reveries du promeneur solitaire', Garnier-Flammarion, pag. 168.

90. Deze vaststelling komt voor in de eerste noot van het eerste boek van 'Emile ou de l'Education', uitgave Garnier-Flammarion pag. 36, en leidt tot de conclusie dat de wet niet genoeg macht aan de moeders geeft. Rousseau is niet alleen door zijn – alle praktische bezwaren ten spijt – grandioze conceptie van 'Le contrat social' voor de jurist een blijvende bron van studie. In zijn Lettre à M. d'Alembert, zegt hij echter van de vrouw die zoveel macht moet krijgen: 'Mais si j'ajoute qu'il n'y a point de bonnes moeurs pour les femmes hors d'une vie retirée et domestique en elders (ik weet niet precies meer waar, maar geloof in het voorwoord voor 'La nouvelle Heloise') verklaart hij, dat geen fatsoenlijk meisje vóór haar huwelijk een roman leest. Over Rousseau: Hollak in 'Wijsgerig Perspectief', januari 1970, afl. 3: 'Rousseau en de huidige maatschappij critiek', pag. 195-212.

gens, zelfs die welke fel omstreden zijn, te voldoen, dan pleit men voor wetteloosheid en rechterlijke willekeur.

Een van de waarden, die zich in dit tijdsgewricht mondiaal doen gelden, met name waar de voorwaarde daartoe: een redelijk peil van algemene welvaart vervuld is, is de betere verdeling van macht over allen, die van macht afhankelijk zijn. De persoonlijke macht van weinigen over allen is een steen des aanstoots, en het kan amper betwijfeld worden, dat betere machtsverdeling een opgave is, die de inspanningen en rusteloosheid van een generatie waard is. Trekt men de lijn echter door om te menen dat alle gezag van individuen over individuen uit den boze is, dan stuit men uiteraard op de rechterlijke beslissing als een der prototypen van het verworpene. Want in diepste kern is rechtspraak beslissingsmacht in handen gelegd van personen, wier eigen zaak het juist niet aangaat. Anarchie en recht verdragen elkaar niet. Dit is geen tegenstelling van puur zwart en puur wit. De volmaakte christelijke liefdesgemeenschap waarvan Tolstoi droomde kon de wettelijke ordening als wezenloos beschouwen. Maar zo min als deze is de heilstaat van Marx, waarin mét de staat het positieve recht eveneens is verdwenen, op al te korte termijn te verwachten. Zolang zal wetteloosheid onzekerheid betekenen en (meer) onrecht voor de zwakken. '*Dát* de strijd inzake rechtsaanspraken een einde vindt is – aldus Radbruch – belangrijker dan dat zij op een rechtvaardige en doelmatige wijze tot een einde komt'.[91] Na 1945 zou hij dit waarschijnlijk niet in deze vorm hebben herhaald, maar wel blijft staan, dat het tot het wezen van de rechtsbeslissing behoort, dat zij met gezag een einde maakt aan niet op andere wijze te regelen conflicten.[92] Kritiek hierop vanuit een absolute verwerping van zulk 'vreemd' gezag, zou het recht slechts kunnen beamen door zich zelf op te heffen. Want ook dan zou die kritiek blijven gelden, als de beslissing in handen werd gelegd van een toevallige passant, die ons dorp voorbijkomt of van een marktkoopman aan wie wij op marktdag al onze geschillen ter onmiddellijke standrechtelijke beslissing toevertrouwen.[93]

91. Radbruch, o.c. pag. 169. Daar valt ook de nadruk op de functie van het recht als vredemaker. Cuche wordt aangehaald, 'La paix, la securité sont les premiers bienfaits que le Droit nous doit procurer'. De vredemakende functie van de rechtspraak in haar beslissingen is – in de Westerse wereld echter van een twijfelachtig allooi: het is de vrede die gesloten wordt nadat de een gewonnen heeft, de ander verslagen is. Het is opvallend dat Langemeijer in zijn in noot 36 vermelde rede terloops de functie van het bemiddelend vonnis, dat wel vrede kan stichten, naar voren brengt. Van het bemiddelend vonnis waren in verleden dagen te onzent Hartzfeld en Catz propagandisten zonder succes.

92. Het is, denk ik, een constructie in de slechte zin van het woord, die ervan uitgaat, dat zoveel geschillen niet voor de rechter komen omdat men al weet wat de rechter zal beslissen. Allereerst komen juist zulke geschillen nogal vaak wel voor de rechter, omdat er betalingsonmacht is of verlangen naar betalingsuitstel. Maar vooral worden talloze geschillen buiten de rechter om opgelost op een wijze waarvan de partijen heel goed weten dat de rechter ze zo niet zou oplossen of kunnen oplossen.
Men denke aan betalingsuitstelregelingen, oplossingen van bouwconflicten, financiële regelingen tijdens huwelijk en na de dood van een der gehuwden enz.

93. Vrije weergave van Montaigne, Essais, livre III, pag. 276, Garnier-Flammarion. In Azië, zo vertelt Ehrlich in zijn 'Grundlegung', moest de rechter, die het ook niet meer wist, steeds elke partij voor de helft gelijk geven. Het Salomo's oordeel inzake het al dan niet ondergeschoven kind is hiervan het proto-type, maar heeft als bijzonderheid, dat het ten doel had de executie van de beslissing te voorkomen om de juiste beslissing te laten zegevieren. Jer. Frank schrijft, dat in Amerika jury's soms dobbelstenen opgooien om te zien hoe zij zullen beslissen.
Deze functie van de rechtspraak: met gezag een einde maken aan het geschil hoe dan ook →

Naast de extreme vormen van gezagsontkenning, die, doorgevoerd, tot vernietiging van het recht moeten leiden, staan die welke de wijze van rechterlijke gezagsuitoefening betreffen. Hierbij zijn twee zaken te onderscheiden. Daar is allereerst wat ik zou willen aanduiden als de verschijningsvorm van het instituut der rechterlijke macht: deftig, gewichtig, afstand bewarend, gecostumeerd. Veel valt daarover niet te zeggen. In hoge mate, zo vermoed ik, wordt deze verschijningsvorm bepaald door wat de maatschappij waarin de rechterlijke macht optreedt, daarvan verwacht. Joviale rechters, amicaal en gemoedelijk in colbert hun vak uitoefend, stonden lange tijd niet op het verlanglijstje. Als thans de ideale rechtersimago zich daarheen verlegt, zal de werkelijkheid daar eerlang naar toe groeien. De vraag is maar of het verlanglijstje al met deze wens is uitgebreid. In de Verenigde Staten is, naar Jerome Frank meedeelt, de ongedwongen wijze, waarop het rechtsgeding zich voor de lekenrechter pleegt af te spelen in een gemoedelijk kamertje, allerminst reden tot enthousiasme. De rechtszitting verwordt er tot een kibbelkamer, waarin iedereen tegen iedereen vecht.[94]

Anders is het gesteld met de wijze van gezagsuitoefening door de rechter, die direct ingrijpt in de positie van partijen en verdachten. Men kan van rechters niet verlangen, dat zij engelen zijn, al zullen misschien velen van hen hun collega's herkennen in Rilke's befaamde engelenbeeld: 'zij hebben alle moede monden en lichte zielen zonder zoom'. Wel kan men eisen, dat ieder die met de rechter te maken krijgt toegesproken wordt in een taal, die voor hem werkelijkheid wordt.[95] Als de rechter de man onder wie beslag is gelegd voor de schuld van een ander aanspreekt als derde-gearresteerde, getuigt het van intelligentie als deze zich daarover verontwaardigd toont en voorts informeert naar de beide andere arrestanten. De juridische vaktaal is, denk ik, voor de rechtswetenschap onmisbaar maar in de samenspraak tussen rechter en rechtsgenoot moet zij gemeden worden, omdat die samenspraak van werkelijk belang is, maar dat slechts kan zijn als de sprekers elkaar verstaan.[96] Ook zal de rechter in zijn contact met de rechtsgenoot van geen onwelwillendheid, ongeduld, barsheid of verveeldheid mogen blijk geven. Daardoor immers maakt hij de man of vrouw, die vóór hem staat, of, voor mijn part náást hem zit, en die toch al in een hem totaal vreemde omgeving en situatie verkeert, waarin het echter wél

→ (zij het dan liefst op een goede manier) demonstreert dat een gemeenschap desnoods wel wetten kan missen maar geen rechters. (Van der Grinten: 'Het civiele recht is voor zijn bestaan niet afhankelijk van een wetgever, doch van een rechter' in: 'Opstellen over recht en rechtsgeschiedenis aangeboden aan Prof.Mr. B.H.D. Hermesdorf, Kluwer, Deventer: 'Handelen te goeder trouw', pag. 155-156).

Historiquement la justice rendue à chacun a été le premier besoin des sociétés humaines. Le pouvoir judiciaire sous une forme embryonnaire, est le plus ancien de tous, il a fait son apparition alors qu'aucun des autres n'existait encore. *Avec un caractère arbitral* fortement marqué, il commence déjà à s'exercer pour appliquer les premières coutumes, alors que la loi est encore inconnue ...'; Esmein (zie noot 12) pag. 502.

Het bewijst uiteraard echter niet dat rechters als er wetten zijn, daaraan niet gebonden zouden zijn. Het andere uiterste is de in Duitsland beroemd gebleven uitspraak van von Kirchmann uit 1847, door Coing vrij onlangs in het volle licht gesteld: 'Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliotheke werden zur Makulatur' in 'Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft'.

94. In: 'Courts on Trial.'

95. Waarmee niet gedoeld wordt op een gemaniereerde wijze van 'in eigen dialect' toespreken.

96. Dat ook de rechter, ondanks inspanning, soms niet in staat is de rechtsgenoot te begrijpen, vormt de andere pool in deze zaak. Een advocaat, die zijn cliënt kent, zal dergelijke impasses echter gauw door hebben.

om zijn belangen gaat, tot iemand, die niet op maximale wijze tot zijn recht kan komen. Het risico dat van deze houding misbruik wordt gemaakt, zal de rechter moeten aanvaarden. Dat betekent niet, dat de rechter de gelijke is van partijen en verdachten en zich als zodanig moet gedragen. Hij is mogelijk zelfs in alles hun mindere behoudens dan in een opzicht: hij is geroepen op zo goed mogelijke informatie en zo goed mogelijke gronden een gezaghebbende beslissing te geven. Dat de rechtspraak verbeterd zal worden door rechtszittingen te verstoren of door gemeenschappelijk op de tafel van de rechter te klimmen onder het zingen van protestliederen, betwijfel ik dan ook sterk.

Dit betoog had onder meer ten doel de betekenis van de rechter in het geheel van de rechtsorde en het maatschappelijk gebeuren te relativeren. Misschien is die betekenis nog het grootst bij de straftoemeting en het is dan ook niet toevallig, dat deze in het middelpunt, ook van wetenschappelijke, belangstelling staat. Maar het is onzin te menen, dat rechters de vrijheid hebben aan ieder, die aan doodslag schuldig wordt bevonden een straf op te leggen, die varieert van een dag voorwaardelijk tot 15 jaar onvoorwaardelijke gevangenisstraf. Zo'n conclusie valt slechts te trekken met behulp van een logica, die zich van de werkelijkheid heeft losgemaakt.

Dat betekent niet, dat de wijze waarop het rechterlijk apparaat functioneert, onbelangrijk is en dat daaróver niets meer te zeggen, daaráán niets meer te doen valt. Ik denk, dat wij pas aan het begin staan van een studie, die de verhouding tussen rechterlijke beslissing en algemene regel werkelijk oplost. Steeds opnieuw toch zullen de vrijheidsterreinen moeten worden afgebakend: de vrijheid van de rechter tegenover de besturende staat, de vrijheid van de rechter tegenover maatschappelijke verlangens, die zich met klem stellen, een vrijheid, die binnen het spanningsveld met de wet, tevens een onvrijheid is, de noodzaak om rechtsvormend te werken. Ik vermoed ook, dat in een maatschappij, die bezig is een kwartslag om te draaien, de opgave bestaat de rechterlijke macht zo samen te stellen, uit- en toe te rusten, dat zij binnen die maatschappij representatief en ontvankelijk kan worden geacht voor dat steeds moeilijker grijpbare fenomeen, dat eens als de 'volonté générale' werd aangeduid. Waar deze zich niet middels conflict en strijd formeert, eist goede rechtspraak eerlijke en deskundige rechters. Beide eisen blijven onverkort gelden in de conflictmaatschappij, waarin wij leven, maar daarnaast zal moeten worden voorkomen, dat in het conflict te gemakkelijk een der aspecten daarvan over het hoofd wordt gezien, of te snel als niet legitiem wordt verworpen. Het is minder belangrijk nu, dat rechterlijke colleges een team vormen, dat in vriendschap en homogeniteit samenwerkt – hoezeer dit waarden zijn, ook voor de rechtspraak, die ik hogelijk heb gewaardeerd – dan dat het rechterlijk college in zich die conflicterende waarden aanwezig vindt, die in het maatschappelijk bestel om voorrang en dus harmonisatie strijden.[97] Want dat de optimale situatie van een maatschappij die is van het constante conflict, zoals wel wordt betoogd, kan ik niet gemakkelijk aanvaarden. Het kan, denk

97. Theoretisch is het niet noodzakelijk, dat men deze waarde – een passend en homogeen team – op moet geven, als men het maatschappelijk conflict binnen het rechtscollege voet aan wal laat zetten in ruimer mate dan nu gebeurt. Het lijkt voorts duidelijk, dat dit tengevolge van de onvermijdelijke vernieuwing van de rangen, op de duur geleidelijk aan toch zal gebeuren. Maar de rechterlijke benoemingsvoordrachten, die zich op het standpunt van het homogene team stellen, zullen, zolang zij de feitelijke invloed behouden, die zij thans bezitten, toch wel een duidelijk remmend effect hebben op deze vernieuwing. Zeker is het niet het gewenste alternatief, rechters zonder meer door de Kroon te laten benoemen.

ik, ten hoogste de voorwaarde zijn voor een nieuwe – weliswaar voorlopige – harmonie, maar het is dan wel zaak zo goed mogelijk op die voorwaarde in te spelen.

Ook als dit is of wordt bereikt, is de rechterlijke macht gedoemd en gezegend om 'en quelque façon nulle' te blijven. Rechters zijn 'met recht zonder macht'. Schopt men te hard en te veel tegen hun stoel, dan valt niet deze om, maar de onafzetbare rechter er uit. Die lege stoel zal dan spoedig weer bezet zijn, want voor het rechtsbedrijf geldt het woord van Sartre voorlopig in alle gestrengheid: Continuons. Maar ook dan zal dra blijken, dat geen rechterlijke vrijheid op persoonlijke macht gebaseerd kan zijn, dat rechtspraak slechts door macht ondersteund, niet op macht gegrondvest is, want macht is de vorm van de vrijheid maar tevens haar negatie.

Is het dan een wonder, dat van Hem over wie hier niet werd gesproken, is gezegd, dat hij de potentaten uit hun stoel heeft gezet? Er werd niet bij gezegd, of het een leerstoel, een heilige stoel of een rechtersstoel was. Extensieve interpretatie kan ons ervan overtuigen, dat de stoel staat voor het toneel, dat wereld heet.

2. De anonieme getuige na Kostovski

NJ 1990, 692

1. Bij arrest van 25 okt. 1988 heeft het Hof te Amsterdam vernietigd het op 11 nov. 1987 in deze zaak in eerste aanleg gewezen vonnis van de Rb. te Amsterdam en de verzoeker tot cassatie wegens

'medeplegen van vrouwenhandel, meermalen gepleegd'

veroordeeld tot o.m. 2 jaar gevangenisstraf.

2. Mr. G. Spong, adv. te 's-Gravenhage, heeft bij schriftuur drie middelen van cassatie voorgesteld. Ter zitting van 21 nov. 1989 heeft Mr. G. Spong een vierde middel voorgedragen dat samenhangt met het eerste middel uit de schriftuur. De beide middelen stellen de vraag aan de orde of en zo ja in hoeverre voor het bewijs gebruik mag worden gemaakt door de rechter van verklaringen van anonieme getuigen, een probleem dat opnieuw in het brandpunt der belangstelling staat na het arrest van het Europees Hof voor de rechten van de mens van 20 nov. 1989 in de zaak Kostovski, in welke zaak de HR arrest wees op 25 sept. 1984.[1]

3. Ik zal eerst de middelen 2 en 3 bespreken.

4. Het tweede middel houdt ten eerste in dat bij pleidooi in eerste aanleg, in appel als herhaald te beschouwen, is aangevoerd dat de voor het bewijs gebezigde getuigenverklaringen, de anonieme getuigenverklaring incluis, niet in vrijheid zijn afgelegd, op welk verweer het hof uitdrukkelijk had moeten beslissen.

5. Het betoog waarop wordt gedoeld luidt volgens de toelichting:

'Uit het verloop van de getuigenverklaringen en het steeds eensluidender worden daarvan blijkt, dat deze getuigenverklaringen - zeker in de fase van het gerechtelijk vooronderzoek - steeds méér met elkaar overeenkomen, zodat er gerede vrees is voor het vermoeden, dat deze verklaringen niet is gecoördineerd, hetwelk wil zeggen niet ongedwongen afgelegd.'[2]

6. Gegronde vrees voor een vermoeden is niet gelijk te stellen met een stellig verweer. Mede omdat die vrees weer afgeleid wordt uit feiten, die ook heel anders kunnen worden uitgelegd, behoefde het hof het verweer niet op te vatten als in de in de schriftuur voorgestane zin.

7. Ik acht dit onderdeel van het middel daarom niet gegrond.

8. Ten tweede wordt in het middel aangevoerd dat de raadsman door, zakelijk, aan te voeren:

Ernstiger is het feit dat het bewijs zo goed als waardeloos is geworden vanwege het overduidelijk souffleren van de afgelegde verklaringen

de betrouwbaarheid van de getuigen,

1. De publikatie in NJ 1985, 426 betreft de mededader van verzoeker, waarbij nog enig aanvullend bewijs werd gebruikt (de schroevendraaier).

2. Een verschrijving voor '... dat deze verklaring is gecoördineerd, ...' zoals later gecorrigeerd.

waaronder die van de anonieme getuige, heeft betwist.

9. Voor wat betreft deze laatste had het hof daarin reden moeten zien

'nader te motiveren waarom niettemin deze getuigeverklaring geloof verdiende'.

10. Het hof heeft op dit punt overwogen dat het

'na te melden verklaring van de anonieme getuige behoedzaam en terughoudend heeft gebezigd'.

11. Dat nu wordt niet een voldoende onderzoek naar de betwiste betrouwbaarheid van de anonieme getuige geacht.

12. De kwestie is een - betrekkelijk onbelangrijk *geworden* - onderdeel van het probleem van de anonieme getuige. Ik hoef er eigenlijk nog niet op in te gaan. Als ik dat wel zou moeten doen zou ik zeggen dat de betrouwbaarheid van de anonieme getuige in de algemene beschuldiging zo weinig specifiek is bestreden, dat het hof wat dat betreft kon volstaan met de vaststelling dat de verklaring van deze getuige behoedzaam was gebezigd, waarin een onderzoek naar de betrouwbaarheid (hoe dat dan ook heeft plaatsgevonden) enigszins besloten ligt.

13. Middel III houdt in dat de voor het bewijs gebruikte verklaring van de anonieme getuige, voorzover die inhoudt:

'dat zij altijd vrij bedroefd achter het raam zat'

een mening en/of gissing behelst en, kort gezegd, als zodanig niet voor het bewijs mocht worden gebruikt.

14. Ik ben het er niet mee eens: men kan waarnemen, althans de indruk hebben waar te nemen dat iemand bedroefd en zelfs vrij bedroefd achter het raam zit. Dat *zie je* bijv. aan de gelaatstrekken en de houding al kan men zich daarin vergissen. De ogen zijn op dit punt erg belangrijk. Ik laat het, wat dit punt betreft, hierbij. Waarom de tegenhanger: dat het hem opviel dat zij nooit vrolijk keek, de toets der kritiek wel heeft kunnen doorstaan, is mij niet geheel helder geworden.

Het middel zal niet kunnen slagen.

15. Tot het bewijs heeft het hof o.m. doen meewerken een proces-verbaal opgemaakt door O.D. den Breejen, hoofdagent-rechercheur van gemeentepolitie te Amsterdam, voorzover inhoudend de verklaring

'van een man, die anoniem wenste te blijven'

luidende:

'dat hij dagelijks in de Stoofsteeg te Amsterdam komt enz. ...'

16. Die verklaring heeft het hof, naar het in zijn arrest vaststelt

'behoedzaam en terughoudend'

gebezigd.

17. De rechtspraak inzake het gebruik voor het bewijs van verklaringen van anonieme getuigen was en is tot op heden - zo gevestigd, dat van deze verklaringen gebruik mag worden gemaakt, 'mits met inachtneming van de behoedzaamheid welke bij de waardering van de overtuigende kracht van bewijsmiddelen geboden is' (HR 1985, 426 onder 7.1 en 7.4). Als de betrouwbaarheid van het bewijsmateriaal afkomstig van een anonieme getuige ter terechtzitting wordt betwist, dient de rechter als hij toch gebruik maakt van dat materiaal, bovendien daaromtrent verantwoording af te leggen (HR 1985, 426 onder 7.5 en 1985, 427 onder 6.2).

18. Kan (mag) deze rechtspraak gehandhaafd blijven na het arrest van het Europese Hof van 20 nov. 1989 en zo nee, hoe moet de verandering dan luiden?

19. Het gebruik maken van een verklaring de auditu is de eerste stap op weg naar de aanvaarding van de anonieme getuige. Ik mag hier geen historische beschouwingen gaan debiteren en volsta dus met het in herinnering roepen van drie arresten van de HR.

(I) HR 27 sept. 1886, W 5437;

(II) HR 20 dec. 1926, NJ 1927, p. 85;

(III) HR 17 jan. 1938, NJ 1938, 709.

20. In 1886 was er geen sprake van dat de verklaring-van-horen-zeggen voor het bewijs mocht worden gebruikt. De verklaring van een getuige was *immers*, zoals de A-G Gregory het uitdrukte de auditu. De vrouw in kwestie had verklaard

> 'dat haar zoon, nadat de beklaagde vertrokken was, zeide 'Ik geloof niet dat hij vrij is van sterke drank'.

21. De anonimiteit van de zoon van een bij name bekende getuige is natuurlijk maar zéér betrekkelijk. Maar zolang zij niet is opgeheven bestaat ze. In 1926 won Taverne het van Besier die zich in een boeiende conclusie tot het uiterste heeft verzet. De verklaring van horen zeggen werd aanvaard. Wij weten allemaal op hoe ruime schaal dat daarna is gebeurd. Het was aanleiding voor het Europese Hof om in nr. 28 vast te stellen:

> Au Pays-Bas, la procedure pénale suit en practique un cours nettement, différent de celui qui ressort des textes mentionnés aux paragraphes 23 à 27 ci-dessus. Cela résulte, dans une large mesure, d'un arrêt de principe rendu par la Cour de cassation le 20 décembre 1926, année de l'entrée en vigeur du C.P.P. (Nederlandse Jurisprudentie (NJ) 1927, p. 85) ...

22. Wel teken ik aan, dat in dat arrest van de HR nog werd vastgesteld dat niet valt te ontkennen

> 'dat verklaringen van horen zeggen in vele gevallen slechts van zeer betrekkelijke waarde zullen zijn en dus met de uiterste behoedzaamheid moet worden beschouwd ...'

23. Uitgangspunt moet toen daarom ook geweest zijn, dat het gebruik maken voor het bewijs van een verklaring van horen zeggen tot de grote uitzonderingen zou dienen te behoren.

24. Hoe gemakkelijk de tweede stap (NJ 1938, 709) op de eerste volgde – hoewel die stap m.i. veel groter was dan de eerste – blijkt uit de annotatie die Taverne meegaf aan dat door hem zelf mede gewezen arrest:

> 'Indien eenmaal de de auditu is gerechtvaardigd door de eigen waarneming van het gehoorde, dus met de zintuigen waargenomene ... dan kunnen quaesties als het noemen van de zegsman absoluut geen juridieke rol spelen. Men komt dan eenvoudig op het gebied van de waardering van het bewijsmateriaal waarop de feitenrechter ... souverein is. De in dit geding aangevallen getuigeverklaring is een de auditu zonder genoemde zegsman[3] ... Bij voormelde grondslag van de toelaatbaarheid van de verklaringen de auditu kunnen de bezwaren juridisch geen gewicht in de schaal leggen. En wanneer men dan – wat de tegenstanders steeds zo gaarne hebben gedaan – zegt: waar is de grens, het hek is van de dam, de misbruiken zijn talrijk enz. enz. of, nog klemmender, geen bakerpraatjes als bewijs in de rechtzaal – dan antwoord ik: wij hebben beroepsrechters, die niet op hinderlijke wijze 'belehrt' behoeven te worden door de wet en, last not least: wanneer de de auditu's wederom zouden worden geweerd, welnu, dan zouden zij wederom, als vroeger, uit de vonnissen verdwijnen, doch er zouden – enkele zeldzame gevallen daargelaten, waarin juist door de toelaatbaarheid der de auditu's veroordeling van schuldigen mogelijk was geworden, niet minder veroordelingen vallen. Alleen zouden de vonnissen weer on-

3. Voor het bewijs was gebruikt de verklaring van een verbalisant:
De verdachte staat te Texel bekend als een slecht autobestuurder. Ik heb herhaaldelijk klachten hieromtrent ontvangen en het heeft soms wel klachten geregend, waarbij dan wel werd medegedeeld, dat verdachte een gevaar voor kinderen op de weg was.
De HR billijkte dat de verbalisant niet opgaf wie dat tegen hem gezegd hadden omdat de verplichting daartoe „uit geen enkel wetsvoorschrift" volgde.

leesbaar worden en als droog zand aan elkaar hangen.'

25. Vergeefs zoekt men in zulk een passage naar enig inzicht in de verstoring van het evenwicht wanneer recht wordt gedaan op verklaringen van mensen wier betrouwbaarheid, ja soms zelfs bestaanbaarheid, niet voor de rechter aan de tand gevoeld kan worden. De sprong van de verklaring uit de tweede hand – maar dan een desgewenst achterhaalbare tweede hand – naar de verklaring van horen zeggen afkomstig van iemand die onbekend blijft – met name voor de verdachte en de verdediging – is wel bijzonder groot, wanneer men niet alleen aandacht besteedt aan de waardering van het bewijsmateriaal die aan de feitenrechters moet worden overgelaten en – maar dit speelt nu gelukkig niet meer zo erg – aan het prestige van de rechterlijke macht.

26. Die tweespalt komt ook tot uiting in een overweging van het Europees Hof. Na vooraf gesteld te hebben dat de waardering van het bewijsmateriaal in de opvatting van het Hof in principe een zaak is van het nationale recht vervolgt het Hof (nr. 39, alinea 2):

> A la lumiere de ces principes, la Cour estime qu'on l'espèce sa tâche ne consiste pas à se prononcer sur le point de savoir si les déclarations en cause furent correctement admises et interpretées, mais à rechercher si la procédure considerée dans son ensemble, y compris le mode de présentation des moyons de preuve, revêtit un caractère equitable.

27. Schalken heeft in een reactie op het arrest van het Europese Hof[4] de problematiek van de anonieme getuige naar haar aard onoplosbaar genoemd.

28. En het van 1984 daterende rapport van de commissie bedreigde getuigen – voorzitter van de commissie was de huidige P-G bij de HR: Remmelink – bevat in zijn voorwoord de navolgende passage (p. 3-4):

> 'De commissie zou de anonieme getuigenverklaring in beginsel ontoelaatbaar willen achten. Slechts in uitzonderlijke (nood)situaties kunnen dergelijke verklaringen worden gebruikt. Voor die gevallen heeft de commissie een regeling ontworpen.'
> Zie ook rapport, p. 9.

29. Waarom is de problematiek onoplosbaar als de anonieme getuigenverklaring (als bewijsmiddel) in beginsel ontoelaatbaar is? Ligt het niet voor de hand dan een wettelijke regeling te treffen, of als die te lang uitblijft via de rechtspraak regels op te stellen, die het gebruik van de verklaring van een anonieme getuige voor de bewijsvoering verbieden behalve in een aantal uitzonderlijke gevallen – ik heb indertijd de term 'benoembare uitzonderingen' gebruikt[5] waarin – zie formulering van de Cie-Remmelink – dat gebruik dan nog aan strenge regels zou moeten worden gebonden?

30. Waarom heeft de HR daar tot nu toe niet van willen weten? Is dat te wijten aan gebrek aan respect voor het due process, veronachtzaming van de eisen die aan een fair proces gesteld moeten worden, kortom is het een inbreuk op de rechten van de mens, die naar de geschiedenis èn het heden overvloedig leren, die bescherming het moeilijkst kan verkrijgen en het meest nodig heeft: de van misdrijf verdachte en daarom vaak op voorhand van zijn vrijheid beroofde verdachte?

31. Ik verklap geen geheim als ik zeg, dat ik het met de rechtspraak op het punt van de anonieme getuige, zoals die tot heden in stand wordt gehouden, niet eens was en ben.

32. De bijzondere waarborgen die de HR eist, wanneer in de bewijsvoering gebruik wordt gemaakt van de verklaring van een anonieme getuige, zijn van dien

4. NJB, afl. 1, 1990, Anonieme getuige en strafvorderlijke logistiek, p. 8 e.v., in het bijzonder p. 13 l.k.

5. NJB 1987, p. 1455.

aard dat de HR zichzelf de leiding over en het toezicht op het gebruik van zulke verklaringen praktisch heeft ontnomen. Gevolg is dat niet afgedwongen kan worden dat van die verklaringen slechts in uitzonderlijke noodsituaties gebruik wordt gemaakt en evenmin dat de verklaringen, àls zij gebruikt worden, slechts onder bepaalde strenge condities worden gebruikt.

'De praktijk is inmiddels verloederd', schrijft de Amsterdamse rechter Van de Pol.[6] Typerend voor de gang van zaken is deze passage uit het artikel:

> 'De meeste verklaringen werden anoniem afgelegd uit vrees voor represailles van de zijde van de dealers. Hierin was door middel van een imprime in het proces-verbaal al voorzien.'

33. Even befaamd als berucht is geworden de zaak waarin de Rb. te Assen op 6 juli 1988 vonnis wees (NJCM, januari-februari 1989, p. 68): de drie anonieme getuigen bleken een en dezelfde persoon te zijn die ook reeds als niet-anonieme getuige was gehoord. De meest klemmende vraag in deze zaak is of het maar krachtens een gelukkig toeval was, dat de rechtbank daarachter kwam.

34. Inmiddels heb ik de onder 30 opgeworpen vraag nog onbeantwoord gelaten. Een stukje van dat antwoord kan ik ontlenen aan het arrest van het Europese Hof:

> 44. Le Gouvernement souligne qu'aux Pays-Bas, la jurisprudence et la practique en matière de depositions anonymes découlent de l'intimidation croissante des témoins et recherchent un équilibre entre les interêts de la société, des accusés et des témoins ... Ici non plus (...) la Cour ne sous-estime pas l'importance de la lutte contre la délinquence organisée ... Si l'expansion de la délinquence organisée commande à n'en pas douter l'adoption de mesures appropriées ...

35. Bezien vanuit de functie van het strafproces als waarborg voor de fundamentele rechten van een verdachte is het gebruik van de verklaring van een anonieme getuige niet 'in beginsel ontoelaatbaar', maar absoluut ontoelaatbaar ('due process').

36. Maar het strafproces heeft ook als functie schuldigen te straffen, de niet-schuldigen vrijuit te laten gaan en deze taken worden belangrijker al naar gelang de verdenkingen betrekking hebben op zwaardere feiten. De veroordeling wegens moord van een daaraan niet-schuldige verdachte is – rechtsstatelijk – een regelrechte ramp; de vrijspraak van moord van een daaraan wèl schuldige is uitermate ongewenst maar kan te verkiezen zijn boven zijn veroordeling, wanneer namelijk het wettig en overtuigend bewijs ontbreekt.

37. Maar wanneer bij zeer ernstige feiten, in het kader van de georganiseerde misdaad dit bewijs regelmatig niet te leveren valt, omdat degene die daartoe bij machte zijn, het wegens bedreiging niet aandurven met naam en toenaam uit te komen voor hun wetenschap – en hun verklaring daarom (voor het bewijs) niet in aanmerking kan worden genomen – dan gaat er in het strafproces ook iets heel wezenlijks mis. Om het wat paradoxaal te zeggen: de fatsoenlijke misdadigers ontlopen dan hun straf niet, maar de schoften onder hen wèl.

38. En dat geheel heeft een zichzelf versterkend karakter: niemand vindt het prettig om in zware misdaadzaken als 'herkenbare' getuige op te treden. Men kan zich, zonder oneerlijk te zijn, al heel snel in redelijkheid ernstig bedreigd gevoelen. De georganiseerde misdaad die weet dat de verklaring van de anonieme getuige niet wordt aanvaard, zal zonder twijfel van die wetenschap gebruik maken om de bedreigingen te verveelvuldigen en te versterken.

6. Tweede Remmelink-bundel: In zijn verdediging geschaad 1989: Schending van vormvoorschriften tijdens het gerechtelijk vooronderzoek, p. 74.

39. Ik haal een passage aan uit het dagblad 'Trouw' van 24 jan. 1990[7]:

> Bijna had het OM ook deze zaak op de buik kunnen schrijven. Want de 43-jarige hoofdverdachte zette de landgenoten die het hadden gewaagd een aanklacht tegen hem in te dienen, na zijn arrestatie vanuit het Huis van Bewaring telefonisch zo onder druk, dat een aantal gedupeerden de aanklacht alsnog wilde intrekken. 'In elk Chinees restaurant waar hij kwam, stond de eigenaar trillend als een rietje achter de bar' schetste Mr. H. enz.

40. Men kan dus eigenlijk vaststellen dat de HR uit twee kwaden moest kiezen:

> ernstige aantasting van het due process enerzijds en een dreigend straffeloos-schrikbewind van de georganiseerde misdaad anderzijds

en dat hij bij die keuze het belang van het tegengaan van het tweede kwaad het zwaarst heeft laten wegen. Niet door het eerste kwaad toe te staan, maar door – als het voorkomt – de beslissing in hoofdzaak over te laten aan de rechter, die over de feiten oordeelt.

Ik denk dat deze keuze als ze bij referendum aan de Nederlandse bevolking werd voorgelegd, met grote meerderheid zou worden goedgekeurd.

41. Die goedkeuring heeft het HvJ te Straatsburg niet verleend. Unaniem was het van oordeel, dat in de Kostovski-zaak

> waarin de bewijsvoering *alléén* berustte op de verklaringen van anonieme getuigen, waarvan er één alleen door de politie was gehoord, terwijl de R-C zelf van de identiteit van de getuigen niet op de hoogte was

de rechten van de verdediging aan zulke beperkingen hadden blootgestaan dat Kostovski moest geacht worden geen eerlijk proces te hebben gehad.

42. Daarom, aldus het unanieme Hof was geschonden lid drie onder d van art. 6 Verdrag tot Bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM) in verbinding met lid één:

> (6, 3d) 'Een ieder, die wegens een strafbaar feit wordt vervolgd heeft tenminste de volgende rechten:
> d. de getuigen à charge te ondervragen of te doen ondervragen
> ...
> (6.1) Bij ... het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde strafvervolging, heeft een ieder recht op een eerlijke en ... behandeling van zijn zaak ...'

43. Heeft het Hof dus in zijn beslissing – die bindend is voor de Nederlandse rechtspraak – diametraal anders gekozen dan de HR deed?

44. Laat mij ter beantwoording van deze vraag beginnen met te zeggen dat ik onder nr. 34 van deze conclusie het Hof onvolledig en eenzijdig heb geciteerd.

45. Het Hof, zo stelt het vast, onderschat niet het belang van de strijd tegen de georganiseerde misdaad, maar

> 'bien que non dépourvu de poids le raissonnement du Gouvernement ne la convaine pas'.

46. En al noopt de uitbreiding van de georganiseerde criminaliteit tot het onbeschroomd hanteren van de geëigende maatregelen:

> 'la thèse du Gouvernement semble à la Cour attacher trop peu de prix à ce que le conseil du requérant appelle 'L'entérest de chacun, dans une société civilisée, a une procédure judiciaire contrôlable et équitable'. Dans une société démocratique le droit à une bonne administration de la justice occupé une place si éminente (...) qu'on ne sauvait le sacrifier à l'opportunité'.

47. Vooral die laatste zin (geen citaat meer) is zeer markant. De eisen van een goede rechtsbedeling mogen niet opgeofferd worden aan 'l'opportunité', in de Engelse tekst 'to expediency', waar, naar mijn smaak, het Nederlandse begrip: doelmatigheid het dichtst bijkomt. In de

7. 'Tot 14 jaar cel tegen afpersen geëist.'

samenvatting van het arrest in het NJB 1989, p. 1524, gewaagt de bureau-redacteur van 'proces-economie en andere overwegingen'. Deze woordkeuze in elk geval heeft mij de overtuiging bijgebracht dat de afweging van het Hof, wezenlijk anders is uitgevallen dan die welke de regering voorstond (en die zij kon doen steunen op de rechtspraak van de HR).

48. Ik zeg dat daarom omdat men de beslissing van het Hof, die uiteraard betrekking heeft op dit geval (zie nr. 41) misschien ook zo zou willen uitleggen, dat het gebruik maken van de verklaring van de anonieme getuige voor het bewijs alleen in zo'n extreem geval als zich hier voordeed, in strijd komt met het recht van de verdachte op een fair proces. Alleen al een schroevedraaier als bewijsmiddel daarnaast zou het getij doen keren. Herhaalde, aandachtige lezing van het arrest heeft mij ervan overtuigd dat het Hof het gebruik maken van de anonieme getuigenverklaring voor het bewijs in beginsel onaanvaardbaar acht en daaruit dan ook de consequentie trekt dat een met behulp daarvan tot stand gekomen veroordeling als niet de uitkomst van een eerlijk proces in beginsel moet worden verworpen.

49. Daarvoor is ook van belang wat het Hof in de derde alinea van r.o. 42 van zijn arrest vastlegt:

> Si la défense ignore l'identité d'un individu qu'elle essaie d'interroger, elle peut se voir privée des précisions lui permettant justement d'établir qu'il est partial, hostile ou indigne de foi.'

50. Het gaat niet alleen of voornamelijk om de mogelijkheid vragen te kunnen stellen, immers 'la nature et l'étendue des questions qu'elle peut poser' wordt aanzienlijk beperkt door de beslissing de anonimiteit van de getuigen te handhaven. Daarmee is gezegd, dat de methode van de wel aanwezige, maar voor de verdachte (of verdediging) onzichtbare of onherkenbare getuige die met een computer-achtige stem praat – die in de Verenigde Staten nogal veel voorkomt – ook niet aan de eisen van een fair proces beantwoordt.

51. Zegt het Hof enerzijds niet, dat de anonieme getuigenverklaring slechts in uitzonderingsgevallen als dat van de zaak Kostovski in strijd komt met de eisen van een behoorlijk proces, anderzijds zegt het evenmin dat het principe der ontoelaatbaarheid aan geen uitzonderingen blootstaat.

52. Op een bepaald moment had het voor de hand gelegen, dat wèl te zeggen als het Hof dat oordeel was toegedaan. Ik bedoel in r.o. 44, 3e alinea, tweede stuk:

> La Convention n'empêche pas de s'appuyer, au stade de l'instruction préparatoire, sur des sources telles que des indicateurs occultes, mais l'emploi ultérieur de déclarations anonymes comme des preuves suffisantes pour justifier une condemnation soulève un problème different.

53. Werpt een ander probleem op; is van een andere orde. Waarom niet gezegd: is niet toegestaan? En waarom daar wel op laten volgen:

> En l'espèce, il a conduit à restreindre les droits de la défense d'une manière incompatible avec les garanties de l'article 6,

daarbij openlatend of il (= l'emploi, het gebruik) in andere gevallen (espèces) dat ook doet, daar ook toe leidt.

54. Als daarop dan nog volgt:

> De fait, le Gouvernement reconnait que la condemnation du requérant se fondait 'à un degré déterminant' sur les dépositions anonymes

waarmee de eigenlijke motivering besluit en waarna de conclusie van het Hof volgt, heeft het er toch veel van weg dat het Hof in de ulterieure fase van het veroordelend vonnis een bewijsvoering die in beslissende mate ('to a decisive extent') berust op anonieme verklaringen niet accepteert.

Dat is niet hetzelfde als 'uitsluitend'. Reeds in zijn annotatie op HR 5 febr.

1980, NJ 1980, 319 – met de befaamde anti-anonieme-getuige-conclusie van de toenmalige A-G Haak 'Ik acht dit een zeer bedenkelijk verschijnsel' – schreef Van Veen dat men zich kan afvragen of er niet grenzen zijn die ook met de grootste behoedzaamheid niet mogen worden overschreden: 'Zo zou ik mij niet goed kunnen voorstellen dat een verdachte veroordeeld zou kunnen worden *uitsluitend* op in schriftelijke stukken neergelegde verklaringen van hem onbekend blijvende getuigen'. In zijn annotatie op HR 25 sept. 1984, NJ 1985, 427 signaleert Van Veen een veroordeling op uitsluitend dat bewijsmateriaal.

55. Maar geheel duidelijk is dat niet. Evenals in de Unterpertinger-zaak, en in de Colozza-zaak blijven er, ook al naar gelang de intentie en de denk- en leefrichting van de uitlegger, vele opties open. Ik vermoed dat aan die onduidelijkheid, die weigering om duidelijke regels op te stellen en zo echt leiding te geven aan de essentiële strekking van het strafproces in de rechtspraak van de aangesloten verdragsstaten (ook) respect voor de – kwetsbare – nationale eigenheid ten grondslag ligt, maar stel toch óók vast, dat geen mens thans met enige mate van zekerheid kan vaststellen in welke minder sprekende gevallen het Hof straks 'violation du paragraphe 3d) de l'article 6, combiné avec le paragraphe 1', aanwezig zal achten.

56. Het Hof is wel ondubbelzinnig duidelijk, waar het in het voorbereidend onderzoek het gebruik van anonieme tipgevers (des indicateurs occultes) uitdrukkelijk niet in strijd verklaart met het verdrag. Daarbij wordt geen restrictie toegepast. Het lijkt erop alsof het Hof zegt: en als justitie dan nòg niet een sluitende bewijsvoering kan opbouwen, waarbinnen de anonieme getuigenverklaringen geen beslissende rol spelen, dan moet het maar over zijn, want een veroordeling op grond van zulke verklaringen is dan een schending van de fundamentele rechten van de verdediging.

57. Het Hof vermeldt als element, waarop zijn conclusie mede rust, de omstandigheid dat een der anonieme getuigen wiens verklaring voor het bewijs is gebruikt, alleen door de politie is gehoord (r.o. 38) maar of dat op zich reeds voldoende zou zijn om de veroordeling aan te tasten, blijft in het midden, want er was nog veel meer dat – tezamen – tot die conclusie heeft geleid. De nieuwe bezinning op het fenomeen van de anonieme getuige vindt dus wèl plaats naar aanleiding van het arrest van het Hof maar niet, zeker niet in alle opzichten aan de hand van dat arrest.

58. En eigenlijk is die noodzaak tot eigen oordeel en eigen onderzoek alleen maar iets goeds:

> 'For is it not a scandalous sign of bad education if one's sense of right and wrong is so deficient that one has to seek justice at the hands of others as one's masters and judges?'
>
> 'I can't think of anything worse' he said.
>
> (Plato, The Republic, Engelse vertaling van H.D.P. Lee)

59. Toch moet ik dan aan nog een belangrijke overweging uit het arrest van het Straatsburgse Hof aandacht schenken.

60. In de laatste alinea van r.o. 43 lezen wij:

> Dés lors, on ne saurait dire que la procédure suivie devant les autorités judiciaires ait compensé les obstacles auxquels se heurtait la défense.

61. Wat wordt bedoeld met die compensatie?

62. Ik zie de opbouw van het arrest als volgt:

a. r.o. 41: in beginsel openbare bewijsvoering in een contra dictoir debat en in ieder geval moet de verdachte op enig moment vóór de uitspraak in genoegzame mate in staat gesteld worden 'de contester un temoignage et d'en interroger l'auteur'.

b. r.o. 42: Die gelegenheid heeft deze verdachte niet gehad, hoewel het aan geen twijfel onderhevig was, dat hij dat

wenste. Wel kon de verdediging bij rechtbank en hof de politiebeambte en de twee rechter-commissarissen, die de verklaringen van de anonieme getuigen hadden opgetekend, ondervragen en schriftelijk vragen stellen via de rechter-commissaris aan een der getuigen, maar de handhaving van de anonimiteit van die getuigen beperkte in aanzienlijke mate de aard en de reikwijdte van die vragen.

Vooral die anonimiteit bezwaart de verdachte in zijn verdediging. De verdediging kan de leugenachtigheid of de onjuistheid als gevolg van een vergissing haast niet aantonen

si elle ne possède pas les informations qui lui fourniraient le moyen de contrôler la credibilité de l'auteur ou de jeter le doute sur celle ci.[8] Les dangers inhérents a pareille situation tombent sous le sens.

c. r.o. 43: Bovendien hebben de zittingsrechters deze anonieme getuigen, die immers ter zitting niet aanwezig waren, niet kunnen beoordelen en zich dus zelf geen oordeel kunnen vormen over hun geloofwaardigheid.

Wat zij daarover via derden vernamen

'ne saurait guere passer pour remplacer une observation directe'.

Wel hadden de rechter-commissarissen een getuige gehoord – buiten aanwezigheid van de verdediging – maar zij kenden de identiteit van die getuige zelf niet, wat op de controle van zijn geloofwaardigheid natuurlijk invloed moest hebben. De andere getuige werd alleen door de politie gehoord.

63. En dan komt de niet-compensatie conclusie, die ik onder nr. 60 citeerde.

64. Dat moet wel betekenen dat een bijzondere wijze waarop de procedure voor de rechterlijke autoriteiten gevoerd wordt, de handicaps voor de verdediging zouden kunnen goedmaken. Zou voldoende zijn geweest als de rechter-commissaris(sen) beide anonieme getuige(n) hadden gehoord, van hun beider identiteit op de hoogte waren geweest èn wanneer de zittingsrechters – buiten aanwezigheid van de verdachte en zijn raadsman – zelf die getuigen ter zitting hadden gehoord? Of het voldoende zou zijn geweest, valt m.i. te betwijfelen, maar, begrijp ik het arrest van het Hof goed, dan waren dit de minimum-voorwaarden, waaronder de verklaringen van de – alleen voor de verdediging dan anonieme – getuige voor het bewijs bruikbaar zouden kunnen zijn.

65. De situatie van de verdediging, door het Hof zo bloemrijk geschetst, zou desondanks een ongunstige blijven en het recht van de verdediging als weergegeven in r.o. 41 (deze conclusie 62a) zou toch geweld lijden.

66. Ik denk dat het Hof dit onder zeer bijzondere omstandigheden niet zo in strijd zou oordelen met art. 6 EVRM dat een mede op zulke verklaringen gebouwde veroordeling daarom niet in stand zou kunnen blijven.

67. Mr. E.P. Von Brucken Fock, die in deze zaak bij het Hof voor de Nederlandse regering optrad, heeft in een op dit moment nog niet gepubliceerd grondig artikel over het arrest, betoogd dat – en ik moet nu samenvatten – als de rechter-commissaris aan een aantal strenge eisen voldoet

a. hij is op de hoogte van de identiteit van de getuige
b. hij neemt op goede gronden aan, dat de anonimiteit van de getuige gewaarborgd moet blijven, en legt daar verantwoording van af
c. hij houdt de anonimiteit zo beperkt mogelijk: volledige anonimiteit dient uitzondering te zijn
d. hij onderzoekt op deugdelijke wijze de betrouwbaarheid van de getuige
e. hij respecteert het recht van ondervraging door de verdediging steeds als

8. Het is m.i. een van de zwakke punten van het Nederlands strafproces in de praktijk dat rechters weinig bereid zijn te aanvaarden dat het een getuige van de officier van justitie moeilijk gemaakt wordt. Dat is vaak anders met de getuigen à décharge.

waarborging van anonimiteit dat toelaat: wijze van ondervraging, reikwijdte zulks tengevolge heeft dat van die verklaringen vervolgens voor het bewijs een zelfde gebruik mag worden gemaakt als van verklaringen van getuigen, wier identiteit wel bekend is.

68. Alle *andere* schriftelijke anonieme getuigenverklaringen, ook die welke alleen bij de politie zijn afgelegd, kunnen, volgens hem, voor het bewijs slechts een ondersteunend karakter hebben. De rechter zal in zijn uitspraak duidelijk moeten aangeven in welke andere bewijsmiddelen de anonieme getuigenverklaringen steun vinden. Dit soort anonieme getuigenverklaringen kan alleen maar steunbewijs opleveren als er sprake is van ernstige strafbare feiten.

69. Na lang en ernstig beraad moet ik zeggen, dat ik mij met dit systeem niet kan verenigen. Ik lees het arrest van het Hof als hiervoor onder de nrs. 62-66 uiteengezet en dat betekent dat ook de door de rechter-commissaris "geijkte" verklaring van een anonieme getuige slechts een beperkte rol mag spelen in de bewijsvoering. Het door Von Brucken Fock ontvouwde systeem – dat overigens geen rekening houdt met het door het Hof zo belangrijk geachte directe oordeel van de zittingsrechter – neemt alle bezwaren tegen het gebruik van de verklaring van de anonieme getuige weg, behalve deze zeer wezenlijke dat het niet de verdediging is, die de getuige aan de tand voelt en die het materiaal kan aandragen voor een oordeel over de waarde van de verklaring van de getuige.

70. In mijn opvatting, zoals die langzamerhand vorm heeft gekregen zou het volgende moeten gebeuren:

Voor het bewijs kan niet gebruikt worden de verklaring van een getuige, die alleen door de politie is gehoord. Politieambtenaren hebben allerlei belangrijke taken, maar de rechterstoel is niet voor hen neergezet. Indien de verklaring van de anonieme getuige door geen rechterlijke autoriteit getoetst is, is er binnen de strafprocedure zo weinig aandacht aan besteed, dat zij voor het bewijs onbruikbaar is.

71. Aldus ook de Cie-Remmelink (zij het met een uitzondering):

'Toelaatbaar zou zij allereerst willen achten de anonieme schriftelijke verklaringen van personen, die nadien door de rechter-commissaris op de wijze voorzien in art. 187*a* jo. 216 Sv worden gehoord en beëdigd.'

72. Strikte voorwaarde voor het gebruik van deze verklaringen voor het bewijs is dat de anonymi die ze afleggen zijn gehoord hetzij door de rechter-commissaris, hetzij door de zittingsrechter.

73. Een verklaring van een anonieme getuige afgelegd voor de rechter-commissaris kan slechts voor het bewijs worden gebruikt als

a. voor deze vast komt te staan dat de getuige ernstig bedreigd is/wordt of grondige reden heeft om zich bedreigd te gevoelen
b. de identiteit van deze getuige aan de rechter-commissaris bekend is,
c. een onderzoek naar diens betrouwbaarheid gunstig is uitgevallen terwijl voorts die anonimiteit zich niet verder mag uitstrekken dan voor de veiligheid van de getuige nodig is.

74. Om andere redenen dan bedreiging dient men niet anoniem te kunnen blijven. Met name zal handhaving van het systeem niet tot anonimiteit mogen leiden. De under-cover agent moet zich blootgeven, als hij niet alleen als aangever maar ook als bewijsleverancier dienst moet doen. Wel zal ook voor hem ernstige bedreiging een reden kunnen zijn om zich op anonimiteit te beroepen, maar als hij politiebeambte is zal die bedreiging of het zich bedreigd voelen niet snel zo ernstig zijn dat hij daarom – uit angst dus – anoniem mag blijven.

75. Er zijn – grosso modo – twee soorten getuigen die zich bedreigd kunnen gevoelen. De eerste groep bestaat uit hen,

die tot 'het wereldje' behoren, de broeders in het kwaad, al dan niet elkaar hatend en de tweede groep noem ik: de anderen. Tot die anderen behoren de toevallige derden, die in aanraking kwamen met het vergrijp. Maar ook de vrouw, die werd overweldigd. Er is minder reden om de anonimiteit van de eerste groep te respecteren dan van de tweede. Bij de eerste groep is er ook meer kans op onbetrouwbaarheid wegens bescherming van eigen hachje.

76. Gelet op het belang van 'une bonne administration de la justice' die niet mag worden opgeofferd aan de eisen van een doelmatige procesgang zal men, naar mijn overtuiging van dit soort bewijsmateriaal slechts gebruik mogen maken als er daarnaast uit andere bron substantieel bewijs voorhanden is.

77. Dat andere bewijs mag voortspruiten uit het voorhanden materiaal van anonieme afkomst: dat volgt uit de omstandigheid dat in het voorbereidend onderzoek steun mag worden gezocht – voor het vinden van verder bewijs – bij 'indicateurs occultes'.

78. Wat bedoel ik met ander substantieel bewijs? Ik geef eerst een voorbeeld: naast de verklaring van een jonge vrouw, dat haar stiefvader toen zij 14-16 jaar was, regelmatig tegen haar zin gemeenschap heeft gehad, is de verklaring van deze man dat hij, toen zijn stiefdochter 14-16 jaar was, wel eens alleen met haar in de woning is geweest, geen substantieel bewijs (al is het in de opvatting van de HR voldoende om het bewijsminimum van art. 342 lid 2 Sv te ontgaan) terwijl zijn verklaring dat hij in die tijd gemeenschap met haar heeft gehad maar met haar instemming – afgezien nu van het feit of het strafbaar feit gebrek aan instemming eist – wèl substantieel bewijs oplevert.

79. Ik bedoel dus niet dat het van de anonieme getuige afkomstige bewijsmateriaal – dat door de rechter-commissaris is geijkt (nr. 73) – alleen maar ondersteunende, aanvullende bewijskracht kan hebben in die zin dat het wettelijk bewijs ook reeds – in alle gevallen – geleverd zou zijn door de andere bewijsmiddelen en het bewijsmiddel dus hoogstens de overtuiging van de rechter kan vestigen of versterken.

80. Ik bedoel wel dat het andere bewijsmateriaal een wezenlijk deel van de delictsinhoud wettig moet bewijzen, wezenlijk voor de aard van het misdrijf. Daarbij moet men niet kinderachtig zijn. De omstandigheid dat de gestolen auto eigendom van Piet was – en dus niet van de dief – behoort door de gegeven gevolgtrekking theoretisch tot het wezen van het strafbaar feit, maar de verklaring van een anonieme getuige dat hij heeft gezien dat de auto van Piet door Jan werd gestolen kan niet samen met de blote eigenaarsverklaring het volledig bewijs opleveren.

81. Dan over de ernst van het strafbaar feit. In het arrest van het Hof wordt enkele keren gesproken over georganiseerde criminaliteit. Het is juist, dat in dat kader de bedreiging zich het makkelijkst en het meest ernstig kan voordoen, al was het maar omdat in die gevallen de bedreiging veelal kan en zal volgen, als afkomstig van leden van de organisatie die (nog) vrij kunnen optreden.

82. Toch meen ik dat voor toelating van het 'anonieme bewijs' deze eis niet gesteld kan worden en wel om twee redenen: allereerst omdat de georganiseerde criminaliteit een te vaag begrip is om er als criterium mee te werken. En ten tweede omdat ook van individuen, die verdacht worden van ernstige misdrijven, grote bedreigingsactiviteit kan uitgaan.

83. Als ik toch pleit voor een criterium, krachtens hetwelk de verklaring van de anonieme getuige slechts gebruikt mag worden voor het bewijs in zeer ernstige zaken, dan realiseer ik mij dat ook in minder ernstige zaken, ja in bagatelzaken, zware bedreigingen voorkomen.

84. Toch zou ik dan de anonieme verklaringen niet willen aanvaarden. Zijn zij

in zulke gevallen beslist nodig voor het volledig maken van het bewijs, of voor de overtuiging van de rechter, dan moet het onbestraft blijven van deze minder ernstige feiten maar op de koop toe genomen worden teneinde de 'administration de la justice' zo goed en gerecht mogelijk te houden.

85. Vraag is vervolgens of naar de concrete ernst van het geval moet worden gekeken danwel naar de ernst als volgende uit het strafmaximum.

86. Dit laatste geeft een stevig en duidelijk houvast vooral in die zin dat zo duidelijk wordt wanneer van dit bewijsmateriaal geen gebruik kan worden gemaakt.

87. In de gevallen dat het strafmaximum hoog genoeg is, maar de ernst van het onder de strafbepaling vallende feit in hoge mate kan variëren, zal de rechter die concrete mate van ernst ook in zijn beschouwing kunnen betrekken.

88. Het strafmaximum van waaraf de anonieme getuigenverklaring in de voorgestane zin mogelijk is, zou moeten omvatten alle delicten tegen het leven, verkrachting, zware mishandeling, afpersing, of dreiging, en in het algemeen alle vermogensmisdrijven waarbij (ernstig) geweld of bedreiging met geweld te pas komt. Tenslotte ook de echte drugshandel. Een strafmaximum van 8 jaar of hoger zal, meen ik, deze vergrijpen omvatten.

89. Het Hof te Straatsburg bespreekt ook het geval waarin de zittingsrechter de anonieme getuige hoort. Ook wanneer dit buiten tegenwoordigheid van de verdachte en zijn verdedigers gebeurt, biedt dat een bepaalde compensatie voor de handicap die de anonimiteit voor de verdediging oplevert. Zou die compensatie tot een volledige kunnen uitgroeien, doordat de verdediger (niet zijn cliënt) tot het verhoor wordt toegelaten (de Deense methode)? Ik voel er voor, maar de Cie-Remmelink heeft in haar rapport de moeilijkheid al aangegeven: de advocaat wordt – wil dit stelsel werken – in zeker opzicht tot geheimhouding verplicht tegenover zijn cliënt.

90. Als cliënt en advocaat daarmee instemmen, meen ik echter dat de Nederlandse advocatuur in haar algemeenheid zoveel goodwill toekomt, dat toelating van de advocaat moet worden aanvaard. Slechts uiterst zelden zal, zo weet ik zeker, de geheimhoudingsplicht worden geschonden. Probleem blijft, dat de advocaat omtrent de getuige van zijn cliënt geen informatie kan krijgen. Maar de goede advocaat leert snel.

91. Het Hof te Straatsburg heeft in r.o. 42 ook aandacht besteed aan de opstelling van de verdachte en zijn verdediger tegenover het gebruik voor het bewijs van de anoniem afgelegde verklaring:

> 'bien que l'on ne pût douter de son desir de contester le témoignage des personnes anonymes dont il s'agit et de les questionner'.

92. En als de verdediging dat getuigenis nu eens niet uitdrukkelijk bestrijdt?

93. Ik denk, dat we onderscheid moeten maken: bekent de verdachte het feit gaaf (een substantiële bijdrage aan het bewijs maar niet een voldoende bijdrage voor de veroordeling) dan is de geijkte anonieme verklaring toelaatbaar en maakt zij het bewijs vol.

94. Ontkent de verdachte het feit, dan zal hij daarmee ook implicite de anonieme getuigenverklaring bestrijden, als deze tenminste een substantiële inhoud heeft, wat welhaast altijd het geval zal zijn.

95. Het gebruik maken van de anonieme verklaring voor het bewijs zou dan aan dezelfde eisen en voorwaarden onderhevig zijn als in de hiervoor besproken gevallen.

96. Ik vat samen met excuus voor de (schijnbare) stelligheid van het gebodene.

I. Schriftelijk anonieme verklaringen, opgenomen in een politieproces-verbaal, zijn als zodanig niet bruikbaar voor het bewijs. Zij kunnen wel uitgangspunt zijn voor een speurtocht naar nader niet-anoniem bewijs.

II. Slechts schriftelijke anonieme verklaringen afgelegd voor de rechter-commissaris (of voor de zittingsrechter) kunnen voor het bewijs gebruikt worden.

III. Zulks echter niet dan op voorwaarde dat
   a. door de R-C is vastgesteld dat de getuige ernstig bedreigd is of ernstige reden heeft zich ernstig bedreigd te gevoelen;
   b. de identiteit van de getuige bij de R-C bekend is;
   c. deze een onderzoek naar de betrouwbaarheid van de getuige heeft ingesteld en daarvan – schriftelijk – verantwoording heeft afgelegd;
   d. de anonimiteit beperkt blijft tot waar de veiligheid van de getuige serieus in het geding is.

IV. Deze anonieme verklaringen mogen slechts voor het bewijs gebruikt worden
   a. als er daarnaast substantieel bewijs aanwezig is uit andere bron;
   b. als het betreft een concreet ernstig feit, waarop naar de wettelijke omschrijving een strafmaximum bestaat van 8 jaar gevangenisstraf of meer.

V. Wanneer de zittingsrechter de anonieme getuige met instemming van de verdachte en zijn raadsman hoort alleen in het bijzijn van de raadsman, kan de verklaring van deze getuige zonder meer voor het bewijs worden gebruikt.

VI. Het enkele feit dat de anonieme getuigenverklaring niet expliciet is betwist, brengt niet mede dat zij op andere wijze dan anoniem materiaal voor het bewijs mag worden gebruikt.

97. Thans kom ik toe aan het eerste middel van de schriftuur en aan het bij pleidooi voorgedragen middel.

98. Het anonieme bewijsmateriaal staat duidelijk naast substantieel bewijsmateriaal uit andere bron. Men zou kunnen verdedigen zonder al te veel overmoed, dat het wettig bewijs reeds geleverd wordt door dat bewijsmateriaal uit andere bron.

99. In de opvatting van Von Brucken Fock zou dit anonieme bewijsmateriaal aanvaardbaar zijn als *andere* schriftelijke anonieme getuigenverklaring nu:

I. deze tegenover de politie afgelegde verklaring voor de bewijsvoering slechts een ondersteunend karakter heeft;

II. er sprake is van ernstige strafbare feiten: medeplegen van vrouwenhandel, meermalen gepleegd. Het strafmaximum voor deze feiten is (art. 250*ter* in verbinding met art. 57 Sr): 5 jaar + 20 maanden[9] en zij zijn ook in concreto ernstig;

ware het niet dat het Hof te Amsterdam in zijn uitspraak niet duidelijk heeft aangegeven in welke andere bewijsmiddelen de anonieme getuigenverklaring steun vindt.

100. In mijn opvatting is het recht van de verdediging op een fair proces geschonden doordat het Hof van een door de rechter-commissaris niet geijkte, voor de politie afgelegde verklaring, voor het bewijs heeft gebruik gemaakt, een verklaring dus waarvan de betrouwbaarheid niet door de rechter-commissaris is getoetst en die is afgelegd door iemand van wie door de rechter-commissaris niet is vastgesteld zijn identiteit, en evenmin de realiteit van zijn bedreigd zijn.

Mijn conclusie strekt tot vernietiging van het bestreden arrest en verwijzing van de zaak naar een aangrenzend hof teneinde deze op het bestaande hoger beroep opnieuw te berechten en af te doen.

Anders de Hoge Raad.

9. Toegegeven: *iets* minder dan de 8-jaren limiet.

3. Beginsel en Tegenbeginsel in het Recht

Ter inleiding

Waar de term rechtsbeginselen valt, springt welhaast ieder rechtgeaard jurist in de houding. Dat indrukwekkend gebaar heeft echter vaak geen noemenswaardig gevolg. Maar toch: wij bevinden ons hier aan de top. Helaas pleegt het aan de top eenzaam te zijn. En koud bovendien. Wat moeten we na dat obligate eerbetoon met die rechtsbeginselen aan? Valt er mee te werken? Om maar niet meteen te vragen: Wat *is* een rechtsbeginsel en waarin onderscheidt het zich van een (desnoods fundamentele) rechtsregel. En de meest dringende vraag is natuurlijk: geef mij de precieze inhoud van de vigerende rechtsbeginselen en als het kan ook hun onderlinge prioriteit. Aan wie moet de ondergeschikte speler, de knecht in het wielrennen, de haas bij de atletiek, zich conformeren door de bal af te geven, de baas op te wachten enzovoort? Ik heb een dag of wat geleden een dik pak met interviews uit 1987 of daaromtrent doorgenomen. De geïnterviewden waren allemaal indrukwekkende juristen (al gold dat voor sommigen alleen binnenskamers, maar dat doet aan hun macht allerminst af) en min of meer direct betrokken bij het tot stand komen van het nieuwe BW. Dat nieuwe BW is belangrijk. Belangrijker dan bijvoorbeeld een nieuw Wetboek van Strafrecht. Waarom? Omdat de gewone mens wel last heeft van criminaliteit en soms zelf zich aan criminaliteit schuldig maakt (zo iemand blijft een gewone mens) maar natuurlijk veel meer bepaald wordt door de regels van het burgerlijk recht: hij moet overeenkomsten naleven, hij heeft te maken met echtscheiding, met het huwelijk, met kinderen, hij huurt een woning of wordt er eigenaar van, hij treedt in dienst bij een werkgever of hij is er zelf een.

Het burgerlijk recht is het recht van de burgers en dat het in het algemeen niet spectaculair is, is juist de reden waarom het zo belangrijk is. Goed, terug naar die belangrijke mensen die over het nieuwe BW werden ondervraagd. Ik las wat zij zeiden en het was heel interessant en bijzonder leerzaam (som ook 'leuk' als je zag hoe ze elkaar bejegenden, maar daar ga ik nu niet op door). Maar niemand van hen maakte zich druk om de beginselen die aan dat nieuwe BW ten grondslag liggen, althans ik heb er niemand ook maar iets over horen zeggen. Toch was het natuurlijk de bedoeling van de BW-vaders uit 1947 en daarna om een goed BW tot stand te brengen, een beter BW dan waarmee we het toen in 1947 moesten en nu in 1991 moeten zien te stellen. Maar welke rechtsbeginselen, welke uitgangspunten van recht werden in het oude (huidige) BW, waarmee we nu nog voortstrompelen, verwaarloosd of zelfs regelrecht geschonden? En op welke nieuwe of gewijzigde rechtsbeginselen rust het gebouw van het toekomstige BW? Het zijn vragen die men zich niet behoeft te stellen als men aanvaardt dat het komende BW alleen maar een 'restatement' is, want dan blijven de oude rechtsbeginselen het nieuwe bestel beheersen. Maar die aanvaarding

is er, zover ik zie, toch eigenlijk niet. Alles zal beter worden. Wij praten veel over beginselen van recht, die beginselen worden ook in allerlei vormen: beginselen van behoorlijk bestuur, beginselen van een goede rechtsorde, in de rechtspraak te hulp geroepen bij het geven van rechterlijke beslissingen. Opvallend is dat dat bij voorkeur gebeurt als een beslissing niet in de lijn van de traditie ligt, als zij, anders gezegd, nieuwe gezichtsvelden opent, ontwikkelingen op gang brengt. Dat maakt wel duidelijk dat wij beginselen aan het hart koesteren, maar toch komt dan de klassieke vraag naar wat oorzaak is en wat gevolg op. Gebruiken wij het beginsel niet bij voorkeur om de afwijking te rechtvaardigen, terwijl men toch ook zou kunnen menen dat de gewone, niet afwijkende beslissing, toepassing van het rechtsbeginsel zou behoren te zijn. Of is er toch iets geheel anders aan de hand? Is het beginsel als instrument voor afwijking van de vaste koers een *tegen*beginsel, dat het gewone, ik zou haast zeggen, het vanzelfsprekend aangenomen beginsel in dit geval opzij zet? Zijn wij niet, zonder het altijd volkomen te beseffen, aan het punt geraakt waar blijkt dat niet alleen grondrechten met elkaar kunnen en zullen conflicteren maar dat dat ook het geval is met rechtsbeginselen? En moeten we dan niet op zoek naar een mega-rechtsbeginsel dat het conflict zal oplossen? Op die laatste vraag kan het antwoord alleen maar ontkennend luiden.

Ik zou nu wat concreter willen worden en met een voorbeeld willen gaan werken. Wij (er)kennen thans de derogerende werking van de goede trouw, van, naar nieuw spraakgebruik, de regels van redelijkheid en billijkheid. Dat is geen kleinigheid. Het betekent eigenlijk dat de wet evenals de overeenkomst voorwaardelijke werking heeft, zij het dat het de bedoeling is dat een de wet of een overeenkomst ontbindende voorwaarde niet vaak zal intreden. Artikel 6:2 lid 2 Nieuw BW luidt als volgt:

> Een tussen hen (schuldeiser en schuldenaar, L) krachtens wet, gewoonte of rechtshandeling geldende regel is niet van toepassing, voor zover dat in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

Dat is een nogal verre echo van artikel 3 van de met name door Kisch weggehoonde inleidende titel van het nieuw burgerlijk wetboek als door Meijers ontworpen, een titel die zo zij al niet perfect was, toch van de grandioze moed en het zeldzame inzicht van de ontwerper ervan getuigde. Dat artikel 3 luidde:

> Een regelende wet of gewoonte wordt niet toegepast, wanneer haar toepassing in het gegeven geval op grond van bijzondere omstandigheden in hoge mate onbillijk zou zijn.

Ik zal nu met enige zorgvuldigheid nagaan, welke gedachten aan dit artikel, dat door Schoordijk vehement is bestreden, ten grondslag liggen.

I. Allereerst deze: uitgangspunt is dat een ieder aan de wet gebonden is en dat de bepalingen van een overeenkomst de partijen tot wet strekken.

II. Vervolgens: ook als het gehele arsenaal aan wets- en rechtsverfijningen is opgesoupeerd, kan een geldige wet, kan een wettiglijk gesloten overeenkomst (over gewoontes heb ik het maar niet) toch nog buiten toepassing blijven.

III. Tenslotte: deze laatste grond voor niet-gebondenheid aan wet en overeenkomst (het begrip rechtshandeling is eigenlijk ruimer) kan niet concreet omschreven worden: de onaanvaardbaarheid naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid bevat drie open normen, die elkaar in hun openheid eerder versterken dan beperken.

Het beginsel

Volgens Paul Scholten in zijn Algemeen Deel zijn deze uitgangspunten in wezen rechtsbeginselen. Met name over de gebondenheid aan de overeenkomst heeft hij treffende dingen gezegd: het is niet de wet, met name ook niet het (oude) artikel 1374 BW die deze gebondenheid haar fundament verschaft. Ook zonder de bepaling dat geldige overeenkomsten partijen tot wet strekken, zouden partijen, zo begrijp ik hem, tot het nakomen van het gegeven woord gehouden zijn. Uiteindelijk komt Scholten tot deze vaststelling (p. 19):

> Doch zouden we niet alle twijfel terzijde kunnen schuiven met de opmerking dat het contract bindt omdat het belofte is, gelijk de wet, omdat zij bevel is van de wetgever? Niet in de inhoud doch in de oorsprong van de contractuele verklaring ligt haar rechtskarakter. Doch dan is nadere motivering, waarom die verklaring bindt, niet mogelijk.
> Wie die zoekt gaat uit van de gedachte, dat het contract zich voor de wet moet rechtvaardigen. Doch, al zal de wet de contractsvrijheid voortdurend regelen en beperken, dat een belofte bindt is tenslotte niet anders te verklaren dan uit het feit dat zij belofte is.

Het rechtsbeginsel, aldus nog steeds P. Scholten, bevat 'tendensen welke ons zedelijk oordeel aan het recht stelt, algemeenheden, met al de betrekkelijkheid die dat algemene meebrengt, maar die toch niet te missen zijn. In het beginsel raken wij het *zedelijk* element in het recht, gelijk in de grondvorm het logische'.

Men zal vervolgens niet onder de vraag uit kunnen, welke diensten deze algemeenheden kunnen bewijzen aan de rechter die rechtspreekt en aan de advocaat die een bepaalde stelling verdedigt en ingang wil doen vinden. Een aardig voorbeeld ter illustratie is het door Scholten genoemde rechtsbeginsel: waar schuld daar schade, dat men in zijn beknoptheid zo zal moeten begrijpen: waar schuld is zal de door de schuldige daad, het schuldige nalaten veroorzaakte schade aan derden voor rekening van de schuldige komen. Aan dit beginsel heeft men op het eerste gezicht ook houvast wat betreft de omvang van de te vergoeden schade: de door de schuld veroorzaakte schade moet integraal vergoed worden. Nu zijn met name op dat laatste talrijke uitzonderingen in ons recht te vinden. De vergoeding van schade wegens dood door schuld of letsel wordt in de artikelen 1405 en 1406 BW (oud) mede bepaald naar gelang van de wederzijdse stand en de fortuin van de betrokkenen. Wat nu de bijzondere werking van ook dit rechtsbeginsel kenmerkt, is dat daardoor ons rechtsgevoel de regel (van bijvoorbeeld art. 1405) als een uitzondering ervaart die – toch zeker bij haar tot stand komen – bijzondere verklaring behoeft. Zij moet als het ware niet op onze ratio maar op ons zedelijk oordeel bevochten worden. Het rechtsbeginsel is niet alleen algemeen, het is ook vanzelfsprekend, en zou het dat niet meer zijn, dan begint juist dat beginsel-karakter weg te vallen. Wanneer het rechtsbeginsel rechtstreeks in de wet verankerd is, zoals in de artikelen 1374 en 1401 BW zal het desondanks gelding behouden maar zal de rechtspraak ertoe neigen de uitzonderingen tot regel te gaan verheffen en de regel (het verouderde rechtsbeginsel) tot uitzondering wanneer zij al niet helemaal tot een dode letter verwordt. Een voorbeeld is te vinden in het in artikel 1496 BW neergelegde beginsel dat bij koop het risico voor de koper is. Het pas bij een wet van 1956 afgeschafte artikel 161 BW volgens hetwelk de gehuwde vrouw aan haar man gehoorzaamheid verschuldigd was, bevatte in oorsprong een beginseluitspraak, die echter ook tot een 'dode letter' werd. Wat het beginsel waar schuld daar schade betreft zien wij bijvoorbeeld dat overal ter wereld de zeer verdedigbare, hier en daar al wel verwerkelijkte, optie bestaat om dras-

tisch met dit rechtsbeginsel te breken in het verkeersschade-recht. De grote weerstand daartegen komt van verzekeringmaatschappijen wordt wel gezegd. Maar dat die weerstand niet weggehoond wordt, komt, dunkt mij, omdat het beginsel in de rechtsopvatting met name ook van niet-juristen nog behoorlijk overeind staat. De idee dat zelfs de opzettelijke veroorzaker van verkeersschade, hoewel desnoods strafbaar, niet civielrechtelijk aansprakelijk zou zijn, stuit tegen de borst. Maar maakt men een uitzondering voor dit soort gevallen dan gaat weer de wet van de verlegbare grenzen gelden: aan opzet grenzende roekeloosheid, (zeer) grove schuld enzovoort.

Ook aan een andere reeks van gevallen kan men het verschijnsel toelichten van dit rechtsbeginsel als vanzelfsprekend uitgangspunt en van de (jurisprudentiële) inbreuk daarop, die verklaring eist. Ik doel op de matiging van schadevergoeding, die in het nieuwe BW een soort algemene erkenning heeft gevonden in artikel 6:109. Ik zou het een tegenbeginsel willen noemen. In zijn bewerking van het verbintenissenrecht in de Asser-serie schrijft Hartkamp (4. I. nr 492):

> De door de benadeelde geleden schade dient in beginsel integraal te worden vergoed. De rechter mag de schadevergoedingsverplichting echter matigen indien toekenning van volledige schadevergoeding in de gegeven omstandigheden tot kennelijk onaanvaardbare gevolgen zou leiden.

In het bijzonder heb ik echter het oog op de matiging van schade die het gevolg is van een aan de werknemer gegeven nietig ontslag. Dit werd voor het eerst vastgesteld in HR 15 januari 1979 NJ 1979, 207. Deze beslissing heeft veel weerstand opgeroepen, die ik als volgt zou willen samenvatten: waarom wordt juist hier ten nadele van de werknemer een uitzondering toegelaten op het rechtsbeginsel volgens hetwelk de schade integraal moet worden voldaan, terwijl toch de wettelijke regeling van het arbeidscontract als een van zijn eerste doeleinden had: de bescherming van de werknemer als zwakkere partij. De beslissing om te matigen eist een verklaring, die om integraal schade te vergoeden niet. In Arbeidsovereenkomstenrecht van Van der Grinten, 8e druk 1990, p. 71 schrijft deze:

> Een grond voor matiging kan zijn dat de arbeider zeer wel in staat zou zijn geweest inkomsten te verwerven. Een matigingsgrond kan voorts zijn de omstandigheid dat de werkgever redelijkerwijs kan menen dat zijn beëindiging van de arbeidsovereenkomst geldig was, in het bijzonder wanneer de arbeider inmiddels uit sociale kassen uitkering heeft ontvangen die hij slechts behoeft terug te betalen wanneer de loonvordering tegen de werkgever wordt toegewezen.
> Als grond voor matiging aanvaardt de Hoge Raad ook de slechte financiële situatie van de werkgever.

Ik gewaagde in dit verband van een tegenbeginsel. Een tegenbeginsel is een zedelijk oordeel dat *nog niet* tot vanzelfsprekendheid is geworden maar dat toch tot zodanige toepassing kan leiden dat het oorspronkelijk beginsel in die gevallen ophoudt te werken. Het is voor de hand liggend dat daarbij spanningen optreden en dat de werking van het tegenbeginsel vooral vanuit de rechtspraak tot stand zal komen. Het tegenbeginsel is dan ook van groot gewicht voor de 'richterliche Fortbildung' van het recht. Maar zoals Larenz ons reeds voorhield: het komt voor dat die Fortbildung mislukt. Dan is het tegenbeginsel (nog) niet sterk genoeg verankerd in de samenleving. Voetje voor voetje ziet men dan soms de rechtspraak terugkomen van een aanvankelijk al te grote stap voorwaarts.

Het tegenbeginsel

Vast staat dat het zeker niet zo is 'dat iedere belofte, zelfs dat iedere aangenomen belofte zou binden. In de rechtshistorische ontwikkeling heeft het contract zich slechts langzaam en met moeite een plaats veroverd en ook nu nog is niet iedere afspraak bindend. Integendeel, de ontwikkeling gaat ook hier eerder in de richting van beperking dan van uitbreiding'. (Scholten, *o.c.* p. 17) In grote trekken zou ik drie groepen van uitzonderingen op het rechtsbeginsel van artikel 1374 willen onderscheiden. Telkens is daarbij verondersteld *dat* de belofte is gegeven en aangenomen:

a. Het gegeven woord bindt niet omdat de overeenkomst nietig is of vernietigd wordt. Met deze exceptie houdt artikel 1374 BW al rekening door een *wettelijk gemaakte* overeenkomst te eisen. Opvallend is dat wie zich beroept op de nietigheid van, bijvoorbeeld, een in strijd met de wet vastgestelde huurprijs van een woning, allerminst bewondering pleegt te oogsten. Hij heeft zich woongelegenheid verschaft tegen een huurprijs, die hij, is de overeenkomst eenmaal gesloten, direct aanvecht en in principe met succes. Mijn standpunt is, dat als grond voor die weerstand niet alleen het rechtsbeginsel dat men aan zijn woord gebonden is een rol speelt maar ook het tegenbeginsel: nemo suam turpitudinem allegans auditur: wie zich op eigen onbehoorlijk handelen beroept, vindt bij de rechter geen gehoor.

b. Het gegeven woord bindt niet omdat de gevolgen van die binding zo belangrijk of zo uitzonderlijk worden geacht dat het woord als het ware op een bijzondere manier moet worden bekrachtigd: het concurrentiebeding en de proeftijd die schriftelijk moeten worden overeengekomen; de schenking en het transport van onroerend goed die bij notariële acte moeten plaatsvinden.

c. Het gegeven woord bindt niet omdat de partij die het – in welke, eventueel versterkte, vorm dan ook – gaf tegenover zijn wederpartij bijzondere bescherming behoeft. De nieuwste vorm van deze bescherming is de spijt-termijn: de koper inzake colportage en straks de koper van een woonhuis, zij kunnen gedurende enige tijd na hun volstrekt geldig gegeven woord daarop zonder meer terugkomen: ik doe het bij nader inzien toch maar niet. Een variant daarop is de voor sommige rechtshandelingen vereiste medewerking of goedkeuring van een derde, vaak de andere echtgenoot.

Waar het mij nu om gaat is dat dat artikel 6:2 lid 2 Nieuw BW pas werking kan hebben als al die uitzonderingen van de baan zijn. Ook dan nog is het mogelijk dat de tussen partijen krachtens wet of overeenkomst geldende regel toepassing mist. En dat omdat de uitkomst van die toepassing, de gevolgen ervan, onaanvaardbaar zijn. Schoordijk houdt het erop dat bij goede uitleg van de wet dit geval zich nooit kan voordoen. Zijn dynamische opvatting zal in de praktijk niet zoveel verschil opleveren met de meer statische van de ontwerpers van het artikel. Zelf voel ik er bij nader inzien toch het meest voor zolang mogelijk van de uitlegbaarheid – de maakbaarheid om een thans in ongenade gevallen begrip te gebruiken – van de wet uit te gaan. Maar dat probleem is nu niet direct aan de orde. De wetgever van het nieuwe BW gaat er vanuit dat er concrete gevallen zijn waarin toepassing van geldige wetten, van verbindende contractuele bepalingen onaanvaardbaar is.

Mijn vraag is: had men het niet bij die vaststelling moeten laten? Is de imperfectie van wet en recht, hun soms tot slechte resultaten leidende uitkomst, niet een aan het recht eigen verschijnsel, dat – ook al omwille van de rechtszekerheid – moet worden aanvaard? Of om het Bijbels te zeggen: is het niet goed dat één mens sterft opdat alle anderen zullen leven? Ik ga daar in de volgende paragraaf op in.

Het tegenbeginsel: definieerbaar in het concrete geval

Rechtsvorming door de rechter in strijd met de wet: contra legem – is niet scherp te onderscheiden van rechtsvorming buiten de wet om: praeter legem. Maar om het wat bot te zeggen: het eerste mag niet, het tweede wel. Daarom zeggen de verdedigers van rechterlijk activisme dat nieuwe rechtsontwikkelingen altijd begrepen kunnen worden als niet contra maar praeter legem. Nog steeds heb ik grote huiver voor het opstellen van (reeksen van) rechtsregels door de rechter omdat deze als hij daartoe al bekwaam is, er in ieder geval niet toe is gelegitimeerd. Maar dat standpunt kent niet alleen zijn nuanceringen maar ook zijn grenzen. Ik blijf ook verdedigen dat een wet niet behoeft te worden toegepast, dat een contractsbepaling niet bindt, als toepassing of binding in een concreet geval door ieder weldenkend mens (ik zeg niet door iedere weldenkende jurist) wordt ervaren als 'te gek om los te lopen'. Met Esser – negatief – en Schoordijk – positief – ben ik van mening dat de wet zoiets niet kan bedoelen (beogen) (Esser), dat in zo'n geval de wet anders uitgelegd kàn worden (Schoordijk).

Maar dan blijft er altijd nog een flink aantal door de wet geboden beslissingen over, die hoewel niet in de door mij omschreven zin onaanvaardbaar, toch door *velen* als onaanvaardbaar of door allen als *onwenselijk* worden ondervonden. Ik denk dat men dit moet aanvaarden en de droom der (absolute) gerechtigheid moet laten voor wat zij is. Wetswijziging zal de enige koninklijke weg zijn.

> N.B. Het fenomeen van de handelingsonbekwaamheid van de gehuwde vrouw die pas bij de wet van Van Oven van 1956 werd afgeschaft, was reeds lang voordien onderkend als 'te gek om los te lopen'. Het zou schitterend geweest zijn als een rechter die wet in haar konsekwenties in een concreet geval wegens onaanvaardbaarheid had geweigerd toe te passen. Het is bij mijn weten nooit gebeurd.

Naar mijn vaste overtuiging zullen alleen dan wet en overeenkomst, hoe geldig ook, buiten toepassing kunnen blijven als de rechter in een concreet geval in staat is aan te wijzen *waarom* binding aan de wet, *waarom* gehoudenheid aan de overeenkomst, toch echt tot onaanvaardbare resultaten leidt en daarom te gek is om los te lopen.

Wat is een tegenbeginsel?

Als intermezzo nog wat over de aard van het tegenbeginsel. Ik citeerde reeds Paul Scholten waar hij schreef dat rechtsbeginselen algemeenheden zijn met alle betrekkelijkheid van dien. Ik ben het daarmee eens maar voeg daar nog een eigenschap van zo'n beginsel aan toe: de (in een bepaalde tijd en kultuur) manifeste vanzelfsprekendheid van het beginsel. Het tegenbeginsel heeft, uiteraard, ook een zekere algemeenheid, maar het is niet en zeker niet in de mate van het rechtsbeginsel vanzelf-

sprekend: het begint zich een weg te banen en het heeft maatschappelijke aandacht. Ik zou geneigd zijn van een beginselachtige idee te spreken die zich het eerst opdringt aan de hand van uitgesproken, meestal ongewone gevallen. Die tegenbeginselen zijn eigenlijk een soort 'topoi': handelingsmaximen die een redelijk gedrag ook zouden bepalen als er geen afdwingbaarheid aan te pas kwam. Hier denk ik ook aan de zogeheten beginselen van behoorlijk bestuur. Dat een bestuursbesluit, dat zich tegen de burger richt met een bevel of een weigering, gemotiveerd moet zijn, dat het beleid van het bestuur consistentie moet bezitten, dat daarbij gelijke gevallen gelijk moeten worden behandeld dat ligt, buiten het juridisch kader, voor iedereen wel duidelijk vast. Maar om daar regels van recht van te maken – zoals gebeurd is – is een omwenteling in het bestuursdenken nodig. Want besturen is: aangeven met dwingende kracht hoe de burger in de maatschappij moet optreden. Wat wij nu de marge van vrijheid van de bestuurder noemen – en als zodanig aanvaarden – was vroeger een welhaast onbeperkte ruimte. En al met al is die ruimte nog steeds behoorlijk groot. Maar wel tekent zich nu een duidelijke spanning af: het beginsel van de vrijheid van het bestuur (dat per definitie werkzaam zou zijn in het belang van het algemeen, denk ook aan de bestuurders in Oost-Europa van voor 1989) ontmoet beginselachtige tegenspraken, topoi die de bestuurder voorhouden: maar *toch* kan je niet zo maar aan A weigeren wat je aan B toestaat, maar *toch* kun je C niet de aangevraagde vergunning weigeren zonder aan te geven waarop die weigering berust.

Nog een voorbeeld

Ik geraak aan het eind van mijn (korte) beschouwing. Maar ik zou eerst nog weer een keer HR 13 november 1987, NJ 1988, 254 ten tonele willen voeren. Ik gaf van de feiten ooit een samenvatting die ik hier overneem:

> Een heel jonge vrouw en een veel oudere man (getrouwd maar niet met haar) vinden elkaar op het werk en gaan een langdurige relatie aan. De man *huurt* een huis, waar de jonge vrouw in trekt (haar werk zegt ze natuurlijk op) en zo'n twintig jaar in blijft wonen. In het begin van de relatie worden daaruit twee kinderen geboren. De man trekt alsnog bij deze vrouw in, maar hij blijft, ondanks andersluidende toezeggingen, getrouwd met die ander. Na vele jaren van beloftes en weet ik wat meer, verbreekt de inmiddels niet meer zo jonge vrouw de relatie. Zij wil in het door de man gehuurde huis blijven wonen. Was zij met hem getrouwd geweest dan was zij van rechtswege medehuurster geweest. Maar ook als samenwoonster had zij medehuurster kunnen worden als zij zich *samen met de huurder* daartoe tot de verhuurder had gewend. Vast staat dat partijen in hun 20-jarige relatie daar niet aan hebben gedacht. En nu wil de man niet meer meewerken. Het is duidelijk dat deze vrouw er alle recht op heeft te blijven wonen in dat huis. Maar de wet geeft daartoe geen mogelijkheid (art. 1326h BW). Bij de parlementaire behandeling is deze zaak onder ogen gezien. De minister kon zich, zo zei hij, voorstellen, dat er gevallen waren waarin de aspirant medehuurder zonder medewerking van de huurder het verzoek tot de verhuurder zou moeten kunnen richten. Maar de Kamer wilde er niet aan. Er moest eerst maar eens geëxperimenteerd worden met deze regeling.

De vrouw ving op grond van de dwingende wetsbepaling overal bot met haar eenpersoonsverzoek aan de verhuurder om medehuurster te kunnen worden (waartoe deze heel vlot zijn toestemming gaf). Overal, behalve bij de Hoge Raad. Deze besliste, dat

de ontvankelijkheid van een verzoek als dat van X tot toepassing van art. 1327h lid 7 niet onder alle omstandigheden behoeft af te stuiten op het feit dat niet een gezamenlijk verzoek ter verkrijging van de positie van medeverhuurder is overgelegd. Niet uitgesloten is immers dat de eisen van de goede trouw in de gegeven omstandigheden eraan in de weg staan dat de huurder wiens huisgenote zonder zijn medewerking een erkenning als medehuurster van de verhuurder heeft verkregen, zich jegens die huisgenote op het ontbreken van die medewerking kan beroepen ...

Opmerking verdient dat aan aanvaarding van een zodanige strijd met de goede trouw zware eisen moeten worden gesteld enz.

Waarom behoefde de rechter volgens de Hoge Raad de krachtens de wet geldende dwingendrechtelijke bepaling van artikel 1327h lid 7 niet onder alle omstandigheden als recht te erkennen en (dus) toe te passen? Omdat er omstandigheden mogelijk zijn – en in dit geval 'misschien' ook wel aanwezig zijn, (maar dat zou de feitelijke rechter straks nog moeten uitmaken) die meebrengen dat de huurder de bevoegdheid om zich op een hem toekomend recht te beroepen heeft verspeeld. Van deze casus zou men kunnen zeggen, dat hij zo ongewoon en a-typisch is, dat de overtuiging zich opdringt dat er inderdaad sprake is van onaanvaardbaarheid van integrale wetstoepassing. Welke tegenbeginselachtige idee ligt nu aan de beslissing van de Hoge Raad ten grondslag? Dat is geloof ik overduidelijk. Het reeds genoemde beginsel: nemo suam turpitudinem allegans auditur. En die turpitudo zit uiteraard niet in de samenwoning maar in het niet-aanvaarden dat iemand als X zonder meer een (moreel of zedelijk) recht heeft om in dat huis te blijven wonen. Deze regel heeft – men kan het overal lezen, ik vermeld terloops het artikel van Feenstra over het adagium in de aan de rechtshistoricus Govaert van den Bergh opgedragen bundel *Brocardica* (Kluwer 1987) – in ons recht geen algemene geldigheid en kan ook niet een gewoon en vanzelfsprekend rechtsbeginsel worden genoemd. Maar bij tegenbeginselen of topoi is die algemene geldigheid ook niet nodig: het gaat erom of zij in het concrete aan de rechter voorgelegde geval toepassing verdienen: in de botsing met het beginsel, dat zegt dat de wet bindt, zegevierend uit de strijd komen.

Mag ik het nog eens op een andere manier toelichten?

Wie zich als huurder op de nietigheid van de overeengekomen huurprijs voor een woning beroept, wie meer in het algemeen de *nietigheid* van een overeenkomst inroept krijgt gehoor bij de rechter, ook al beroept hij zich daarbij tevens op eigen onbehoorlijk gedrag. De topos wordt hier geen werkzaam tegenbeginsel. Hij zorgt alleen voor een zure smaak.

Maar wie zich op de *geldigheid* of *toepasselijkheid* van een wettelijke bepaling beroept om eigen onbehoorlijk gedrag te legitimeren, heeft kans de kous op de kop te krijgen. De topos wordt virulent.

Is voor dat verschil een verklaring aan te wijzen? Naar het mij voorkomt wel. De topos: je kunt je bij de rechter niet beroepen op je eigen onbehoorlijk gedrag (vanouds bekend, min of meer formeel afgeschaft, zij het niet in Duitsland – zie Hubert Niederlander: Nemo turpitudinem suam allegans auditur, ein rechtsvergleichender Versuch in de Festgabe voor Max Gutzwiller IUS et LEX, pp. 621-639) – maar nu ook bij ons weer in opkomst) heeft nog geen krachtige werking. Nu tegenover het onbehoorlijk gedrag van de huurder, niet behoorlijk gedrag van de wederpartij staat, laten die twee zich tegen elkaar wegstrepen en heeft de topos voor beide, ook voor de huurder, onvoldoende beginselachtige kracht. Het is duidelijk dat dit geval zich voordoet waar verhuurder en huurder in strijd met de wet een te hoge huurprijs overeenkomen. Aan de verhuurder kan evenzeer verweten worden dat hij van de noodsi-

tuatie op de woningmarkt misbruik heeft proberen te maken. Zijn turpitudo doet niet onder voor die van de huurder, maar hij kan achteroverleunend rustig afwachten.

Heel anders ligt het in het geval van het mede-huurderschap van X. Haar kon geen enkel onbehoorlijk gedrag worden verweten. Veeleer dringt zich de gedachte op: zij vordert, ondanks een wettelijke bepaling die dat in de weg zit, haar goed recht op.

Conclusie en slot

Wat valt te concluderen? Dat de onaanvaardbaarheid van binding aan de wet in het meergenoemde artikel 6:2 lid 2 Nieuw BW haar fundament vindt in een tegenbeginsel, een sterk geworden topos, dat definieerbaar is en dat zich in het concrete geval duidelijk voor toepassing leent, zich als het ware daartoe opdringt. Je moet gewoon kunnen vaststellen *wat* er mis is en niet alleen *dat* er iets mis is.

Het echte slot kan nu kort zijn. Rechtsbeginselen als vertrekpunten van ons zedelijk handelen – van wat wij als gemeenschap in overgrote meerderheid fatsoenlijk vinden en wat niet – hebben om met Paul Scholten te spreken maar betrekkelijke betekenis, omdat zij per definitie zeer algemeen en zeer vanzelfsprekend zijn.

Wat ik als tegenbeginsel heb omschreven: beginsel*achtige* ideeën, vaak weer te geven in de vorm van een topos, dat zijn de met die beginselen en de daaruit afgeleide rechtsregels conflicterende aanzetten tot verdere ontwikkeling van het recht vooral in de gedaante van rechtspraakrecht. Zij kunnen heilzaam zijn en broodnodig. Zij verwekken spanning en dat heeft het recht nodig. Maar in een samenleving die de verkeerde kant op gaat zijn zij heilloos en levensgevaarlijk. Want noch het beginsel noch het tegenbeginsel garandeert de juistheid van de marsroute.

4. Wetstrouw of gerechtigheid? I

De 'maîtresse' als medehuurster?

NJ 1988, 254

1. Verzoekster tot cassatie – X – heeft zich tot de Ktr. te Rotterdam gewend met een verzoek ertoe strekkende dat het huurrecht van de woning aan de ...laan te A alleen aan haar zal worden toegewezen. Het is een verzoek berustend op art. 1623*h* lid 7 BW (beschikking Ktr., nr. 6; beschikking Rb., p. 3-4, nr. 3).

2. Bij beschikking van 20 maart 1986 heeft de Ktr. X niet-ontvankelijk verklaard in haar verzoek en op het door haar ingestelde hoger beroep heeft de Rotterdamse Rb. op 23 okt. 1986 die beslissing bekrachtigd. Evenals de Ktr. was de Rb. van oordeel, dat X geen medehuurster van ...laan 22 was en daarom het verzoek van art. 1623*h* lid 7 ertoe strekkende de huurder – Y – te verplichten het gehuurde te ontruimen, niet – met vrucht – kon indienen.

3. X heeft zich van beroep in cassatie voorzien en bij beroepschrift in cassatie één middel voorgesteld, dat uit drie onderdelen bestaat (p. 17-18, G, Klachten a, b en c).

4. De art. 1623*g* en 1623*h* BW regelen het instituut van het medehuurderschap. Volgens art. 1623*g* is de echtgenoot van de huurder van woonruimte van *rechtswege* medehuurder, zolang de woonruimte die echtgenoot tot hoofdverblijf strekt. Art. 1623*h* geeft onder bepaalde voorwaarden aan een of meer met de huurder samenwonenden de hoedanigheid van medehuurders. Die kwaliteit gaat ook de *ver*huurder aan en daarom moeten de aspirantmedehuurders samen met de huurder daartoe allereerst de instemming van de verhuurder zien te verwerven. Is die daartoe niet bereid dan kan de Ktr. op verzoek van de huurder en de aspirantmedehuurder deze laatste de kwaliteit van medehuurder verschaffen en hij moet dat, desgevraagd zelfs doen tenzij zich voordoen een of meer van de omstandigheden opgesomd onder a t/m e van het derde lid van art. 1623*h*. Zo kan de verhuurder zich een medehuurder aangemeten krijgen, met wie hij niet wenst te contracteren[1], maar de huurder kan niet tegen zijn zin een medehuurder krijgen.

5. Een medehuurder is niet hetzelfde als een van méér huurders. Als gehuwden of samenwonenden samen een huis huren, hebben ze allebei de kwaliteit van huurder. Anders dan de medehuurder verliest geen van hen de hoedanigheid van huurder bij vertrek uit de woonruimte.

6. De *aard* van de samenwoning, de *reden* waarom men een duurzame gemeenschappelijke huishouding heeft in de woonruimte doet niet ter zake. Of daaraan affectie, efficiency of economie ten grondslag ligt is van geen belang (A.T. Bolt: De samenwoner als medehuurder, NJB 1984, p. 1062 l.k., onder 2) maar tenzij men het huwelijk uit liefde als 't enige en die liefde als steeds blijvend beschouwt is ook daar het formele mo-

1. Dit probleem speelt hier echter geen enkele rol. Zie nr. 23 van deze conclusie.

ment beslissend: hier een duurzaam gemeenschappelijke huishouding, dáár gehuwd zijn, het gesloten huwelijk (dat de gehuwden in beginsel tot samenwoning verplicht).

7. Wie eenmaal medehuurder is kan uitgroeien tot (enige) huurder, bijv. als de huurder sterft of als die de huur opzegt. Maar de medehuurder krachtens art. 1623*h* lid één kan daartoe ook eigen activiteit ontplooien en daar gaat nu net het nogal moeilijk ogende zevende lid van art. 1623*h* over. Zulk een medehuurder kan zich tot de Ktr. wenden

> 'met het verzoek te bepalen dat een of meer van deze personen (te weten: de persoon die de huurovereenkomst heeft aangegaan en de medehuurder(s); *L.*) de huurovereenkomst met ingang van een in de beschikking te bepalen tijdstip niet langer zullen voortzetten ...'.

8. Zo kan de huurder tot de ervaring komen, dat hij een adder aan zijn borst gekoesterd heeft. De vriendelijke persoon met wie hij samenwoonde en die mede op zijn verzoek medehuurder werd, verjaagt hem nu van huis en haard. De ijskoude jurist antwoordt dan: Du hast es (doch) gewollt (dat hij medehuurder werd).

9. Maar was het ook de *bedoeling* dat de huurder zo zijn eigen ondergang kon voorbereiden?

10. Bolt twijfelt niet (p. 1062 r.k.):

> 'Ook ten aanzien van de oorspronkelijke huurder kan de rechter bepalen dat deze de huurovereenkomst niet langer zal voortzetten. Dit risico is voor de huurder verbonden aan het versterken van de positie van zijn huisgenoten.'

11. Abas twijfelt wèl (Asser-Abas, Bijzondere Overeenkomsten, 5 II, 6e druk, 1986, nr. 179):

> 'Een niet in lid 7 beantwoorde vraag – welhaast een rhetorische – is deze of men met behulp van het in dit lid aan de orde zijnde verzoek eventueel kan bereiken dat de medehuurders de huurder uit het gehuurde werken.
> Letterlijk bezien zou het antwoord moeten luiden dat zulks inderdaad mogelijk is. ...
> Het schijnt evenwel niet zo bedoeld te zijn ...'

12. Indien juist zou zijn dat een medehuurder niet via 1623*h* lid 7 de *huurder* het huis uit kan zetten, zou dit cassatieberoep reeds daarop stranden: de aktie is gericht tegen de *huurder* en de vraag is slechts of X – per analogiam – het recht mag uitoefenen belichaamd in art. 1623*h* lid 7.

13. Ik houd het er echter voor, dat Bolt gelijk heeft, want anders zou in alle gevallen van één huurder en één medehuurder

> – en die zijn toch talrijk, als men bedenkt dat het vaak gaat over ongehuwd samenlevenden ('als waren zij gehuwd') –

het recht er slechts op neerkomen, dat de huurder met medewerking van de (kanton)rechter aan het medehuurderschap een eind kan maken, niet omgekeerd.

De echtgenoot die van rechtswege medehuurder wordt kan na echtscheiding huurder worden en dan moet de ander, al is hij huurder, er voor goed uit (art. 1623*g* lid 5).

14. Art. 1623*h* is ook daarom merkwaardig omdat het een voorbeeld is van als zodanig onderkende en erkende experimentele wetgeving. De regering gaf uiting aan de gedachte dat zij het allemaal nog niet kon overzien. Zij vroeg 'aanhouding' tot het uitbrengen van een rapport. Met name de linkse pp. wilden daarvan niet weten en als resultaat kwam uit de bus het huidige artikel. Nagegaan zou worden hoe het in de praktijk zou werken en zo nodig zou het artikel na enige tijd worden bijgesteld. Er is, zover ik weet, niets nagegaan en niets bijgesteld anno 1987 (de bepaling stamt uit 1979).

15. Zo is het probleem waar het hier om gaat, ook nooit meer aan de orde ge-

weest. En de minister van Justitie had het toch wel onderkend. Ik verwijs daarvoor naar het beroepschrift in cassatie, p. 6-10, nrs. 13 e.v. en citeer slechts het vraagpunt 5 in de brief aan de Tweede Kamer van 3 mei 1979:

> 'Moet voor het geval de gezamenlijke verklaring niet is afgelegd een aanvullende mogelijkheid worden geschapen voor de samenlever[2] om de huurovereenkomst voort te zetten. Zo ja, moet dan als vereiste worden gesteld:
> a. dat de samenleving een bepaalde tijd heeft bestaan? Hoe lang?
> b. tussenkomst van de rechter?'

16. Einde 1968 gingen X, die toen negentien jaar was en Y – getrouwd en toen vijftig jaar – met elkaar een relatie aan.

17. X werkte toen als kantoorbediende in een bedrijf waar Y technisch adjunct-directeur was. Vanaf 1 jan. 1971 huurde Y woonruimte aan de ...laan te A, waar X haar intrek nam. X was bij die huurovereenkomst géén partij.

18. Pp. kregen in de beginjaren van hun relatie twee kinderen.

19. Later is Y daar ook gaan wonen, maar hij is nooit officieel van zijn vrouw gescheiden. X heeft enige tijd geleden de relatie met Y beëindigd. Totdat de Rotterdamse Pres. in k.g. ingreep bleven X en Y echter met hun twee kinderen in de woning aan de ...laan wonen, omdat noch Y noch X die woning wilde verlaten. Op grond van de aldus ontstane onhoudbaar gespannen situatie heeft de Pres. van de Rotterdamse Rb. in k.g. orde-maatregelen (voorlopige voorziening) getroffen als gevolg waarvan Y tijdelijk het huis moest verlaten.

20. Maar de Pres. besliste daarbij wel:

> 'Bij het geven van een dergelijke voorlopige voorziening moet ervan worden uitgegaan, dat op grond van het huurrecht de woning uitsluitend aan Y ten gebruike toekomt. Nu is uit het BW Boek 1 art. 165 de rechtsfiguur bekend, waarbij op vordering of verzoek van een der echtgenoten bij het echtscheidingsvonnis of bij latere uitspraak hem jegens de andere echtgenoot de bevoegdheid wordt verleend om, als hij op het ogenblik van inschrijving van het vonnis een woning bewoont die aan de andere echtgenoot uitsluitend ten gebruike toekomt, de bewoning en het gebruik van de bij de woning en tot de inboedel daarvan behorende zaken gedurende zes maanden tegen een redelijke vergoeding voort te zetten. Gelet op de vergelijkbaarheid van die situatie en de hier aan de orde zijnde verhouding tussen pp., achten wij de hierna te geven voorlopige voorziening, die niet langer dan zes maanden van kracht zal zijn, op zijn plaats.'

21. Ten principale (als je daarvan in een beslissing in k.g. mag spreken) was die beslissing dus niet gunstig voor X, die daarvan dan ook in hoger beroep is gegaan.

22. Voor een goed overzicht van zaken geef ik nog een overweging uit het vonnis in k.g.:

> 'De enige reden, waarom X geen medehuurster is geworden, is naar partij*en* (cursivering van mij; *L.*) hebben verklaard hierin gelegen, dat pp. in de tijd waarin zij nog in harmonie samenleefden, aan deze mogelijkheid in het geheel niet hebben gedacht!'

waaraan ik toevoeg dat die mogelijkheid tussen 1968 en 1979 ook niet bestond. Bovendien zit de regeling niet simpel in elkaar. ('De art. 1623*g*, *h* en *i* behoren tot de meest ingewikkelde van de nieuwe regeling', Abas o.c., nr. 161.)

23. Toen de relatie met Y al stuk gelopen was heeft X zich schriftelijk tot de verhuurster van de woning gewend met verzoek haar te erkennen als medehuurster van de woning. Dat verzoek, dat niet

2. De 'zelflevers' van H.Th.J.F. van Maarseveen (NJB 1986, p. 1174) zijn dus welhaast gouvernementeel te noemen.

mede door Y werd gedaan is door de verhuurster, Van der Vorm Vastgoed BV, ingewilligd. Die inwilliging heeft de BV ook later – toen de achtergrond van het verzoek uit de doeken werd gedaan, – gestand gedaan.

24. Ik moet nog opmerken dat als niet bestreden vaststaat dat aan X door de GSD van de gem. A in de persoon van de heer P tot tweemaal toe vervangende woonruimte is aangeboden, die zij heeft afgewezen (pleitnotities Mr. J.H. Beek jr., Ktg.). Dat waren, als ik goed gelezen heb, kleinere woningen dan die waarin zij nu woont.

25. Ik maak mij sterk, dat zo vaststond dat X medehuurster was geworden van de woning, haar op lid zeven van art. 1623*h* BW gebaseerd verzoek zou zijn toegewezen (waarbij ik er van uitga dat een dergelijke aktie aan de medehuurder tegen de huurder toekomt), want als men alle omstandigheden van het geval afweegt, lijkt het toch duidelijk dat X, die toen zij de relatie aanging nog heel jong was gelet op de duur van die relatie en de geboorte daaruit van twee kinderen, die tot haar zorg kwamen, een sterk recht heeft om te blijven wonen waar zij vrij kort na het ontstaan van de relatie – mede ten behoeve van Y – is gaan wonen. En als nu ook nog uit het vonnis van de Pres. van de Rb. blijkt, dat X en Y aan de mogelijkheid om X medehuurster te maken – waarop zij, naar alle waarschijnlijkheid, het volste recht had – gewoon niet hebben gedacht (daarvan niet hebben geweten) en dat daarom de hoedanigheid van medehuurster voor X – in die goede tijd – niet is tot stand gekomen – terwijl bovendien de minister, zeker voor zo'n situatie er over dacht aan de 'samenlever' een recht te geven, dat *niet* afhankelijk was van de instemming van de huurder – dan zal men begrijpen, hoezeer het mij spijt en verdriet, dat ik toch geen echte kans zie om X het gelijk te geven dat haar toekomt.

26. Misschien ben ik te wetsgetrouw, wellicht heb ik te weinig fantasie, maar ik zie niet hoe bij deze stand van zaken, in déze geldende wetsregeling een bevredigende beslissing tot stand kan komen.

– Hoe ouder ik word hoe meer ik er van overtuigd geraak, dat Essers stelling, dat de wet geen onbevredigende uitkomst toelaat, dat zij slechts tot haar recht komt – en dus goed uitgelegd is – als zij tot een aanvaardbare conclusie leidt, een illusie is uit die optimistische jaren tussen 1965 en 1975. Rechters en aanverwanten zullen moeten accepteren dat zij nogal eens bijzonder vervelende beslissingen moeten geven, omdat de wet het eist. En de wet, dat is de samenleving. In dit geval heeft men – dat is met name het parlement – een goede regeling voor dit soort gevallen niet willen maken, *al wist men*, dat de situatie zich kon voordoen. Dat nu de rechter tussen beide mag komen en een eigen regeling mag opstellen voor dit soort gevallen – een regeling die botst met de bestaande wettelijke regeling – kan ik niet aanvaarden. Op korte termijn – in dit geval – *zou het heilzaam* zijn. Dat wel, maar ... –

27. De onderdelen b en c van het middel acht ik vergeefs voorgesteld, al raakt onderdeel b mij wel in 't hart.

28. ad c. Analogische toepassing op het onderhavige geval van art. 1623*h* lid 7 is niet aanvaardbaar omdat analogie veronderstelt dat een regel mag worden uitgebreid tot gevallen waarvoor zij niet geschreven is (P. Scholten, Algemeen deel, *eerste* druk, p. 6) maar dan toch alleen als voor die gevallen de regel niet door de wet uitdrukkelijk buiten toepassing is geplaatst.

29. De gevallen waar het hierover gaat zijn die waarin *géén* gezamenlijk verzoek aan de verhuurder is gedaan en art. 1623*h* lid 7 gaat er niet alleen van uit, maar stelt als voorwaarde dat dit wel is gebeurd. Analogie met art. 1623*g* BW wordt in cassatie terecht niet meer bepleit. Zie

daarvoor Pres. Rb. Amsterdam 6 febr. 1986, KG 1986, 115.

30. ad b. Mocht Y *naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid* op het ontbreken van zijn medewerking een beroep doen? Ik zal hier – met moeite – kort over zijn. Er zijn redenen om aan te nemen dat hij dat niet mocht. De belangrijkste zijn dat hij – in betere tijden – gewoon vergeten was (of er niet van op de hoogte was) – om tot dat doel zijn medewerking te geven *én* dat de situatie waarin X van 1968 af verkeerde eigenlijk zo'n medehuurschap van haar 'opdrong'.

31. Hier zit ik echter met het probleem van de individualiteit van de A-G bij de HR. Als twee, drie of vier medestanders de mogelijkheden (en de bezwaren) van een beslissing, conform dit onderdeel van het middel zo zouden afwegen dat de bezwaren niet doorslaggevend waren, zou ik graag *mee*doen. Nu – alleen opererend – durf ik dat – om het maar heel eerlijk te zeggen – niet, *omdat ik de algemene gevolgen niet kan overzien.*

32. Voor analogie voel ik niets, de gedachte dat onder de gegeven omstandigheden een verweer van Y

> inhoudende dat hij geen medewerking heeft verleend aan het tot medehuurster van de woning maken van X, zodat zij die hoedanigheid ook niet heeft verkregen,

in strijd is met (de regels van) de goede trouw en/of de maatstaven van redelijkheid en billijkheid, komt bij mij sympathiek over, maar ik vraag mij toch af, waar dàn de grens moet worden getrokken tussen een al dan niet toegestaan beroep *(niet op een overeenkomst* maar) op de wet.

32a. In haar hiervoor reeds tweemaal geciteerde – zeer heldere – artikel heeft Anneke Bolt bij wege van kritiek als belangrijk probleem aangemerkt 'dat de samenwoner de medewerking van de huurder nodig heeft om medehuurder te kunnen worden' en vastgesteld dat de samenwoner volledig afhankelijk is van de goede wil van de huurder: 'Juist als zich tussen de samenwonende pp. moeilijkheden voordoen en de samenwoner het medehuurderschap misschien binnenkort nodig heeft, zal de huurder niet meer geneigd zijn mee te werken'. De schrijfster achtte dit een tekortkoming van de wet en dit geval toont duidelijk aan, dat zij daarin gelijk had. Maar zoals de wet nu luidt, ziet zij, evenmin als ik, uitkomst: 'Toch ontbreekt op basis van de wettekst iedere mogelijkheid om de positie van deze samenwoner te beschermen. Hij heeft geen enkel recht ten aanzien van de woonruimte' (nr. 10, p. 1066 l.k.). Zij acht dan ook op dit punt 'een aanvullende wettelijke regeling noodzakelijk' (nr. 11, p. 1066 r.k.). En dat had indertijd minister De Ruiter ook al onderkend. Maar er moest snel 'gescoord' worden. Vaak vliegt de bal dan naast het doel.

33. Onderdeel a van het middel houdt, kort samengevat, het betoog in, dat de Rb. door het vonnis van de Ktr., waarbij X in haar verzoek niet-ontvankelijk werd verklaard, te bekrachtigen, het aan X ingevolge art. 8 EVRM en art. 17 IVBP toekomende 'recht op huis' heeft geschonden door haar – met betrekking tot haar daarop gerichte rechtsvordering – in strijd met de art. 6 EVRM en 14 IVBP– geen rechtsingang te verlenen.

34. Dat middel acht ik ondeugdelijk reeds omdat het uitgaat van het volgens mij niet juiste standpunt dat *deze* niet-ontvankelijkverklaring gelijk is te stellen met weigering van rechtsingang.

35. Het Nederlandse (burgerlijk) procesrecht kent eigenlijk de niet-ontvankelijkverklaring niet als 'officiële' uitspraak. Meestal wordt er mee bedoeld dat de vordering wordt *afgewezen* omdat het daartoe aangevoerde het gevorderde niet kan bewerkstelligen:

> Wie de koopprijs vordert kan niet ontvangen worden als hij aan zijn vordering geen koopovereenkomst ten grondslag legt etc.

36. Wie in een geval als het onderhavige

wil bereiken dat een huurder – op grond van art. 1623*h* lid 7 BW – de huur van zijn woonruimte niet langer mag voortzetten, moet daartoe op straffe van niet-ontvankelijkheid *aanvoeren*, dat hij – verzoeker – een persoon is 'bedoeld in het vierde lid' van art. 1623*h*.

37. Voert hij dat wel aan, maar neemt de rechter het *niet* aan, dan moet hij eigenlijk niet niet-ontvankelijk worden verklaard in dit verzoek, maar moest de gevraagde voorziening geweigerd worden of welke terminologie men ook daarvoor wil gebruiken.

38. Het uitgangspunt van X in deze procedure was dat zij doordat de verhuurster daarmee instemde, medehuurster was van de woning: Zie onder meer, grief 3, in hoger beroep. Eigenlijk was er dus geen plaats voor een niet-ontvankelijkheid. Het aangevoerde kon, mits bewezen of vaststaand het verzochte dragen: Maar het aangevoerde: – te weten dat X medehuurster was – kwam niet vast te staan en daarom kon het verzochte niet worden toegestaan.

39. Rechtsingang is aldus *niet* geweigerd.

40. Dat wordt niet anders doordat de terminologie: niet-ontvankelijkheid van de verzoekster, is gebezigd en gehandhaafd.

41. Er *is* rechtsingang verleend. Dat voor toewijzing van het verzochte – gebaseerd op een bepaalde 'aktie', te weten die van art. 1623*h* lid 7 BW – een eis wordt gesteld, waaraan in dit geval niet was voldaan – te weten, (opnieuw) dat X medehuurster was van de woning aan de ...laan te A – betekende wèl dat het verzoek daarom niet kon worden ingewilligd, en dus, in wat voor bewoordingen ook, moest worden afgewezen maar niet dat X, zich beroepend 'op het recht op huis' geen *rechtsingang* kon verkrijgen.

42. Mijn conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Anders de Hoge Raad.

Bijlage A[3]

Edelhoogachtbare Heer,

Inzake: E/VL (HR 13 november 1987, NJ 1988, 254).

Onder verwijzing naar ons gesprek tijdens de cursus Huurrecht II (SSR) te Utrecht op 22 november jl. deel ik U mede dat mevrouw E voordat het arrest van de Hoge Raad werd gewezen al 'vrijwillig' was verhuisd naar een andere woning.

Omdat partijen inmiddels procesmoe waren geworden (er was ook in kort geding geprocedeerd voor de Rechtbank te Rotterdam en daarna in hoger beroep bij het Hof te 's-Gravenhage) hebben partijen de zaak niet meer vervolgd naar het Hof te 's-Gravenhage. Zij hebben in de uitspraken berust.

Ik begreep van de advocaat van de man dat mevrouw E ook bevreesd was dat de door het Hof te 's-Gravenhage toe te passen afweging in haar nadeel zou uitvallen, temeer nu zij met haar twee kinderen al uit de woning was vertrokken.

Hoogachtend,

3. Dat de werkelijkheid soms schrijnend afwijkt van de rechterlijke beslissing blijkt – behalve uit het Varkenspestarrest (Asser-Vrenken, Algemeen Deel, pag. 7 e.v.) – ook uit onderstaand briefje van een advocaat, dat ik geruime tijd na de uitspraak van de Hoge Raad, waarin de beschikking van de rechtbank wèl vernietigd werd, ontving.

5. Wie komt daar uit zijn hokje?

Over civiele rechtspraak en haar grenzen

– 1 –

Is het eigenlijk niet heel eenvoudig? De gewone bevoegdheid van de gewone rechter vindt haar omschrijving in art. 167 van de Grondwet en – iets afwijkend – in art. 2 R.O. Dat betreft de bevoegdheid ratione materiae, wat betreft het onderwerp. Trekken we daar de bevoegdheid vanaf, wèl in 2 R.O. níet in het grondwetsartikel vermeld, die betrekking heeft op de toepassing van alle soort van wettig bepaalde straffen, dan blijft over de taak van de gewone civiele rechter, in de Wet R.O. aldus omschreven: de kennisneming en beslissing van alle geschillen over eigendom of daaruit voortspruitende rechten, over schuldvorderingen of burgerlijke rechten.

Uitgangspunt van de bevoegdheidsregeling is, dat er een geschil is (case or controversy); vooronderstelt wordt, dat dit een geschil in de sociale sfeer is, waarbij dus, grof gezegd, het geschil twee mensen verdeeld houdt. Als men daar aan toevoegt dat het bovendien hùn geschil moet zijn, komt men reeds op een moeilijk terrein: dat van het belang in juridische zin. Maar ik wil voorlopig nog niet op moeilijke terreinen komen en ga dus snel verder.

De gewone bevoegdheid van de gewone rechter in civiele zaken wordt ook nog op een andere, wat typische wijze bepaald en dus begrensd. Een geschil moet door een partij bij een rechter worden 'aangebracht'. Wat de materie van het conflict betreft is dat geen probleem. Is er krachtens 2 R.O. bevoegdheid dan is er ook een rechter. Want de arrondissementsrechtbank als gewone rechter neemt in eerste instantie kennis van alle materies, die niet aan andere gerechten zijn toegewezen. Maar de moeilijkheden kunnen vanuit een andere hoek komen. Wèlke rechtbank is bevoegd, of in het algemeen welk gerecht behorend tot één laag van de pyramidale constructie van de rechterlijke macht? Het gaat hier dus over de betrekkelijke bevoegdheid, voor het overgrote deel geregeld in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. En kort gezegd leidt dit tot deze gevolgtrekking: als geen gerecht in Nederland betrekkelijk bevoegd is verklaard, is de Nederlandse gewone rechter niet in staat van de zaak kennis te nemen. Hoewel er theoretisch allerlei groepen van gevallen zijn te bedenken, waarbij dat voorkomt, is het praktisch niet zo belangrijk. Die theoretische constructies houden zich meestal bezig met gevallen, waarin geen der partijen er aan zou denken in Nederland te gaan procederen.

De rechtsmacht van de rechter wordt – zie artikel 13*a* A.B. – ook beperkt 'door uitzonderingen in het volkenregt erkend.'

Is er een geschil dat minstens twee mensen verdeeld houdt en dat aan hun belangen raakt, valt dat geschil te brengen onder de omschrijving van 2 R.O. (minus strafrechtspraak), is er een Nederlandse rechter aangewezen bij wie de zaak kan worden aangebracht en steken de regels van het volkenrecht geen spaak in het wiel, dan is

er werk aan de winkel voor de 'civiele' rechter, tenminste als een der geschilvoerenden zijn hulp inroept. Ook van dit laatste hangt zijn competentie vanzelfsprekend af: hij mag niet het initiatief nemen tot het oplossen van geschillen.

Soms heeft de civiele rechter – ceteris paribus – ook bevoegdheid tot kennisneming van andere geschillen, dan in artikel 2 R.O. omschreven. Die bevoegdheid – vermeld in artikel 168 van de Grondwet – moet hem dan door een wet uitdrukkelijk zijn opgedragen. De wetgever kan zulke *andere* geschillen ook aan 'een college met administratieve rechtspraak belast' opdragen. Ik zou er hier al op willen wijzen, dat de wetgever volgens de Grondwet dus geschillen, die wel onder de werking van art. 167 Grondwet en 2 R.O. vallen, niet aan de administratieve rechter kàn toewijzen.

– 2 –

De bevoegdheidsvraag heeft allereerst betrekking *op het terrein*, dat bestreken mag worden: wanneer kan of mag de gewone civiele rechter aan zijn gewone werk tijgen. Maar direct daarna – ook vallende binnen de bevoegdheidsvraag – komt aan de orde, wat hij op dat terrein zo al mag doen, met welke middelen hij daar mag werken en wat hij moet bewerken, tot stand brengen.

Zolang minstens een der bij het geschil betrokken partijen dat wenst moet hij het geschil uitwijzen, daarin een beslissing nemen omtrent gelijk of ongelijk, die bindende kracht heeft tussen die partijen en zo zij zich daartoe leent ten uitvoer kan worden gelegd. De conflictsbeslechting is het primaire doel van de rechtspraak. De bevoegdheid van de rechter is hier, als zo vaak, tevens plicht. Op het terrein hem toevertrouwd moet hij rechtspreken op straffe van vervolging wegens rechtsweigering (art. 13 A.B.). Buiten dat terrein mag hij geen uitspraak doen.

Met welke middelen mag de rechter het conflict beslechten? De lezer zal wat schrikken als ik herhaal, dat het eigenlijk heel eenvoudig lijkt: 'de regter moet volgens de wet regt spreken: hij mag in geen geval de innerlijke waarde of billijkheid der wet beoordelen.' (art. 11 A.B.). 's Rechters werktuig is de wet, onkritisch beschouwd en toegepast. Zo'n werktuig met een monopoliepositie, die onaantastbaar is en zelfs niet bekritiseerd mag worden, rijst boven de status van werktuig uit. Het maakt zijn bedienaar tot werktuig. Rechters zijn volgens Montequieu, de mond van de wet, onbezielde wezens: 'des trois puisssances dont nous avons parlé, celle de juger est en quelque façon nulle. Il n'en reste que deux;'.

Moeilijkheden zijn er natuurlijk volop te maken; de rechter moet het conflict beslechten. Stelt de wet als werktuig hem daartoe altijd in staat? Gaat het alleen maar om beslechting of is ook van belang, dat het conflict zo goed mogelijk beslecht wordt? En als er dan eens een werktuig is, dat beslist een betere oplossing geeft dan de botte hamerslag van de wet? Moet de rechter dat dan toch werkeloos laten liggen? Of wat concreter: art. 99 van de Wet R.O. bepaalt sinds 1963 onder meer, dat de Hoge Raad handelingen, arresten, vonnissen en beschikkingen vernietigt wegens schending van het recht. Voor 1963 sinds de invoering van de Wet R.O. stond er: wegens verkeerde toepassing of schending der *wet*. De wijziging bedoelde zeer uitdrukkelijk tot uitdrukking te brengen, dat recht meer dan wet is, dat het recht meer werktuigen heeft. Maar die vaststelling geschiedde wel bij wetsbepaling.

Over die moeilijkheden zal het vervolg van dit artikel in ruime mate verslag doen. Want als wij aannemen, dat de wet niet het enige werktuig van de rechter is, dat hij haar soms moet laten liggen om een ander hulpmiddel te gebruiken, dat zij soms in

het geheel niet bruikbaar is voor een oplossing, dat zij soms spoorloos verdwenen is als de oplossing tot stand moet worden gebracht, dat zij er soms helemaal niet als een hamer uitziet en zelf moet worden opgekalefaterd om dienst te kunnen doen, dat zij soms alleen maar wat materiaal aanbiedt om er een werktuig van te maken: als wij dat alles gezegd hebben, dan hebben we de betekenis van de wet voor de rechtspraak wel gerelativeerd, maar niet omschreven, niet begrensd en dan hebben we daarmee de rechter wel van mond tot mens en van onbezield tot bezield wezen gemaakt, maar hem niet geholpen om in die nieuwe gedaante zijn eerste taak te vervullen: conflicten beslechten.

Kranenburg heeft het probleem zo simpel dat het bijna ontroert onder woorden gebracht (ik citeer uit: Nederlandsch Staatsrecht, deel II, uitgave van *1925*):

> Tot vervelens toe is het herhaald – zegt Scholten – dat de taak van de rechter niet enkel kan liggen in de toepassing der wet ...
> Tot vervelens toe – wellicht, maar dat neemt niet weg, dat het vraagstuk nog ganselijk niet opgelost is. Over de negatie, nl. dat de functie der rechtspraak *niet enkel* ligt in wetstoepassing zonder meer, raakt men het geleidelijk aan eens; maar over wat zij dan eigenlijk *wel* is, is eenstemmigheid verre.

En met de moed, die vroegere generaties van juristen kenmerkt, vervolgt hij dan laconiek:

'Wij zullen dus de verschijnselen nader hebben te bezien'.

– 3 –

Wij ook, maar dan wel enigszins met de dood in het hart. Want wat in 1924 tot vervelens toe werd herhaald, is nu nog steeds onderwerp van gesprek en dat het velen *uitermate* is gaan vervelen, is dan ook niet zo onbegrijpelijk. Een recent artikel van Rombach in het WPNR (1974, no's 5249, 5250) geeft enige indruk van de geschriften, die er in Nederland aan gewijd zijn en tegenover de Duitse Bondsrepubliek slaan wij nog maar een povere figuur in dit opzicht. Een eerste vorm van Ueberforderung van de rechter zou dan ook zeker zijn van hem te vergen, dat hij naast zijn werk als practicus, als oplosser van rechtsgeschillen, kennis neemt van en zich een oordeel vormt over de theorieën, die aan zijn werk zijn gewijd. Aan het einde van een bespreking van Esser's Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts schrijft Langemeijer (Ars Aequi, 2-3-1967) dat het een misverstand is te menen, dat Nederlanders 'zich met het veilige bezit van Scholten's oeuvre vergenoegend er buiten zou(den) kunnen van Esser kennis te nemen.' Dat wordt dan later gelukkig nogal flink toegespitst op de Nederlander die 'hoopt eenmaal met de taak des rechters belast te zijn', maar dan nog vraag ik mij af: hoeveel aanstaande en aangaande rechters in Nederland hebben deze 'krachtig vormende leerschool' doorlopen? Al ben ik er niet trots op, ik zal niet verheimelijken, dat ik voor het eerst iets van Esser las, toen ik geen advocaat en geen rechter meer was. Dat het toen ook goed raak werd, laat zich verstaan. Maar voor wie zich wel in Grundsatz und Norm verdiepte moet het toch wat mistroostig zijn geweest enkele jaren later in alweer een boek met zo'n lange titel: van dezelfde Esser: Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung, Rationalitätsgarantien der richterlichen Entscheidungspraxis, al aanstonds te moeten lezen dat de noodzaak van een 'Theorie der Praxis der Rechtsanwendung' aan de auteur in de zomer van 1969 dui-

delijk werd, daar 'unsere akademische Methodenlehre dem Richter weder Hilfe noch Kontrolle bedeutet'. En ik twijfel eraan, of de gewone rechter aan de Rationalitätsgarantien, in het nieuwe boek ontwikkeld, voldoende en duidelijk houvast heeft. Esser's collega en landgenoot Wieacker had reeds in 1957 een Vortrag gehouden over het 'Problem der aussergesetzlichen Rechtsordnung' en betoogd dat zich voor de regelvorming door de rechter buiten de wet 'bestimmte, objektive und konventionelle Inhalte verbindlich angeben lassen', zodat het gevaar, dat het subjectieve rechtsgevoel van de rechter de doorslag zou geven, kon worden vermeden. Het klinkt hoopvol, maar de hoop verdwijnt achter de nevelen als wij horen, welke die 'Inhalte' zijn: men moet het materiaal daarvoor vinden in:

> 'bestimmten Verfassungsprinzipien, den positivierbaren und eindeutig bestimmten kulturellen Anschauungen unserer Zeit und Kultur, in den anerkannten Regeln richterlichen Billigkeit, in der Natur der Sache und vor allem in bewährter Lehre und Judikatur'.

Pitlo zegt er het volgende van:

> 'Nog eens vestig ik er de aandacht op, dat bij een zo uitvoerig samenstel van privaatrechtelijke regelen als het onze, er niet gauw sprake zal zijn van een vraag ter welker beantwoording geen enkel aanknopingspunt in de wet is te vinden. Evenzeer is het aantal gevallen, waarin men recht tegen de wet toepast uitermate gering – en het behoort uitermate gering te blijven.' (*Evolutie in het Privaatrecht, 2e druk p. 131)*

om dan wat cynisch en wat gelaten op p. 160 vast te stellen:

> 'Ik waag het te betwijfelen of de subtiele nuanceringen, waarin de grote denkers over rechtsvinding zich uitputten, wel zinrijk zijn. Rechtsvinding – en dit geldt in het bijzonder voor rechtsvinding buiten de wet – is een creatieve daad. Nu is het onvermijdelijk, dat de persoon zich in zijn creativiteit openbaart.'

Wie dan weer opmerkt, dat creativiteit en subjectiviteit zeker op het terrein waar de wet niet of niet beslissend meespreekt, hoe schoon ook toch maar gevaarlijke zaken zijn, die de voorspelbaarheid van het recht niet ten goede komen, krijgt van de Noorse rechtssocioloog Aubert gelijk: Het proces van 'delegalization' van de samenleving neemt hij op vele terreinen waar, want 'with increased scientific knowledge about the regularities of nature and also of economic and social life, the relative importance of law has been receding in modern societies'. Er zijn er velen die het met deze constatering in 'Courts and Conflict Resolution' (1967) niet eens zijn en voorshands lijkt het er amper op, dat de feiten Aubert gelijk geven. Kwantitatief neemt de betekenis van rechtsregels zeker niet af. Wel bestaat het streven – vaak toch ook weer meer als zuivere theorie dan in de praktijk – om rechtsregels en rechtstoepassing meer aan te laten sluiten bij die wetenschappelijke vooruitgang in het sociale en economische leven. En dat gebeurt zeker niet door van rechters dichters te maken. Maar de veel geprezen Amerikaanse rechter en schrijver van lichte juridische verhandelingen Cardozo lijkt toch het meest op een voorman van Pitlo als hij over de rechtsvorming door de rechter zegt: 'He must learn it for himself as he gains the sense of fitness and proportion that comes with years in the practice of an art.'

– 4 –

Ik kan zo nog wel even doorgaan met uitspraken over de verhouding rechter en wetgever, maar misschien wil men wel, dat ik er zelf een uitspraak over doe. Wil ik daar aan toe komen of zelfs maar tot een poging daartoe, dan moet ik nu aan het werk gaan. Daarmee bedoel ik, dat deze beschouwing voor een flink deel haar uitgangspunt neemt in de bestudering van het recht van de werkelijkheid en wel van dat deel van de rechtswerkelijkheid dat door rechters als zij beslissingen afleveren wordt opgeroepen. Dat klinkt erg objectief, maar tegenwoordig is men zo lastig aan volstrekte objectiviteit niet te geloven en onbescheiden te vragen naar iemands vooronderstellingen over het thema, dat hij gaat bespreken. Die heb ik in de loop der tijden natuurlijk wel opgedaan en ik zou ze kunnen omschrijven door Esser's omschrijving van de 'Grundmotive seiner eigenen Tendenz' zo ongeveer op haar kop te zetten. Esser geeft deze voorlopige omschrijving: 'dasz mir die Formalisierung von Legitimität in allen Lesarten stets ebensoviel Sympathie wie Misztrauen eingeflöstz hat.' Ik zou geneigd zijn te zeggen, dat de vrije rechtsvinding in allerlei varianten mij bijna steeds evenzeer sympathiek als bedenkelijk is voorgekomen. Het komt mij voor, dat dit verschil allereerst is terug te voeren op een verschil in optimisme ten aanzien van de mensheid in het algemeen en van hen die recht moeten spreken in het bijzonder. Optimisme, waartoe zo zou men als Nederlander zeggen, de geschiedenis van de Duitse rechtspraak sinds 1918 en tot 1945 Esser weinig reden geeft. Maar het betreft niet alleen een soort ethisch optimisme, waarin wij verschillen. Misschien is nog belangrijker, dat Esser de rationalisering van het concrete rechtsvindingsproces ziet als een bereiken van de rechtvaardige oplossing met de middelen van een onweerlegbare wetenschap.

Al kan ik de theoretische mogelijkheid daarvan niet ontkennen, de praktische verwerkelijking ervan op grond van een allesomspannende theorie lijkt mij zeer, zeer ver weg.

– 5 –

Hebben wij het over bevoegdheid – hetzij als vaststelling van het terrein waarop iemand zich mag bewegen hetzij ter bepaling van wat hij op dat terrein mag doen en met welke middelen – dan impliceert dat meestal iemand buiten de betrokkene, die de grenzen der bevoegdheid vaststelt, in een concreet geval constateert dat deze overschreden zijn om vervolgens de situatie terug te brengen binnen de grenzen hetzij rechtstreeks hetzij door onaangename gevolgen aan de overschrijding te verbinden. Dat is eigenlijk wat er gebeurt als wij, gewone burgers, in een rechtsgeding betrokken worden. De rechter stelt vast, dat we niet de bevoegdheid hadden de betaling te weigeren, veroordeelt ons tot betaling en geeft daarmee aan de executie-organen de mogelijkheid de grensoverschrijding in haar gevolgen ongedaan te maken. Of wij worden met straf bedreigd als wij iets van een ander wegnemen wat ons niet toebehoort, welke strafbedreiging wanneer we toch doorzetten, tot een strafveroordeling en strafvoltrekking leidt, die zelfs dan – ik weet dat het een ouderwetse opvatting is – de lust tot grensoverschrijdingen weerstreven als het ontvreemde niet wordt achterhaald of bij wege van schadevergoeding in geld wordt teruggegeven.

De rechter echter stelt in een concreet geval zijn bevoegdheid zelf vast, niet omdat van elders geen bevoegdheidsgrenzen zijn aangegeven, maar omdat geen derde een controle- en strafbevoegdheid heeft. In laatste instantie is dat een gevolg van de op-

bouw van onze staatsorganisatie naar gescheiden machten. Wat er aan die machtenscheiding allemaal fictief en vals geworden zij in de moderne ontwikkeling van de staat, juist de op zich genomen machteloze rechterlijke macht had en heeft haar nodig, om als institutie een macht te kunnen vormen. De grondwettelijk gewaarborgde onafzetbaarheid van de rechter is er de laatste sluitsteen van. Welk terrein de rechter zich ook toeëigent en wat hij op dat terrein ook allemaal uithaalt met welke middelen dan ook, hoezeer het ook tegen de regels die zijn bevoegdheid vaststellen ingaat, niemand kan hem als macht zijn terrein afnemen, niemand kan hem verbieden te doen wat hij doet met de middelen die hem believen. Iets heel anders is natuurlijk, dat *rechters* – de Hoge Raad met name – tegen eenlingen, die verkeerd gaan kunnen optreden, hen uit hun ambt kunnen ontslaan of ontzetten.

Niemand kan iets tegen machtsoverschrijding doen? Het gaat natuurlijk maar zò lang goed, tot de kruik barst. Het barsten van de kruik is echter niet een juridisch geregeld, maar een sociaal losbarstend proces. Op het moment, dat de rechters het vertrouwen van de gemeenschap wezenlijk hebben verspeeld, geldt geen enkele grondwettelijke garantie meer. Hun verwijdering en afzetting zullen *achteraf* door het recht gebillijkt worden.

– 6 –

H. Drion schreef onlangs, dat uit de beslissing van de Hoge Raad van 26 maart 1971 (gepubliceerd in A.B. 1971, 135 en in A.A. 1972, p. 149) bleek, dat de rol van art. 2 R.O. toch *niet geheel* is uitgespeeld (Het rechterlijk bevel of verbod, v. Opstallbundel, p. 61). Het betrof hier nakoming van een verkiezingsafspraak bij de gemeenteraadsverkiezingen te Elsloo. Het opgeworpen geschil behoorde volgens de H.R. niet tot de competentie van de rechterlijke macht. Jeukens bestrijdt dit in zijn noot in Ars Aequi. Er is inzake de wijze van toepassing van 2 R.O. eigenlijk iets heel vreemds aan de hand. Wij kennen uit het Romeinse Recht de sacrale betekenis van bepaalde woorden, bijv. bij de formele contracten. De rechtsgevolgen hangen af van het bezigen van die woorden. Andere woorden met dezelfde betekenis hebben die werking niet. Wat de bevoegdheid volgens 2 R.O. betreft is er een terugkeer waar te nemen naar deze rite, maar dan in andere richting: het gebruiken van het woord onrechtmatige daad is altijd voldoende om de bevoegdheid van de rechter te scheppen. 'De raadslieden van de burgerij weten reeds lang', aldus Prins in zijn noot onder Limmen/Houtkoop N.J. 1974/91, 'dat in een geval van een geschil met de overheid het gebruik van de term 'onrechtmatige daad' als een toverformule de toegang kan openen tot de "burgerlijke rechter". Het moest er toch van komen, dat overheidsinstanties zich op haar beurt eveneens zouden gaan bedienen van het "B.W.-locomotiefje 1401" van Zonderland ... om te trachten nalatige burgers ... te bewegen tot vervulling van hun publieke plicht'.

De meeste lezers zullen uit hun studietijd nog wel enige onaangename herinneringen hebben overgehouden aan de controverse, die zo lang gewoed heeft over de betekenis van art. 2 R.O. en die gemeenlijk wordt aangeduid met de trefwoorden: fundamentum petendi en objectum litis, ofwel de enge en de ruime leer van de civielrechtelijke bevoegdheid. F. Scheltema heeft in 1930 hierover nog eens op de hem eigen glasheldere wijze zijn licht doen schijnen. (WPNR no's 3135-3137). Ik ga er bijna stilzwijgend aan voorbij omdat die strijd is uitgevochten. De ruime opvatting heeft het gewonnen en Scheltema formuleerde haar aldus: de rechter is bevoegd,

wanneer handhaving of bescherming wordt gevraagd van een subjectief burgerlijk recht *ook dan* wanneer ter beslissing van het aldus ontstane geschil objectief publiek recht moet worden aangewend. Uitgangspunt daarbij was, dat 'de vraag naar de werkingssfeer van artikel 2 R.O. zich oplost in deze andere, welke betekenis moet worden gehecht aan het begrip: geschillen over burgerlijke rechten'.

Dat alles is duidelijk uitleg van de wet, hoe moeilijk die duidelijkheid ook was te verkrijgen, omdat zich hier een machtsstrijd op de achtergrond afspeelde, die als voorwerp had de vraag, of de burgerlijke rechter zich ab initio kon gaan bezighouden met het berechten van geschillen tussen administratie en burger in die veel voorkomende gevallen dat zo'n geschil zijn regeling vond in het publiek recht. Weersta in den beginne, is de leidende gedachte geweest van de tegenstanders van rechtersbemoeiing in die zaken. Als de rechter er geen kennis van mag nemen, kan hij ook nooit een onwelgevallige beslissing nemen.

Maar wat men dan ook onder 'geschillen over burgerlijke rechten' moge verstaan in de meest ruime zin des woords, men kan daar in redelijkheid niet onder verstaan: geschillen *waarvan de eisende partij zegt*, dat zij een burgerlijk recht betreffen. Heel scherp is dat gezien door H. Drion in zijn reeds genoemde artikel:

> 'Dit resultaat wordt bereikt door een zeer ruime uitleg van art. 2 R.O. gecombineerd met het beginsel, dat de door de eiser ingestelde vordering, los van wat daartegen kan worden aangevoerd, de bevoegdheid van de rechter bepaalt.'

Dat beginsel zit dus niet in 2 R.O. Het artikel is zonder dat beginsel al zeer ruim uitgelegd. Waar komt het dan vandaan, zal men toch wel mogen vragen. Waarop berust deze vrije rechtsvinding, die in strijd met de wet is?

In strijd met de wet? Laat mij dat aantonen door een korte, wat zure analyse van Limmen/Houtkoop.

Het Hof had de President in kort geding en zich zelf als beroepsinstantie onbevoegd verklaard kennis te nemen van de vordering van de gemeente om Houtkoop te verbieden, op verbeurte van een dwangsom, art. 352 lid 1 van de Bouwverordening van die gemeente te overtreden.

De Hoge Raad overweegt:

> *dat* het uitgangspunt van dit onderdeel, dat de bevoegdheid van de rechter moet worden beoordeeld naar de aard van de door de aanlegger gestelde rechtsverhouding en niet naar die van de werkelijk bestaande rechtsverhouding juist is,
> *dat* de gemeente had aangevoerd dat Houtkoop, door zich te gedragen in strijd met de in 's Hofs uitspraak genoemde voorschriften, jegens de gemeente onrechtmatig handelt;
> *dat* hieruit volgt dat de gemeente haar vordering tot de verkrijging van het jegens Houtkoop gevraagde verbod deed steunen op een volgens haar uit het bepaalde bij art. 1401 B.W. voor haar voortvloeiend recht, en hiermede de bevoegdheid van de rechter tot de beoordeling van het hem voorgelegde geschil op grond van art. 2 R.O. was gegeven.

Nu kan men er m.i. een aardig debat over op zetten of de aard van de door iemand gestelde rechtsverhouding samenvalt met zijn 'benoeming' van die rechtsverhouding of bepaald wordt door wat de gestelde feiten werkelijk opleveren (in ieder geval geen onrechtmatige daad, zei het Hof volkomen terecht en grondde dáárop zijn beslissing) maar teveel spitsvondigheid wil ik liever vermijden. In ieder geval beslist de Hoge Raad, ná de bevoegdheid van de rechterlijke macht te hebben geproclameerd, dat dreiging van schending van het algemeen belang, dat het voorschrift van 352 lid 1

der Bouwverordening nastreeft, niet betekent dat voor de gemeente de dreiging van een *onrechtmatige daad* nabij is:

> dat ... het algemene belang dat voor elk overheidslichaam is betrokken bij de naleving van de door dat lichaam uitgevaardigde wettelijke voorschriften op zichzelf niet behoort tot de belangen welke art. 1401 B.W. beoogt te beschermen.

Dus: de gestelde feiten leveren niet op, dat een onrechtmatige daad dreigt en het overtreden van de bouwverordening door Houtkoop is jegens de gemeente niet daarom reeds een onrechtmatige daad, omdat die overtreding een openbaar belang van de gemeente aantast. Een onrechtmatige daad levert voor degene die zich daarmede geconfronteerd ziet, een actie tot schadevergoeding op die als een burgerlijk recht kan worden aangemerkt. Die wat gewrongen constructie, waarop Kranenburg in 1925 al aanmerkingen maakte, moet de burgerlijke rechter steeds bevoegd maken als er een onrechtmatige daad *in het spel* is. Ik kan nu de draden van het weefsel gaan ontwarren:

> *Maior:*
> Art. 2 R.O.: Kennisneming en beslissing van een geschil over een burgerlijk recht behoort tot de bevoegdheid van de rechterlijke macht;
>
> *Minor:*
> Dit geschil is niet een geschil over een onrechtmatige daad, en (dus) ook geen geschil over een burgerlijk recht.
>
> *Conclusie:*
> Dus is de rechterlijke macht bevoegd.

Wie zou deze elementaire zonde tegen het syllogistisch redeneren, dat toch altijd nog, ook volgens de meest vrije rechtsvinders, aan het einde van het proces der rechtsvinding staat, voor zijn rekening willen nemen?

Toch gebeurt hier niets anders, tenzij we eerst een ander syllogisme uitwerken:

> *Maior:*
> Er is een burgerlijk recht *als iemand zegt dat het er is:*
>
> *Minor:*
> Iemand zegt, dat er een onrechtmatige daad is, en een onrechtmatige daad is een burgerlijk recht.
>
> *Conclusie:*
> Er is hier sprake van een burgerlijk recht.

Is er reden ons hierover op te winden? Zoals zo vaak in het recht, helaas niet. Wat hier gebeurt is meestal heel onschuldig:

Eerst wordt vastgesteld, dat de rechter bevoegd is, omdat de eiser het sacrale woord: onrechtmatige daad in de mond neemt en uit de pen laat vloeien.

Vervolgens wordt vastgesteld, dat de gestelde feiten geen onrechtmatige daad kunnen opleveren, en dus geen burgerlijk recht, zodat de vordering moet worden afgewezen.

Mijn bezwaar richt zich allereerst tegen de onzinnige constructie, die hier aanvaard wordt: een gemeente zegt, dat haar burgerlijk recht in het geding is, omdat een

van haar bouwverordeningen dreigt te worden overtreden. Die constructie wordt ernstig genomen. Vervolgens vind ik het bezwaarlijk, dat hier in strijd met de wet een bevoegdheid wordt aangenomen, zonder dat het ergens voor nodig is met de wet in strijd te komen. Ook Drion zegt: 'Praktisch belang heeft de keuze tussen de ene of de andere weg ... eigenlijk niet'.

Ten derde zou ik willen wijzen op het feit, dat er een beginsel uit de hemel is komen vallen, zonder dat iemand het eigenlijk ooit heeft zien komen vallen. Men heeft de strijd over de enge of ruime uitleg zo fel gestreden, dat niemand goed begreep, dat de einduitslag opgesierd was met een beginsel, dat *niets* met die strijd te maken had, maar dat bewerkte, dat de rechterlijke macht steeds bevoegd was, tenzij de advocaat, al te onervaren, de sacrale term: onrechtmatige daad niet bezigde. Jeukens' bezwaar tegen de onbevoegdverklaring in het geval Elsloo gaat in die zienswijze dan ook niet op. Jeukens betoogt, dat wat de gedaagden in die procedure deden: het naast zich neerleggen van de verkiezingsafspraak, niet alleen *kan* worden gekwalificeerd, zoals de eiser deed als wanprestatie ten aanzien van een overeenkomst, maar ook als onrechtmatige daad en dat de rechter in dit geval, nu het ging over zijn bevoegdheid, toch zeker de rechtsgronden ex art. 48 Rv., had moeten aanvullen. Maar als het er op aankomt wat de eiser heeft *gezegd*, dat hij vordert en niet over wat hij werkelijk vordert, gaat die redenering natuurlijk niet op. Daarom sprak ik over sacrale terminologie. Maar ik zou nog wel wat verder willen gaan dan Jeukens. Als het beroep op een onrechtmatige daad is het beroep op een burgerlijk recht, waarom dan niet hetzelfde aan te nemen ten aanzien van het beroep op wanprestatie bij de uitvoering van een overeenkomst?[1]

1. Jeukens geeft de regel, die in de rechtspraak als maior dienst doet om haar bijna steeds bevoegd te maken, nog een geweldige uitbreiding, zodat ze iets spookachtigs, iets absurds krijgt. Misschien was dat ook wel zijn bedoeling.
De regel luidt immers aldus:
de bevoegdheid van de rechter moet beoordeeld worden naar de aard van de door de aanlegger gestelde rechtsverhouding, niet naar de werkelijk bestaande rechtsverhouding.
Jeukens' uitbreiding bestaat hierin:
Om voor zich zelf bevoegdheid te scheppen moet de rechter de aard van de gestelde (maar niet werkelijk bestaande) rechtsverhouding aan een serieus onderzoek onderwerpen maar daarbij alléén nagaan of die niet bestaande rechtsverhouding ook niet anders geconstrueerd en benoemd kan worden dan de aanlegger deed. Hij moet de rechtsgronden van een fictieve rechtsverhouding aanvullen. Eiser heeft gesteld, dat er een overeenkomst is gesloten, dat de wederpartij door die overeenkomst niet na te komen wanprestatie heeft gepleegd en dat die wanprestatie hem recht geeft bij de rechter nakoming te vorderen van de overeenkomst. Dat is natuurlijk allemaal niet waar, want als het wel waar was dan had de vordering gewoon moeten worden toegewezen. Toch zou nu de rechter die onware constellatie als uitgangspunt moeten nemen om tot de conclusie te kunnen komen: maar die wanprestatie (die er rechtens niet is – dit laatste denkt hij alleen) is net zo goed een onrechtmatige daad (die er rechtens niet is – maar enz.). Omdat eiser dus net zo goed (precies even ten onrechte) van onrechtmatige daad als van wanprestatie had kunnen spreken moet ik middels art. 48 Rv. mij bevoegd verklaren.
De regel van Jeukens, die bijna niet meer helder onder woorden te brengen is, luidt nu aldus:
de bevoegdheid van de rechter moet worden beoordeeld naar de aard van de door de aanlegger gestelde rechtsverhouding, niet naar de werkelijk bestaande rechtsverhouding, terwijl de aard van de gestelde rechtsverhouding niet moet worden bepaald naar de door de aanlegger daaraan gegeven kwalificatie, maar naar de kwalificatie die daaraan gegeven moet of kan worden met behulp van art. 48 Rv.
Verburgh, A.A. 1974, no. 2, p. 91) stelt zonder omwegen:
'Zelfs het gebruik van het enkele woord onrechtmatig zonder toevoeging van burgerrechtelijk of "in de zin van art. 1401 B.W.", werkt bevoegdheid scheppend.'
Auteur A die in een boek een bepaalde mening verkondigd heeft over de leefgewoonten op Mars, of een theorie heeft verkondigd over de werking van onverzadigde vetzuren na alcoholgebruik, →

Mijn *vierde* bezwaar is wat fundamenteler. Iedereen, die daartoe in staat is heeft waarschijnlijk de neiging de grenzen van zijn bevoegdheid zo wijd mogelijk uit te zetten, tenzij de daarmee corresponderende verplichtingen evenredig of bovenmatig toenemen. Ik heb reeds betoogd, dat de rechterlijke macht geen *juridische* controle ondervindt bij het uitbreiden van haar bevoegdheid. Ik ben er echter niet zeker van, dat er in de toekomst geen behoefte zal zijn om de eigen bevoegdheid – wegens de daarmee corresponderende verplichtingen – aan banden te leggen op andere gronden dan de zuiver formele en sacrale, dat de eisende partij zijn vordering niet heeft gekwalificeerd als te berusten op onrechtmatige daad. Eerst zeggen: ik kan erover oordelen (op formele en sacrale gronden) en dan eigenlijk toch geen oordeel geven, dat zou psychologisch toch wel eens bijzonder moeilijk kunnen vallen. Civiele rechters zouden er in de toekomst – in onze gepolariseerde tijd – wel eens bijzondere behoefte aan kunnen hebben, de èchte grenzen van hun bevoegdheid vast te stellen. Ter adstructie daarvan volge een korte uitweiding (als dat geen contradictie is) over 'the political question' bekend in het recht van de Verenigde Staten van Amerika en een beschouwing over de taak van de Nederlandse rechter in 'politieke' zaken, naar aanleiding van daarover o.m. door Ter Heide gemaakte opmerkingen.

– 7 –

Als de Amerikaanse (federale) rechter een geschil tot een 'political question' verklaart, geschiedt dat, *nadat* hij zijn jurisdictie heeft aanvaard. De uitspraak betekent echter dat de zaak desniettegenstaande 'nonjusticiable' is, zich niet leent voor een rechterlijke uitspraak gegrond op rechterlijke overwegingen.

> 'When a court finds that the subject matter of a case is inappropiate for judicial consideration, *Baker* now establishes that it is nonjusticiable and the court declines to exercise *admitted* jurisdiction.' (Warren Burger in Powell v. Cormack, D.C. Cir. 1968)

De doctrine van de 'political-question' heeft, met name na de uitspraak van het Supreme Court in Baker v. Carr van 1962 (waarop hierboven wordt gedoeld) een stortvloed van literatuur en van rechterlijke beslissingen losgeslagen. Van die stortvloed heb ik maar een paar druppeltjes kunnen opvangen, maar ik meen die van mij af te mogen schudden, omdat in Nederland, anders natuurlijk dan in Duitsland, waar men

→ wordt door auteur B in diens boek faliekant tegengesproken. A stapt daarop 'natuurlijk' naar de civiele rechter en vraagt stellende dat B door tegengestelde opvattingen te verkondigen, onrechtmatig jegens hem handelt veroordeling van B tot erkenning van de juistheid van A's standpunt en verwerping van diens eigen standpunt. De rechter zal nu moeten overwegen, dat hieruit volgt, dat A zijn vordering tot verkrijging van die veroordeling deed steunen op een volgens hem uit het bepaalde bij art. 1401 B.W. voor hem voortvloeiend recht en dat hiermede de bevoegdheid van de rechter gegeven is.
Maar als de rechter straks de vordering afwijst zal de enige echte en meest fundamentele reden deze zijn, dat het conflict tussen partijen niet alleen niet een burgerlijk recht betreft, maar zelfs in het geheel niet van juridische aard is. Intussen heeft de rechter zich voordien wel bevoegd verklaard kennis te nemen van en te beslissen over een conflict van niet juridische aard, over een wetenschappelijke controverse.
Moet de wijsheid hier komen van de andere kant, die er niet aan zal denken de rechter te hulp te roepen bij een conflict over zulke materies?

zich druk met de zaak heeft beziggehouden, in het geheel geen nattigheid is waargenomen.[2]

De meest simpele en dus meest aantrekkelijke verklaring van wat een 'political-question' is, vinden wij bij Finkelstein: de rechter moet zich verre houden van 'prickly issues', van geschillen, die de 'hypersensitive nerve of public opinion' aanraken, kortom, in een formulering van een medestander van Finkelstein van zaken die 'politically hot' zijn.

De opvatting van Ter Heide, neergelegd in zijn inaugurale rede: de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht (1970, pp. 35 en 36) sluit hier vrij nauw bij aan:

> 'Machtspolitieke en sociaal-politieke problemen worden met een juridisch machtswoord niet opgelost. Dit geldt evenzeer voor vragen van puur levensbeschouwelijke of ideologische aard. Art. 2 R.O. sluit ze van de kennisneming van de rechter uitdrukkelijk uit, maar ze dreigen, verpakt in juridisch zilverpapier, toch als giftige bonbons in de mond van de rechter terecht te komen ... De in het ongelijk gestelde partij beseft dat de rechter de grens van zijn bevoegdheid te buiten gaat, wanneer hij voor een ideologie of een machtsverhouding kiest ... En als deze bonbons toch aan de rechter worden voorgelegd, zou hij recht moeten weigeren.'

Ik stip slechts even aan, dat er geen sprake is van rechtsweigering, als de rechter geen uitspraak doet in een conflict, omdat hij onbevoegd is daarvan kennis te nemen. Rechtsweigering kan slechts voorkomen als men recht *moet* spreken. Wel een uitspraak doen over een conflict als dit niet mag, is *machts*misbruik want overschrijding van rechtsmacht.

Van Gerven (Het Beleid van de Rechter, 1973, p. 149 v.), daarin bijgevallen door Bloembergen (noot onder het Fluorideringsarrest N.J. 1973, no. 386) heeft zich tegen deze opvatting verzet. Hij geeft de bestreden opvatting als volgt weer: 'de rechter moet weigeren recht te doen wanneer blijkt, dat in de samenleving t.a.v. de voorgelegde twistvraag tegengestelde opvattingen naast elkaar bestaan' om te vervolgen: 'vermits ik elke rechterlijke beslissing zie als een oordeel betreffende een waardenconflict, waaromtrent tenminste latente, dikwijls ook actuele meningsverschillen bestaan, zou het ontkennen van beslissingsbevoegdheid aan de rechter neerkomen op een negatie van de rechtsprekende functie in haar geheel.' Volgens Van Gerven moet de rechter bij het oplossen van het belangen- en waardenconflict, naar de grootst mogelijke consensus zoeken. De grootst mogelijke consensus is natuurlijk unanimiteit. 'Is er geen consensus', zo vervolgt Van Gerven, 'dan mag hij naar mijn gevoelen

2. Zo'n uitspraak getuigt van hubris. Heb ik soms de hele civielrechtelijke en staatsrechtelijke literatuur op dit stuk bestudeerd? Kort na het neerschrijven van deze regels moest ik constateren, dat in ieder geval Jeukens de 'political-question' terdege ter sprake heeft gebracht in zijn: Recht en Politiek, enige aantekeningen bij een advies van de Hoge Raad. (1971). Ik ga graag akkoord met zijn vaststelling 'dat de afgrenzing van de rechterlijke bevoegdheid tegenover de politiek plaatsvindt, zowel in het stelsel, dat de rechter zich bevoegd acht de wet aan de Grondwet te toetsen als in het stelsel waarin dat niet het geval is' (p.11). Ook dat dit alles in laatste instantie is terug te voeren op de scheiding van machten, onderschrijf ik. Maar het begrip 'politiek' moet wel bijzonder voorzichtig worden gehanteerd. Dat de rechter geen politieke overwegingen aan zijn beslissing ten grondslag zou kunnen of moeten leggen volgt in het geheel niet uit de doctrine van de political question. Esser maar weer eens een keer: 'Die Tatsache, dasz alle Interpretation mit politischer Entscheiding verbunden ist, bedeutet nicht, dasz politische Entscheidungen ihrerseits mit Mitteln der Rechtssprechung getroffen werden können. Wird die Justiz dazu gezwungen, ihre Formeln der Richtigkeitsevidenz in Gebieten und Konflikten zu benutzen, in denen solche Richtigkeit judiziell überhaupt nicht beurteilt werden kann, so wird ihre Vertrauenswürdigkeit untergraben' (Vorverständnis, p. 197).

genoegen nemen met een *meerderheidsopvatting*'. Maar dat is nog niet de gehele waarheid: 'ik meen nl., dat de rechter soms, bij het beslechten van een waardenconflict, een prioriteit mag aannemen die hic et nunc niet door de samenleving wordt goedgekeurd'. De reden? Wij kennen haar allen als eeuwige horzel van de democratie: de meerderheid kan het spoor bijster zijn.

Sterker voorbeeld van Ueberforderung van de rechter is moeilijk denkbaar. Luhmann zou van dit 'model' terecht mogen opmerken, dat het het functioneren van rechtspraak onmogelijk maakt:

a. Alle rechtspraak is uitspraak over een waarden-conflict.
b. Ieder waarde-oordeel is minstens latent, meestal openlijk een omstreden zaak.
c. Dus moet de rechter opsporen, zo er geen consensus is (en dat moet zeldzaam zijn) welke oplossing de meerderheid heeft.
d. Vervolgens moet hij kiezen tussen het meerderheids- en minderheidsoordeel. Criterium daarbij is: heeft de meerderheid wel gelijk, is zij niet op het verkeerde spoor.

Wat onze parlementaire democratie reeds zo gebrekkig doet, ondanks haar inrichting daartoe: het opsporen van de echte meerderheid omtrent gewenste rechtsregelingen, dat zou de rechter, zonder enig organisatorisch apparaat bij *iedere* beslissing moeten doen.

Mijn antwoorden aan Van Gerven zouden zijn:

ad a.

Het grootste deel van de rechtspraak is niet het uitspraak doen over een waarde-oordeel, maar vaststelling welke der omstreden feiten, waarop een waarde-oordeel berust, als juist mogen (moeten) worden aangenomen. Van Bloembergen heb ik, dit schrijvende, wel geen tegenspraak te verwachten, tenzij hij inmiddels is teruggekomen op zijn beschouwing in Ars Aequi van febr.-maart 1967: het belang van de rechter als persoon. In strafzaken gaat het er meestal niet om of het opzettelijk doden van een ander geoorloofd is, maar of de verdachte de ander gedood heeft. Dat wordt pas anders als de euthanasie in het geding komt. Niet of ik voorrang moet geven staat centraal in een rechtszaak maar of ik het al dan niet gedaan heb.

ad b.

Vele waarde-oordelen in een rechtsgemeenschap liggen vast, waarmee ik bedoel, dat ze uitgangspunt zijn van beide partijen. Er worden geen procedures gevoerd waarin het verweer is dat de koper de bedongen koopsom niet behoeft te betalen, dat de huurder géén recht heeft om het gehuurde huis te bewonen enz.

ad c.

De rechter kan zich bij het opsporen van een meerderheid op niets verlaten dan op het feit, dat een bepaald waarde-oordeel in een wet is vastgelegd, wat normaliter meebrengt, dat de volksvertegenwoordiging zich op de wijze, die haar eigen is, over het bestaan van een meerderheid heeft uitgesproken. Hier ben ik echter iets te absoluut in mijn uitspraak: De rechter zou onder omstandigheden *via een redenering* tot de uitspraak kunnen komen: dit moet wel de mening van de meerderheid zijn. Want dit is, *gegeven onze rechtsorde, gegeven ook de evidentie van het geval zelf vanzelf-*

sprekend het oordeel dat ieder, dat de overgrote meerderheid zal onderschrijven. M.i. is dat de basis, waarop in een democratie vrije rechtsvinding kan berusten. En het is niet een empirische basis, dus is zij in een democratie altijd een beetje 'heikel'.

ad d.

Ik ontken allerminst, dat de meerderheid het spoor bijster kan zijn geraakt. Maar ik zie niet op welke andere gronden, dan die van het eigen inzicht dat desnoods geheel alleen staat, de rechter daaraan conclusies kan verbinden voor zijn rechtspraak. Als Van Gerven dan ook het niet volgen van het meerderheidsoordeel een dubbel fundament geeft: soms heeft niet de meerderheid, maar de minderheid gelijk *en*: de rechter behoudt het recht minderheidsopvattingen, die hij meer gewenst acht, te bevorderen dan vallen deze volgens mij samen en kunnen zij de rechter ertoe brengen het eigen afwijkend oordeel tot recht uit te roepen tegen de wet (als uiting van het meerderheidsoordeel) in. Doet hij *dat*, dan heeft hij echter de basis van de legaliteit verlaten. Als staatsambtenaar heeft hij gefaald, omdat zijn geweten hem verbiedt de ordening die deze staat voorstaat te onderschrijven. 'Der Konflikt zwischen dem richterlichen Rechtsgefühl und dem geltenden Gesetz stellt den Richter, wenn er sich verfassungstreu verhalten will, vor die Wahl entweder das von ihm missbilligte Gesetz anzuwenden oder den Dienst zu quittieren' schrijft Rüthers in Die unbegrenzte Auslegung, p. 433.

Dat is naar mijn gevoel *niet helemaal* waar. De uitspraak in strijd met de wet kan in de rechtsordening bezinning teweeg roepen. De 'Missbilligung' kan aanvaard worden door de 'staat', die zijn wet verandert of zijn wet uitdrukkelijk verloochent. Daarvan zal echter slechts sprake kunnen zijn in het geval van een wet die dóór de uitspraak als een flagrante misgreep wordt onderkend. En zeer onwaarschijnlijk is dat zulk een onderkenning meer dan zeer incidenteel zal voorkomen. Is de rechtsordening naar het oordeel van de rechter doordrenkt van zulke onrechtvaardige wetten, dan leeft hij in een rechtsgemeenschap, waartegen hij rebelleert. Rechtspreken en revolutiemaken gaan niet samen, heeft Langemeijer ooit gezegd.

– 8 –

Uit het voorgaande volgt middellijk, dat ik het ook met Ter Heide *niet geheel* eens kan zijn. De in een maatschappij – niet enkel bij het juristenvolk – omstreden zaken zijn reeds *daardoor* machtspolitieke zaken. Hun regeling kan gewijzigd worden in een democratie langs de weg, die de grondwet daartoe aangeeft. Ik ga er hierbij van uit, *dat zij reeds geregeld zijn*. Welnu die regeling zal ook het resultaat zijn geweest van machtspolitieke conflicten, die eigenlijk nooit opgelost zijn. Want een wet kan worden aangenomen met de kleinst mogelijke meerderheid en het gebeurt maar zelden dat belangrijke wetten met algehele unanimiteit worden tot stand gebracht en dan nog is die unanimiteit (in de kamers der volksvertegenwoordiging) vaak een zaak van fractiediscipline, niet de uiting, de weergave van een unanimiteit in de bevolking. Een groot aantal van die waardeconflicten zijn op den duur afgezwakt of zelfs uitgewist. De leerplichtwet is in ons land in de Tweede Kamer in de stemverhouding 50-49 aanvaard (het honderdste kamerlid was verhinderd omdat hij van zijn paard was gevallen). Op twee na – Schaepman en Kolkman – stemden alle katholieken tegen en Schaepman en Kolkman werden voor verraders van de katholieke zaak uitgekreten. Ik denk niet dat nu een katholiek kamerlid voor afschaffing van die wet

zou stemmen. Soms gaat het andersom: wetten die met groot enthousiasme zijn aanvaard, worden op den duur minder evident, raken omstreden. Als iedereen dat merkt, zullen rechters het – op den duur – ook wel merken. Er zijn mogelijkheden om die wetten te veranderen en dat gebeurt ook als de weerstand maar groot genoeg is en die weerstand zal zich natuurlijk vooral richten op zaken die diep ingrijpen in het menselijk bestaan, dat zijn zaken van sociaal-politieke en van levensbeschouwelijke aard. Het worden giftige bonbons, prickly issues, of hoe men het noemen wil.

Ik zou nu echter menen, dat de rechter in zulke gevallen niet recht *kan* doen op de basis van Van Gerven's opvatting: het opsporen van het actuele meerderheidsoordeel, en niet *mag* doen, als orgaan van de staat en haar rechtsordening, wat Ter Heide voorstelt: zich van een beslissing onthouden. Hij moet in het conflict een uitspraak doen normaliter overeenkomstig de normen van het geldende recht, vanzelfsprekend met alle mogelijkheden die dat recht hem geeft. In uitzonderingsgevallen – krachtens een gewetensbeslissing, niet krachtens een vermeend meerderheidsoordeel, – tègen de wet, onder uitdrukkelijke vaststelling dat zijn uitspraak in strijd met de wet is, omdat hij de wet onrechtvaardig oordeelt. Het hangt ervan af hoe die schok wordt opgevangen door de rechtsgemeenschap of hij daarmee ook recht heeft gedaan in positief-rechtelijke zin. Zijn geweten kan hem moreel vrijspreken, de gemeenschap zal hem juridisch gelijk moeten geven. En die uitspraken behoeven niet samen te vallen.

– 9 –

Het – in ernstige mate – omstreden zijn van een zaak, een waarde-oordeel maakt haar naar mijn overtuiging dus niet tot nonjusticiable, niet tot een 'political question'. Ook de Amerikaanse doctrine op dit stuk wijst deze eenvoudige oplossing van de hand.

Wanneer is er dan wel sprake van een political question? Duitse rechtsgeleerden hebben het getracht op te sporen (Scharpf en Schäfer). Het is typisch voor de angelsaksische denkwijze, dat de Amerikaanse rechtspraak met het begrip werkt, zonder er een omschrijving voor te hebben. In plaats daarvan worden een aantal situaties opgesomd, bij afwezigheid waarvan men op de political question attent moet zijn. Die situaties behoeven niet allemaal samen op te treden, er wordt ook niet gezegd dat één van die situaties voldoende of onvoldoende is, dat er minstens drie moeten zijn of wat dan ook. Zijn zij geen van alle aanwezig dan hebben wij niet met een political question te maken, in de andere gevallen bestaat de mogelijkheid in toenemende mate. Die situaties worden opgesomd door Mr. Justice Brennan in de Bakerzaak. Ik geef ze in eigen woorden weer.

a. het probleem dient volgens de woordelijke tekst van de grondwet zijn regeling en oplossing te vinden bij een ander staatsorgaan;
b. er ontbreken richtlijnen voor de oplossing, die *voor de rechter* opspoorbaar en hanteerbaar zijn;
c. er moet eerst een politiek besluit van duidelijk niet juridische aard worden genomen, alvorens het geschil kan worden opgelost;
d. de in onafhankelijkheid getroffen beslissing van de rechter brengt noodzakelijk een gebrek aan respect voor een der andere staatsmachten tot uiting;
e. het is noodzakelijk een eerder genomen politieke beslissing kritiekloos te beamen;

f. het nemen van een beslissing brengt mee de mogelijkheid van uiteenlopende decisies van meerdere staatsorganen.

Het opvallende van deze situaties is dat zij in elkaar overvloeien en toch telkens een ander aspect belichten. De meeste nadruk leggen de beschouwers op *a.* en *b.* Naar ons recht nu moeten conflicten opgelost worden volgens regels door het recht gesteld, vaak dus door de wet. Wanneer zullen nu deze regels als voor de rechtspraak hanteerbare en opspoorbare richtlijnen ontbreken? Erg simpel – maar ook onvolledig gezegd: als er geen wettelijke regelingen zijn. De regels kunnen natuurlijk van elders komen: beginselen van recht, gewoonterecht, regels van redelijkheid en billijkheid. Maar wanneer werken de beginselen van recht en al die andere garanties voor buitenwettelijke rechtsvorming niet meer? Wanneer zij in discussie worden gesteld, wanneer er andere beginselen tegenover worden gesteld. Én als die confrontatie deel is van het maatschappelijke en politieke denken in de samenleving. Met andere woorden: wanneer zaken die de gemeenschap duidelijk beroeren en verdeeld houden tot een conflict leiden, waarvoor de regels van oplossing in het positieve recht moeten worden gezocht (volgens de grondwet), terwijl die regels er niet zijn, en terwijl de normale noodoplossing in die gevallen: het terugvallen op buitenwettelijk recht, zuiverder op richtlijnen van buiten het positieve recht, niet mogelijk is, omdat die richtlijnen in twee verschillende richtingen wijzen, welke richtingen met kracht en nadruk worden aangehangen door aanmerkelijke groepen in de samenleving. De beschouwingen van mensen als Wieacker, Esser en andere gaan er van uit alsof er maar één soort redelijkheid, één rationele oplossing voor sociale problemen is, terwijl de werkelijkheid ons nu juist leert over een hopeloze verdeeldheid omtrent die redelijkheid. Waar zouden rechters nu het 'recht' vandaan halen één soort redelijkheid, terwijl de strijd volop aan de gang is, voor de echte te verklaren (en hoe zouden zij in staat zijn uit te maken welke opvatting de meerderheid heeft)?

Naar mijn mening ligt hier het terrein van de in aanleg wèl juridische conflicten die (nog) niet justiciabel, juridiseerbaar, zijn.

Is dat terrein groot?

Laat mij eerst vaststellen, wat buiten dat terrein valt.

Dat zijn allereerst de conflicten in zaken die wel maatschappelijk omstreden zijn, maar die een wettelijke regeling hebben gevonden. A political case is geen political question. Volgens mij moet een rechter in een euthanasie-strafzaak een uitspraak doen over het conflict zelf, al is de materie nog zo omstreden. In het algemeen zal hij, maar dat is een andere zaak, niet tot ontslag van rechtsvervolging kunnen komen omdat het feit naar veler inzicht, niet strafbaar zou zijn, óók niet als hij dat inzicht deelt. Maar – ik heb het al gezegd – ik kan mij voorstellen, dat zijn geweten hem nóópt tot zo'n uitspraak te komen. Maar laat mij vlug doorgaan, want ik ben hier op het terrein van het strafrecht.

Dat is niet zo toevallig overigens, omdat daar de bemoeienis van het recht en de rechtspraak met ideologische en wereldbeschouwelijke zaken het meest indringend is en omdat daar machtspolitieke en sociaalpolitieke en levensbeschouwelijke vragen zich vaak op de voorgrond dringen in een tijd waarin verandering van waarde-oordelen aan de orde van de dag is. Daarom ook is het tweede terrein, waarop de political question voor de rechter in het privaatrecht géén rol speelt zo belangrijk. Ik bedoel de conflicten, ten aanzien waarvan men zich een oplossing naar uiteenlopende waarde-oordelen zeer goed kan voorstellen, conflicten voor de oplossing waarvan ook

geen onomstotelijke richtlijnen aanwezig zijn, maar ten aanzien waarvan *geen maatschappelijke verdeeldheid of zelfs opschudding* bestaat. Het zijn de conflicten die alleen de juristen als groep zij het soms met grote hevigheid bezig houden, maar die niet verder in de openbaarheid doordringen. Het zijn geen political *cases* en het kunnen daarom geen political questions worden, zolang de bestaande situatie blijft voortduren. Deze zaken zijn wel justiciabel, maar zij hebben toch wel een bijzonder aspect: de richtlijnen voor de oplossing zijn namelijk niet duidelijk en er moet toch – dat is het wezen van de rechtspraak – een duidelijke oplossing aangeboden worden. Uit die impasse is maar een oplossing: de uitspraak en de gronden waarop zij berust heeft duidelijk het kenmerk van het voorlopige als men naar het *regel*aspect daarvan voor toekomstige gevallen kijkt. Als we zien dat er tegenwoordig zelfs 'experimentele wetgeving' is, die geldt, terwijl ze op haar bruikbaarheid beproefd wordt, dan moet het toch zonneklaar zijn, dat dit voorlopige in nog veel sterkere mate een vereiste is van rechtspraakregels omtrent zaken die op verschillende wijzen kunnen worden opgelost, al naar gelang de waarde, die men laat prevaleren en waarvoor klare beslissingsregelen ontbreken. Het zal wat eentonig voorkomen, als ik vaststel dat alweer Paul Scholten vele tientallen jaren geleden het begrip: 'voorlopige wetsuitlegging' invoerde. Dat was al in 1914 en het hield in *niet* dat de rechter bij uitleg van de wet later zou kunnen 'omgaan', dat was ook toen geen nieuws, maar dat déze uitleg van de wet in dìt conflict gegeven wordt in het bewustzijn, dat de regel die aldus gevonden wordt nog in discussie staat. (WPNR no. 2030).

Esser heeft deze gedachte, hoogst waarschijnlijk onafhankelijk van Scholten, want in het recht geldt dat Neerlandica non leguntur, in zijn Grundsatz und Norm ook gehanteerd. Ik doe er wellicht het beste aan Langemeijer te citeren ter verduidelijking daarvan, want zelf zou ik veel meer plaats nodig hebben voor zo'n uitleg:

> 'Esser's bedoeling op dit punt zie ik aldus. Komt de rechter voor een geval te staan, waarin de duidelijke strekking van de wet, eventueel verduidelijkt en aangevuld door beginselen, die in voorafgaande rechtspraak en literatuur tot vastheid zijn gekomen, slechts een onbevredigende oplossing zou kunnen geven, dan zal hij zich hebben af te vragen wat de oplossing is, waarom de "Levensordnung" die in het geding is vraagt. Tevens echter, als gezegd, zal hij zich de vraag moeten stellen, of die oplossing een als rechtsregel bruikbare regel kan vormen. De aldus gevonden beslissing echter ... is daarmee nog niet "recht" op dezelfde wijze als de onbetwiste inhoud van de wet of tot algemene erkenning gekomen beginselen van buitenwettelijke oorsprong dat zijn. ... Maar ... de (ze) ... uitspraak schept nog geen recht, zij is als het ware slechts een experiment tot het scheppen van een voor een bepaald probleem passende rechtsregel. Een regel, die in gelijke mate als wet en algemeen erkende rechtspraak of theorie de rechter bindt, wordt zij eerst na veelvuldige, overtuigde herhaling, waarbij alle kans bestaat, dat zij nog allerlei wijziging zal ondergaan ...' (Nieuwe Duitse theorieën over rechterlijke rechtsvinding, 1966 p. 8, 9).

Mijn verschil met Scholten is dat ik liever van *rechts*uitleg zou willen spreken omdat ik naast de uitleg van de wet die een voorlopig karakter heeft, ook – en dat heb ik hier speciaal op het oog – het vinden van buitenwettelijk recht, *waar de richtlijnen van de wet ontbreken*, langs de weg van voorlopige regels zou willen oplossen, (tenzij maar dat spreekt nu vanzelf, de political-question tussen beide komt).

Van Esser verschil ik hierin; zijn toetssteen: levert de wet slechts een onbevredigende oplossing op, is voor mij zonder meer geen aanleiding om die wetsoplossing overboord te gooien, ook niet voor een voorlopige regeling. Ik kom daar straks nog op terug, omdat het een der hoofdzaken is in de verhouding wetgever-rechter, die mij bezighoudt.

De vraag kan gesteld worden: waarom óók niet in die maatschappelijk-politiek omstreden zaken zonder duidelijke richtlijnen trachten via een dergelijke voorlopige opstelling van regels toch een beslissing te geven. Mijn antwoord is heel duidelijk: dat het hier niet meer over juristenwerk gaat, omdat we de techniek van het oplossen van rechtsproblemen (het begrip techniek ruim genomen) achter ons hebben gelaten en omdat in een political question de verliezende partij geen enkele reden heeft om genoegen te nemen met een voorlopige beslissing die een omstreden beginsel, dat door geen vaste richtlijn wordt aangewezen, tot uitgangspunt en beslissingscriterium neemt. En let wel: in dit soort zaken betekent partij nièt: een der deelnemers aan het proces, maar: een gehele laag van de bevolking, wier belang, wier overtuiging, wier idee van recht op het spel staat, en die voor dat belang, die overtuiging, dat idee aan het vechten is.

– 10 –

Zo groot is het terrein dus niet en men mag daar blij om zijn, omdat het van eminent belang is, dat de rechterlijke macht zoveel mogelijk geschillen kan beslechten. Maar als ik mij aan een invuloefening zou mogen wagen, gebaseerd op de werkelijkheid, dan zou ik hier willen vernoemen: de processen over de rechtmatigheid van het uitlokken door vakbewegingen van stakingen[3] en de problematiek inzake de fluoridering van water. Ik zou zeggen dat deze zaken zó omstreden zijn, dat het zó duidelijk is, dat deze door de wetgever moeten worden geregeld en evenzeer zo duidelijk, dat geen duidelijke eenduidige richtlijnen uit wet of rechtens te hanteren regels kunnen worden opgespoord ter aanwending van de oplossing van het conflict, dat de rechter deze zaken als niet justiciabel en zichzelf tot oplossing daarvan dus onbevoegd zou moeten verklaren. Komt daar dan geen chaos van? Een beetje wel, maar dat is onvermijdelijk en zal temeer de geëigende staatsorganen dwingen tot het treffen van een regeling, waardoor de conflicten wel juridiseerbaar zijn of zelfs kunnen worden vermeden. En zou men menen, dat het tot de rust in een gemeenschap bijdraagt als het een gewoon verschijnsel wordt dat de ene president in een stakingsprocedure in kort geding precies een andere beslissing geeft dan de andere (omdat hij een ander beginsel hanteert) of als een Hof niet enkel de beslissing van de president in kort geding vernietigt, maar dat doet omdat het de beginselen omkeert?

Een enkele opmerking over het fluorideringsarrest (N.J. 1973, no. 386). Als er in die zaak, waarin ook de criteria *d.* en *f.* van Brennan een rol spelen, een beslissing moest komen, had ik mij geen betere kunnen denken, dan die de Hoge Raad gegeven heeft. Maar ik kan mij levendig voorstellen dat anderen daar precies anders over denken. De uitleg van het art. 4 van de Waterleidingwet leidde tot de conclusie dat daaruit niet kon worden afgeleid het recht van de eigenaar van een waterleidingbedrijf om fluor in het water te doen, óók als vast stond (gelijk veronderstellenderwijs werd aangenomen) dat daardoor de deugdelijkheid van het water voor menselijke consumptie niet werd aangetast. Zo'n uitleg is al in hoge mate betwistbaar. Maar daar komt dan nog bij, dat al staat dit artikel dat aan zo'n eigenaar niet toe, daaruit nog

3. Zie O.A.C. Verpaalen, Hart en Nieren van de Nederlandse burgerlijke rechter, 1974 blz. 57: Wanneer men thans de beoordeling van stakingen aan het oordeel van de civiele rechter wil onttrekken, dan is dat wederom niet omdat hij geen goede beslissingen zou (kunnen) geven, doch omdat staking primair niet een probleem van civielrechtelijke aard is, maar van geheel ander karakter.

niet volgt dat het ook verboden is. Beschouwen wij de eigenaar als een publiekrechtelijk lichaam (wegens de vele beperkingen en voorschriften waaraan hij als eigenaar en distributeur van water ter wille van het 'algemeen belang' onderworpen is) dan zou de regel luiden: de overheid mag niet, wat haar niet uitdrukkelijk is toegestaan. Maar dat is geen regel van recht, zoals de Hoge Raad kort daarop ook vaststelde in Vecta/Staat der Nederlanden (N.J. 1994, no. 264).

Leiden wij mèt de Hoge Raad uit art. 4 van de Waterleidingwet een subjectief recht van de burger af op deugdelijk drinkwater, niet door toevoeging van andere stoffen aangetast, volgt dáár dan uit dat zo'n burger ook zo'n subjectief recht heeft op deugdelijk drinkwater zonder fluor als *a.* de fluor de deugdelijkheid van het drinkwater niet aantast *b.* zeer belangrijke gunstige gevolgen heeft voor de psychische gezondheid? En zou dat recht tot een algeheel verbod van fluoridering kunnen leiden, zodat wie toch fluorideert daarom een onrechtmatige daad begaat?

– 11 –

Ik kom hiermee aan het einde van het eerste deel van mijn beschouwing. Zien wij nog even naar art. 2 R.O. Het verklaart de rechter in civilibus bevoegd wanneer het gaat over burgerlijke rechten (het probleem van de schuldvorderingen laat ik nu maar achterwege). Dat is eigenlijk een heel begrijpelijke zaak. Maar wie burgerlijke rechten gelijk stelt aan dingen, die iemand (indirect) zo noemt, die doorbreekt die begrijpelijkheid. Belangrijker echter is dat het begrip burgerlijk recht niet iets statisch, iets vaststaands is. Wij kunnen het trachten te omschrijven door het aan te duiden als een subjectief recht. Maar ook dat is meer mystiek dan harde werkelijkheid. Ik denk dat we van een burgerlijk recht kunnen spreken als – prima facie – zodanige feiten en omstandigheden aanwezig zijn, dat een Nederlands staatsburger of iemand die de Nederlandse rechter te hulp roept een vordering in kan stellen, die in principe toewijsbaar is. Zo gezien loopt de hond achter zijn staart aan: de rechter mag en moet beslissen als er een burgerlijk recht is, er is een burgerlijk recht als hij mag en moet beslissen in het conflict zelf (ik houd mij zoals duidelijk is geworden niet bezig met niet ontvankelijkheid wegens arbitrage clausules e.d.). Maar die vicieuze cirkel is in dit geval niet zo vicieus. Waar ging het om in die hele strijd over fundamentum petendi en objectum litis? Of en in hoeverre de burger vorderingen kon geldend maken tegen overheidsinstanties, vooral wanneer die optraden en schade veroorzaakten ter uitoefening van de hun opgedragen taak of bij gelegenheid daarvan. Dat wil toch niet anders zeggen, dan dat de bevoegdheid afhankelijk werd gesteld van de vraag in hoeverre aan de burger in die gevallen rechtsvorderingen konden worden toegekend, in hoeverre hij – voor mijn part – een subjectief recht had.

Naar mijn mening ligt daar een kardinaal punt. Bij het ontbreken van een burgerlijk recht van de eiser is de rechter niet bevoegd. Hij mist jurisdiction. Dat lijkt mij het geval in de zaak Limmen/Houtkoop. Bij de aanwezigheid van zulk een subjectief of burgerlijk recht, is de rechter bevoegd en moet hij het conflict uitwijzen. Daartussen liggen de zaken waarbij omtrent het al of niet bestaan van het subjectief recht van de één, met de daartegenover liggende corresponderende verplichting van de ander, geen aanwijzingen bestaan. Tastenderwijs kan de rechter hier het subjectief recht opbouwen op grond van beginselen, leerstellingen enz., die voorlopig recht vormen. Want in dat soort gevallen is een ander staatsorgaan tekort geschoten: de wetgever en zijn er ook geen andere eenduidige regels van recht aanwezig. Het belang van de

rechtsontwikkeling eist vorming van het recht, zij het voorlopig, experimenteel recht. Maar waar naast dat alles aanwezig is een maatschappelijke controverse, waarvan de oplossing over het wel en wee van grote groepen in de samenleving beslist, en zo'n controverse rijst alleen maar, waar het recht diep ingrijpt in menselijk belang en menselijke overtuiging, in de condition humaine, daar stuit de rechter op die zo vaak vermeden, zo gevreesde conclusie: Is er een subjectief recht voor groep A, of voor de anders gerichte groep B? Ik weet het niet. Maar daar moet dan aan toegevoegd worden: en ik kàn het ook niet weten. Het conflict leent zich niet voor een oplossing met de middelen die ik heb. Los ik het toch op dan hanteer ik een van twee verboden voorwerpen: de botte hakbijl òf mijn eigen – op mijn omstreden politiek inzicht – gebaseerde keuze. Ik ben onbevoegd.

– 12 –

Meer dan ooit heb ik, mij zettend tot het schrijven van dit tweede deel (omdat de belofte verbindt, zo niet tot resultaat dan tot inspanning) de bemoediging nodig van Radbruch 'Ein guter Jurist würde aufhören ein guter Jurist zu sein, wenn ihm in jedem Augenblick seines Berufslebens zugleich mit der Notwendigkeit nicht auch die tiefe Fragwürdigkeit seines Berufes voll bewusst wäre.' Al het andere uitdrukkelijk buiten beschouwing gelaten, kan ik naar waarheid verklaren, dat ik mij op dit preciese ogenblik van mijn beroepsleven (dat in mijn vakantie valt) diep bewust ben van die Fragwürdigkeit. Met de problemen van de rechtsvinding bezig zijn vond ik niet altijd vervelend, het zal ook niet zo nutteloos zijn als ik sòms denk, alleen echter als die problemen zich voordeden binnen de stroom van het praktisch handelen – bij het 'recht-vinden' zelf – heb ik wel de bekoring gekend mij meer van de noodzaak dan van de 'Fragwürdigkeit' (hoe vertaal je dat toch in het Nederlands?) bewust te zijn.

– 13 –

Ik zal maar erg eenvoudig beginnen om niet te snel verstrikt te geraken in de valstrikken die de hermeneutiek de argeloze jurist spant. Nemen wij de exceptio plurium concumbentium of, wat plastischer: constupratorum, gehandhaafd bij de invoering van boek I B.W. op 1 januari 1970. De vader van een kind, waartoe hij niet in familierechtelijke betrekking staat, is tot alimentatie verplicht, maar de daartoe tegen hem ingestelde vordering wordt afgewezen (art. 394, sub 4*a* B.W.).

> indien hij bewijst, dat de moeder (in de conceptieperiode) ook met een ander gemeenschap heeft gehad, tenzij mocht blijken, dat het kind daaruit niet kan zijn ontvangen.

Men kan met klem van redenen de onredelijkheid, ja onbillijkheid staande houden van een regel, die het kind een uitkering onthoudt, omdat twee (of meer) mannen kans hebben zijn vader te zijn (in het huwelijk is het niet anders). Men kan vanuit een geheel andere visie op dit probleem ook de redelijkheid van de regel verdedigen. Ik zal dat thans niet doen, niet allereerst omdat die redelijkheid mij niet aanspreekt, maar omdat zij bekend en aanvaard is in onze rechtsgemeenschap, kennelijk ook in de jongste tijd nog zonder een principieel debat daarover. In ieder geval ging het Pruisische Landrecht (aanvankelijk) van een ander inzicht omtrent de redelijkheid in

deze situatie uit en gaf het de voogd tegen alle concumbentes tijdens de conceptieperiode een aanspraak ten behoeve van het kind.

Ook het huidige Zwitserse burgerlijk recht aanvaardt de exceptie niet als schuldbevrijdend.

Mijn simpele eerste stelling is nu deze: dat een *uitleg* van art. 394 sub 4*a* in de vorm van redelijke wetstoepassing er niet toe kan leiden, dat aan dat artikel een betekenis wordt gegeven, overeenkomend met de op dit stuk in het Pruisische Landrecht of het Zwitserse burgerlijk recht getroffen regelingen. Ook niet – en daar gaat het mij om – als de Nederlandse rechtspraak samen met een unaniem Nederlands volk de Nederlandse wetsbepaling geheel onredelijk en de twee andere – die ik nu gemakshalve maar als daaraan contrair aanmerk, hoewel dat vanzelfsprekend weer niet helemaal opgaat – als duidelijk redelijk. Bij een omgekeerde redenering zou evenmin de Zwitserse rechter tot een toepassing van zijn wet kunnen komen via uitleg, die overeenkomt met de Nederlandse.[4]

Wat ik daarmee op het oog heb is in twee volzinnen weer te geven:

a. omtrent de redelijkheid van een regeling van een sociaal conflict kunnen diametraal verschillende denkbeelden bestaan (ook binnen *een* rechtsgemeenschap) die tot diametraal verschillende regelingen leiden.
b. de redelijkheid (billijkheid, gewenstheid, rationaliteit) van een bepaalde oplossing van een rechtsconflict moet men scherp onderscheiden van de redelijkheid van een bepaalde wetstoepassing.

Dat zijn dan aanstonds mijn twee hoofdbezwaren tegen de vrije rechtsvinding van het soort, dat aan de toe te passen wet steeds de betekenis geeft, die zij hebben zou bij een redelijke oplossing van het conflict. De wet heeft dan namelijk geen eigen betekenis meer want deze hangt af van en valt samen met die welke een redelijke oplossing eist. Ik citeerde reeds Langemeijer's parafrasering van Esser's zienswijze in Grundsatz und Norm: Geeft de wet hoe ruim ook opgevat, *maar een onbevredigende oplossing* voor het conflict, dan moet een oplossing gevonden worden volgens de (voorlopige) regels die de 'Lebensordnung' vereist. Men zou kunnen menen, dat Esser aldus ook toegeeft, dat hij in deze gevallen niet meer met wetstoepassing door uitleg van de wet bezig is, maar steeds als de wet 'maar een onbevredigende oplossing' oplevert, (voorlopig) recht in strijd met de wet (contra legem) toestaat en zelfs voorschrijft. Toch valt dat te betwijfelen. In 'Vorverständnis' treft men passages aan (pp. 21 en 191) die de Gesetzestreue of Gesetzesgehorsam van de rechter omschrijven als het aanwenden van toepasselijk recht zò dat het resultaat 'gerecht und ver-

4. In feite kan hij dat wel, door de exceptie van 'ontuchtige levenswandel' van de moeder stéeds aan te nemen, als zij in de conceptie-periode meer dan één man heeft bekend. Uit de geschiedenis van de totstandkoming van de wet blijkt echter, dat deze formulering juist gekozen is om aan die conclusie te ontkomen. Gaat men uit van het aloude: auctoritas non veritas facit legem, dan is eerstvermelde uitleg dus verboden, want de auctoritas – het wordt vaak vergeten – uit zich eerder in de bedoeling dan in de woorden van de historische wetgever. Neemt men als uitgangspunt echter de redelijke zin der woorden op het moment van toepassing (bijv. 1974) dan is de uitkomst wel geen andere, maar zou zij anders kunnen zijn, als wij inmiddels een strakke sexuele moraal hadden omhelsd (quod non). Toch zou ook dat tot vreemde moeilijkheden kunnen leiden, als de strakheid van de sexuele moraal zich alleen op het gedrag van de man was gaan richten krachtens een geslaagde omkering van waarden of als de moraal zo strak was geworden, dat reeds de omgang buiten huwelijk met één man een ontuchtige levenswandel opleverde.

nünftig' is. Want – en dat is voor mij dan wel bijzonder onovertuigend en onwerelds optimistisch: het toe te passen recht (meestal de wet dus) *kan* niet iets 'ungerechtes und unvernünftiges' verlangen en eist een zodanige uitleg van zijn inhoud, dat daaruit 'gerechte Lösungen' voortvloeien.

– 14 –

Wie deze opvatting aanvaardt moet ook de consequenties voor zijn rekening nemen. Allereerst dus deze, dat er, ook op de kleinste randgebieden van het recht (typisch het terrein van de rechtspraak, waar uitleg is vereist) één en ook maar één 'gerechte und vernünftige' conflictsoplossing te vinden is. Maar die consequentie latend voor wat zij is en haar zelfs even verwaarlozend, betekent dit alles ook:

a. dat de Nederlandse wet inhoudt wat de Zwitserse (hoewel daaraan tegengesteld) meedeelt, als de redelijkheid, de billijkheid van een oplossing dat vordert;
b. dat de Zwitserse wet inhoudt, wat de Nederlandse wet (hoewel daaraan tegengesteld) meedeelt, als de redelijkheid, de billijkheid van een oplossing dat vordert;
c. dat beide wetten dus het tegengestelde kunnen inhouden van wat zij meedelen, zulks met name als het inzicht over billijkheid in beide landen diametraal verschilt en in elk land bovendien diametraal afwijkt van wat de eigen wet meedeelt;
d. dat ze dus, als het er op aankomt, geen zin hebben, nonsens zijn.

– 15 –

Ik aanvaard deze consequenties *in de juridische sfeer niet* (in de ethische in beginsel wel, maar dat komt omdat het wetsbevel mij in die sfeer niet onvoorwaardelijk bindt. Een rechter die het met mij eens is kan daarom onder ongunstige omstandigheden voor de complicaties worden gesteld, dat ik in het eerste deel van mijn artikel schetste).

Naar mijn mening kan *redelijke wetstoepassing* twee vormen aannemen,

a. een zodanige uitleg van de wet, dat zij tot haar volle recht komt in haar hele strekking, met al haar oogmerken en bedoelingen. Dit is toch altijd nog de meest voor de hand liggende uitleg van redelijke wetsuitlegging. Zij impliceert, dat de slechte wet zich door redelijke wetsuitlegging in al haar slechtheid ten volle ontplooit. Met een goede wet is het uiteraard niet anders gesteld.

b. redelijke wetstoepassing kan ook als *eerste* voorwerp nemen het conflict waarop de wet betrekking heeft. Dan brengt redelijke wetstoepassing mee, dat zoveel mogelijk conflicten op randgebieden, die bestreken zouden kunnen, maar niet behoeven te worden door de werking van die wet, daaraan worden onttrokken, zonder dat de hoofdgedachte van de wet daardoor wordt tegengesproken, liever nog: zonder dat men kan zeggen, dat hierdoor in strijd met de wet recht wordt gedaan. Men zou dit misschien beter kunnen noemen: redelijke conflictsoplossing door wetsuitleg, want het is meestal niet de wet die zo erg redelijk wordt toegepast. Die toepassing wordt tot het uiterste der mogelijkheden uitgerekt of ingekrompen. Hier krijgt de veel gehoorde uitspraak, dat woorden nimmer een vaste betekenis hebben (words have no proper meaning) zin en betekenis, maar dan juist omdat zij in hun kern wel een vaste betekenis hebben, een kern van vastheid die de penumbra van onzekerheden en dus van uitlegmogelijkheden in het leven roept.

– 16 –

Het behoort tot de goede toon in het koor, dat zingt over rechtsvinding, schouderophalend voorbij te gaan aan het onderscheid: praeter en contra legem. Met dit soort 'Schlagworten' brengt men de zaak niet verder, meende Paul Scholten al. Met slagwoorden komt men nooit verder, het is een soort aanduiding van woorden, die niets wezenlijks aanduiden. Het is dus de vraag of hier sprake is van slagwoorden. Dat wordt ook bij Scholten al wat minder duidelijk als hij schrijft (WPNR 1914, no. 2306): 'Een rechtspraak praeter legem zal door weinigen meer worden bestreden. Van rechtsvinding contra legem zullen zelfs zij, die het verst gaan in de richting van "het vrije recht" zich practisch zooveel mogelijk onthouden. "Zooveel mogelijk" – geheel er buiten blijft niemand. Zelfs niet onze Hoge Raad ...'

Als dat zo is: als het ene *praktisch* als gewoon verschijnsel aanvaard is, het ander *praktisch* nimmer wordt toegepast, zou het dan toch niet een belangrijk onderscheid zijn? Ja, maar, werpt men mij tegen: de grenzen zijn zo vloeiend, wat de een praeter noemt, noemt de ander contra. Ik denk, dat als wij in het recht ons niet met zaken zouden mogen bezighouden, geen distincties zouden mogen beproeven en uitwerken, omdat de grenzen zo vloeiend zijn, we beter alle doctrine aan de kant zouden kunnen zetten, want rechtspraak is voor wat betreft het deel dat de doctrine speciaal bezighoudt: waarderend afwegen van waarde-oordelen en het vervloeien der grenzen is daarbij een bijna vanzelfsprekende zaak. En dat grenzen vervloeien houdt toch in, dat er voorbij het samensmeltingsgebied twee aparte terreinen zijn voor elke figuur. Is dat niet zo dan vallen zij samen en wie dat beweert moet het contra-legem-gevaar even vlot aanvaarden als de praeter-legem-figuur.

– 17 –

Het is, zo meen ik, volstrekt onhoudbaar deze materie te beschouwen vanuit de waarde, die men aan *rechtszekerheid* hecht, zoals zo vaak gebeurt. Dat zou zin kunnen hebben als de enige gebezigde vorm van redelijke wetstoepassing die was, waarin de wet royaal en hartelijk naar haar duidelijke zin werd uitgelegd (zie 15*a*). Op het moment dat de uitleg praeter-legem werd aanvaard, en eigenlijk deed dat Portalis al (om van Hobbes en bisschop Hoad maar niet te spreken), is het *in de rechtspraak* met de rechtszekerheid als monolyth gedaan, want uitleg praeter-legem impliceert uitleg van de wet in een bepaald conflict zo, dat niemand die op de gangbare (juridische) betekenis van de tekst zou afgaan de uitkomst zou kunnen vermoeden (de beroemde predictability) zeker niet als hij geen weet had van de speciale omstandigheden van het geval, zij het voorts ook zò, dat die uitleg niet in strijd komt met wat de regel inhoudt. De ongewisheid van de afloop van civiele procedures (in strafzaken is meest alleen de straf*maat* moeilijk te berekenen) die iedere advocaat zo hoog zit, is weliswaar niet alleen en in hoofdzaak daaraan te wijten, immers allereerst aan psychologische factoren als de opkomst van, en àls zij opkomen, de aard van de uitlatingen van getuigen en de waardering van die uitlatingen door de rechter, maar een goede tweede vormt zij in dit opzicht zeker. Een voor de *juridische* doctrine interessante rechtszaak heeft altijd minstens één aspect, dat door de wet, hoe uitgewerkt ook, als algemene regeling niet *noodzakelijk* wordt gevangen en dat dus op het laatst de kansen kan doen keren. In de rechtspraak die zich niet concentreert rond een om-

streden *feitelijke* gang van zaken, leeft zich ten volle uit, dat woorden soms hun vaste betekenis verzaken *en* dat bij iedere nadere specificatie van het geval, waardoor het zich *kan* afzonderen van de werking van de algemene regel, de mate van redelijkheid, inzichtelijkheid, vanzelfsprekendheid waarom dit wel of niet zal gebeuren steeds dunner wordt en dus steeds meer afhangt van het oordeel van de beslisser(s) omtrent wat in een geval als dit het redelijke is.

In een behoorlijke wetgeving leiden talloze gevallen zelden of nooit tot rechtspraak of doorgevoerde rechtspraak omdat een der standpunten gezien vanuit de bestaande wetgeving èn de mogelijkheid het geval praeter legem te sturen, bijna of geheel kansloos is. Slechts waar, meest naar het oordeel van de advocaten, die kans bestaat, wordt geprocedeerd, vèrder geprocedeerd of (verder) verweer gevoerd. Daarom zijn advocaten in het civiele geding zo belangrijk en bijna onmisbaar. Men staat ervan te kijken hoe vaak leken ten onrechte menen, dat hun zaak kansloos is, omdat bij hen de interpretatie secundum legem overheersend is, of even ten onrechte op succes blijven hopen omdat zij zich niet kunnen voorstellen dat een billijke oplossing (vanuit hun standpunt gezien) het zou moeten afleggen tegen de wetsoplossing al is die billijke oplossing contra legem. Jammer is toch wel, dat nogal veel advocaten in een overgangstijd als de onze te vaak menen, dat kans van slagen is uitgesloten omdat een uitleg praeter legem wel niet zal worden aanvaard, op deze grond dat zij vroeger, onder andere omstandigheden door andere rechters ook niet werd aanvaard. Daarover sprak ook de oud-president van de Hoge Raad mr. F. de Jong in zijn afscheidsrede. Rechtspraak schèpt een redelijke mate van rechtszekerheid voor het gewone rechtsverkeer, haar uitkomsten berusten daarop meestal niet.

– 18 –

Het is minstens opvallend te noemen, dat onze rechtspraak steeds heeft getracht haar uitspraken te houden binnen het kader van wat de wet niet verbood. Scholten zei al in 1914, dat de Hoge Raad desondanks wel eens een verboden uitstapje maakte. Onder erkenning van de fluctuatie der grenzen zou ik toch willen vaststellen, dat de Hoge Raad minstens drie maal uitspraken strijdig met de wet heeft gedaan, zonder dat overigens ooit toe te geven. Steeds werd getracht de praeter legem figuur tot buiten het redelijke uit te rekken. Ik doel op de uitspraak van 1883, waardoor echtscheiding bij onderlinge toestemming mogelijk werd ondanks art. 263 B.W. oud, op de twee uitspraken van 1929 die eigendomsoverdracht tot zekerheid constituto possessorio mogelijk maakten ondanks art. 1198 lid 3 B.W. en op de uitleg van een zo substantieel artikel als 2 R.O. door het begrip burgerlijke rechten de betekenis te geven van wat een eisende partij daaronder zegt te verstaan. In afnemende mate, maar dat is een persoonlijk oordeel, waardeer ik de redelijkheid van deze beslissingen, maar ik acht ze alle drie niet alleen in strijd met de wet, maar daarom ook als rechterlijke beslissingen onjuist. De beslissing contra-legem wijs ik niet zonder meer af, maar wel in deze drie gevallen. Ik acht mij ontslagen van het aanvoeren van redenen waarom ik de interpretatie van art. 2 R.O. contra legem acht. Binnen een min of meer grandioze strijd (tussen aanvankelijk Thorbecke en Buys) over de vraag wat nu eigenlijk een burgerlijk recht in de zin van dat artikel was, spon zich geniepig een andere, daarvan geheel afwijkende vraag in, en toen de zaak waarmee zij zich had gelieerd: het objectum litis, had gewonnen deelde zij – onverdiend – in die overwinning. Zo gaat het vaak met parasieten.

Over de zaak van 1883 het volgende. Er was m.i. geen schijn van kans in die tijd, dat een meerderheid van de Eerste en Tweede Kamer, gesteld voor de vraag of zij echtscheiding krachtens onderlinge toestemming wenste te aanvaarden, daarmee had ingestemd. Dat heeft bijna 100 jaar later een deskundig minister van Justitie pas kunnen ontlokken aan de volksvertegenwoordiging in een vrijwel geseculariseerd bestel. Maar ik heb sterker argumenten dan mijn overtuiging. Van de modernste onzer klassieken H.J. Hamaker (1844-1911) zegt Langemeijer (Geschiedenis der Nederlandsche Rechtswetenschap, deel VI, 1963 p. 21-22) dat hij de vraag in welke zin de wetgever aan de rechter een leidraad heeft willen geven bij de beslechting van geschillen – hetzij als strakke richtlijn die geen afwijking duldt, hetzij voor het gemak van de rechter ter beschrijving van de maatschappelijke werkelijkheid, met de bedoeling dat, als de beschrijving zou blijken niet te kloppen met de werkelijkheid, de werkelijkheid het zou winnen, – dat Hamaker die vraag onvervaard in de laatstbedoelde zin beantwoordt. Wie het zevende en thans interessantste deel van de Verspreide Geschriften van Hamaker heeft gelezen, zal dat moeten beamen. Ik heb echter ook het eerste en thans minst interessante deel gelezen. Daarin staat een opstel uit 1901 (p. 382 v.) waarin het arrest van 1883 voornamelijk op historische gronden wordt bestreden met als slotsom:

> Maar al is op deze wijze de heerschende jurisprudentie te verklaren, gerechtvaardigd is zij daardoor niet. Het is en blijft een feit, dat zij nieuw recht invoert, niet ter aanvulling van, *maar in strijd met het bestaande*. En nu komt het mij voor, dat de hervorming van ons echtscheidingsrecht tot de onderwerpen behoort, waarover beslist behoort te worden niet door enige rechters in raadkamer, maar door de natie in de Staten-Generaal.

Zegt men dat wij het door deze uitspraak dan toch maar tot 1971 met het oude echtscheidingsrecht hebben kunnen stellen, dan antwoord ik, dat die beslissing contra legem er ook oorzaak van is geweest, dat wij tot 1971 juist in de meest schrijnende gevallen machteloos waren: daar waar geen overeenstemming tussen partijen bestond maar dès te meer reden.

Het bezitloos pandrecht, mogelijk gemaakt in 1929, levert mij de minste moeilijkheden op, al lijkt het op het eerste gezicht anders nu ook Scholten in zijn noot onder het arrest van 25 januari 1929 (p. 616) de uitspraak verdedigt. Maar hij heeft het zelden zo zwak gedaan. Hier wordt immers een *juridische constructie* aangewend: eigendomsoverdracht tot zekerheid met constitutum possessorium teneinde *precies* dàt te bereiken, wat bereikt kan worden door inpandgeving met deze enkele uitzondering, dat nu juìst niet meer geldt, wat die pandgeving bepaalt en beperkt: dat het pand niet uit de macht van de pandnemer mag geraken. Alleen juristen en moraaltheologen uit de echte casuïstische school, die Pascal bestreed, kunnen menen, dat op deze manier niet tegen de wet wordt gezondigd en omdat zij – ik bedoel nu de juristen – het – zeker in die tijd – voor het zeggen hadden werd die constructie aanvaard. Maar Scholten moest zich wel afvragen: '*Wat voor zin* heeft dan nog het voorschrift van art. 1198 B.W.? ...Het valt niet te ontkennen: *er zit hier een innerlijke tegenspraak*'. Ik meen dat hiermee het bewijs volledig geleverd is door een tegenstander, en dat is de sterkste vorm van bewijsvoering. (Ook Bregstein: Het gezag van de rechtspraak tegenover het geldend recht, 1939, spreekt op voetspoor van Meijers, hier over wetsontduiking: 'Door alleen een andere qualificatie te gebruiken, kan men niet, wat rechtens verboden is, geoorloofd maken.' blz. 11).

– 19 –

Waarom moet men *in beginsel* de rechterlijke uitspraak contra legem afwijzen? Niet zoals ik reeds betoogde, omdat daardoor de rechtszekerheid in gevaar wordt gebracht, want die staat al op wankele voeten bij uitleg praeter legem, die algemeen aanvaard wordt. Ook niet omdat de inhoud van de wet per se een rechtvaardige of billijke oplossing meebrengt. Ik weet wel beter en ik weet ook, dat algehele ongerechtigheid van de wet geen andere keuze laat dan rechtspreken zonder gerechtigheid, rechtspreken tegen het recht of aftreden.

Mijns inziens echter is de reden deze: het waarde-oordeel, *dat duidelijk tegen het oordeel in de wet vervat ingaat*, kan in een enigszins consistent staatsrechtelijk systeem, alleen maar worden uitgesproken door het orgaan (de organen) die de wet tot stand brachten. Als Koning en Staten-Generaal in gemeen overleg als enigen bevoegd zijn regels te treffen omtrent het gedrag der mensen in de samenleving (en dat is het uitgangspunt van onze grondwet en van de daarin verankerde democratie) dan kunnen regels, die daar bewust tegen in gaan, slechts door die zèlfde organen tot stand worden gebracht teneinde tegenover eerstbedoelde regels te gelden. Als de constitutioneel aangewezen *toepasser* van de regels daarbij de negatie van die regels mag uitspreken, valt het systeem als een kaartenhuis in elkaar. Wie dat niet spijt, mag het zeggen. Hem spijt in ieder geval ook niet de omverwerping van een democratisch gebouw.

– 20 –

Aan de hand van een aantal recente gevallen wil ik nu demonstreren, dat mijn stelling: er dient onderscheid gemaakt te worden tussen rechtspraak contra en praeterlegem wel degelijk een rol speelt in de praktijk van de rechtspraak.

A. Sinds 1952 is de eiser in een civiele procedure, die met een dagvaarding begint, bevoegd tot de afloop van het geding zijn eis bij conclusie of bij acte ter rolle (te verminderen) te veranderen of te vermeerderen, de belangrijkste wijziging van het burgerlijk procesrecht sinds 1838. Het daartoe strekkend artikel, 134 lid 1 Rv, is geschreven voor de *dagvaardings*procedure *in eerste aanleg* bij Rechtbank, Hof of Hoge Raad. De bevoegdheid geldt echter voor zulke procedures ook in hoger beroep krachtens art. 347 lid 1 Rv. (en, volledigheidshalve vermeld: voor kantongerechtsprocedures krachtens art. 125 Rv).

De rekestprocedure is bij wet van 1969 nieuw geregeld. In die nieuwe regeling treft men voor rekestprocedures in eerste instantie een soortgelijke bevoegdheid tot vermeerdering van eis aan in art. 429*i* Rv. Er is wel een verschil: de rechter kàn hier het verzoek tot vermeerdering toestaan, terwijl hij dit móét doen in de dagvaardingsprocedure, tenzij de wederpartij zich op bepaalde gronden en met succes tegen de vermeerdering verzet. Men zou dus kunnen zeggen, dat de rechtspositie van de eiser, wat deze zaak betreft, in rekestprocedures wat zwakker is.

Voor het hoger beroep in rekestprocedures geldt art. 429*q*, 4de lid Rv.: De artt. 354, 429*f*, tweede en derde lid, 429*g* en *h*, eerste, tweede en derde lid, en 429*j*-429*l* vinden overeenkomstige toepassing.

Men ziet: 429*i* ontbreekt. Wat kwaadaardig zou men kunnen opmerken: het is met zorg weggelaten tussen *h.* en *j.*

De vordering tot cassatie in het belang der wet leidde tot de beslissing, dat 429*i* in hoger beroep *wel* toepasselijk is. (H.R. 8 juni 1973, N.J. 406). Ik citeer uit de conclusie van de P.-G. Langemeijer, erop vertrouwend, dat aan niemand zal ontgaan, dat deze tracht te voorkomen, dat een ook door hem gewenste beslissing kan worden gezien als *in strijd met de wet en* dat hem dit gelukt door de beslissing binnen het kader van uitleg te brengen:

> Wij hebben te doen met een merkwaardig en vrij zeldzaam probleem van rechtsvinding: *een nieuwe wet*, waarvan de bewoordingen duidelijk op een bepaalde strekking schijnen te wijzen, terwijl voor die strekking noch een subjectieve beweegreden bij de wetgevende organen, noch een objectieve grond van redelijkheid of billijkheid valt te onderkennen. In een dergelijk geval, zo zou ik menen, zal *een tekst die elke twijfel uitsluit*, gevolgd moeten worden, dus b.v. een voorschrift in art. 429*q* dat luiden zou: art. 429*i* is in hoger beroep niet van toepassing.
> Is daarentegen nog enige mogelijkheid van twijfel aanwezig dan zal naar mijn mening geoordeeld moeten worden overeenkomstig de redelijkheid. Zulk een grond voor twijfel is er dunkt mij in zover dat de opsomming van art. 429*q* zich aldus laat opvatten dat de toepasselijkheid van de opgesomde voorschriften *in volstrekte algemeenheid buiten twijfel wordt gesteld*, de toepasselijkheid van art. 429*i* daarentegen wordt overgelaten aan wat naar 's rechters oordelen de redelijke en billijke consequenties van de wet als geheel zijn.

De cursiveringen zijn van mij. Zij dienen om te onderstrepen, dat de P.-G. met name ten aanzien van een *nieuwe* wet zegt dat deze moet worden gevolgd (ondanks strijd met redelijkheid) als de tekst iedere twijfel uitsluit, en voorts dat het *niet*-toepasselijk verklaren op de hoger beroep-procedure van bijv. 429*j* uitgesloten moet worden geacht.

De Hoge Raad beweegt zich slechts schijnbaar op andere wegen. Hij stelt vast, dat er een leemte in de wettelijke regeling is: dat een aantal andere artikelen in 429*q* wel is opgenomen, werkt *ten aanzien van 429*i niet a-contrario, maar om zo te zeggen vrijblijvend. Om tot die beslissing te kunnen komen en met name om in dat opzicht 429*i* te onderscheiden van alle andere niet toepasselijk verklaarde artikelen of leden van artikelen (die dus voorshands nog wel a-contrario kunnen worden uitgelegd) voert de Hoge Raad de navolgende bijzonder met 429*i* verbonden omstandigheden aan:

1. In dagvaardingsprocedures is vermeerdering van eis in hoger beroep wel mogelijk en de aard van de rekestprocedure brengt allerminst mee dat dit in die procedure anders zou zijn. (Daar zou men desnoods nog wel tegen kunnen aanvoeren, dat ook in eerste instantie bij rekestprocedures de rechter reeds, anders dan in dagvaardingsprocedures, discretionaire bevoegdheid heeft.)

2. Als een goede procesorde dat toestond kon vóór de nieuwe regeling van 1969 in rekestprocedures in hoger beroep de eis reeds worden vermeerderd en waarom dat nu anders zou moeten zijn, blijkt uit niets. Dit argument lijkt mij niet voor weerlegging vatbaar, maar het is natuurlijk een argument, niet een noodzakelijkheidsgrond.

3. Naar alle waarschijnlijkheid is 429*i* Rv. door een vergissing, toen vernummering, opschuiving van een letter nodig was, na nota van wijzigingen niet in 429*q* opgenomen. (Ik geloof dat annotator Veegens aan deze uitleg twijfelt, maar als hij gelijk heeft is er een andere reden voor de vergissing aanwezig, die dan echter meer het karakter van een lapsus krijgt.)

De vraag, die nu natuurlijk rijst is deze: en àls nu eens in 429*q* de bepaling was opgenomen: art. 429*i* is in hoger beroep niet van toepassing, zou dan het niet toestaan

van de mogelijkheid van vermeerdering van eis niet even onredelijk zijn als in ons geval? Wij kennen het antwoord van Langemeijer: hij zou in dat geval – zeker nu het hier een nieuwe wet betreft – geen vermeerdering van eis mogelijk achten: Lex dura sed lex.

Mijn antwoord is dit: de uitsluiting van vermeerdering van eis zou er inderdaad geen haar onredelijker door worden. Maar de aanvaarding van die onredelijke uitsluiting zou wel minder 'ongerijmd', meer voor de hand liggend worden – verder ga ik niet –. Wie dat ontkent, ontkent niet alleen de absolute binding aan de wet, maar ook de relatieve. De wet doet eigenlijk helemaal niet terzake, want zij moet steeds opnieuw getest worden aan de redelijkheid en zij wijkt daarvoor. Aldus Esser, in de reeds geciteerde passages. In ieder geval had de Hoge Raad in dat geval *niet* kunnen constateren, dat de wettelijke regeling een *leemte* vertoonde, en dus kans tot uitleg in de vorm van aanvulling bood.

B. Opnieuw de werkelijkheid nu maar in een slechts schijnbaar gelijksoortig geval: Artikel 910 Rv. staat *sinds 1947* in de 7e titel, boek III Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering: van rechtspleging in zaken betreffende ouderlijke macht, voogdij en handlichting en zijn eerste lid luidt aldus:

> Recht van verzet of hooger beroep komt *uitsluitend* toe aan diegenen, wien zoodanig recht bij de bepalingen van deze titel wordt toegekend.

Om nu een lang verhaal wat korter te maken: in deze titel wordt geen hoger beroep toegekend aan een ouder, die zich bezwaard gevoelt door een omgangsregeling getroffen door de Kinderrechter ex 161, lid 5, tweede volzin B.W. (droit de visite), terwijl de beschikking behelzende die omgangsregeling volgens de Hoge Raad wèl behoort tot bovenvermeld soort van rechtspleging. In drie andere gevallen bestaat de mogelijkheid van hoger beroep met betrekking tot een omgangsregeling wel:

a. als zij is getroffen bij en in het scheidingsvonnis,
b. als zij is opgenomen in een afzonderlijke voogdijbeschikking na scheiding,
c. als het betreft een omgangsregeling, getroffen naar aanleiding van een verzoek tot wijziging van een eerder tot stand gekomen omgangsregeling.
   (De regeling die in dit geval voorwerp van het verzoek tot wijziging was, kan dus zijn een beschikking genomen door de Kinderrechter ingevolge het onderhavige art. 161 lid 5, tweede volzin B.W.).

Een subjectieve beweegreden bij de wetgevende organen voor dit verschil in behandeling van de diverse omgangsregelingen is niet te ontdekken, evenmin als een objectieve grond van redelijkheid of billijkheid voor dit verschil. Ik zou zonder overmoed durven verdedigen, dat het onthouden van de mogelijkheid van hoger beroep in één van de vier gevallen (bij toekenning van die mogelijkheid in de drie andere gevallen) nog aanzienlijk irrationeler en unvernünftiger is dan het weigeren art. 429*i* Rv., in appèl toepasselijk te verklaren. In het eerste geval wordt veel flagranter gezondigd tegen het hoofdbeginsel van alle recht: gelijke gevallen gelijk behandelen. Dat betekent echter niet meer dan dat de wettelijke regeling inzake het verlenen van hoger beroep terzake van de beschikkingen die omgangsregelingen inhouden nog slechter, onredelijker is dan die omtrent de mogelijkheid van vermeer-

dering van eis in rekestprocedures in hoger beroep. Zonder meer kan men daaruit niet concluderen, tenzij men iedere binding aan de wet uitsluit, dat dus de eerste regeling minstens even gemakkelijk terzijde moet kunnen worden gesteld. Want een aspect dat het verschil tussen de beide zaken markeert vraagt onze bijzondere aandacht. De regel is in het hierbesproken geval te vergelijken met de navolgende:

Alleen de door de nummers 2, 4, 6 enz. aangeduide personen hebben recht op een fiets.

Artikel 910 Rv., spreekt immers van: *uitsluitend.*

Toch is de eis: geef no. 3 een fiets, want hij heeft er recht op. Dat recht kan niet alleen moeilijk met de regel in overeenstemming worden gebracht (zoals in het geval van wijziging van eis bij rekestprocedures in appèl), maar is zelfs formeel logisch *in strijd met* de regel (ànders dan in het geval A).

Ik zei reeds dat art. 910 Rv. uit 1947 stamt en moet daar nog op terugkomen. Sinds die tijd heeft het artikel bij herhaling geleid tot beslissingen, die inhielden dat hoger beroep niet mogelijk was (zie daarvoor de annotatie van Veegens op het arrest van de Hoge Raad van 1 maart 1973, N.J. no. 396, waarbij, wederom na cassatie in het belang der wet, hoger beroep ook in het bestreden geval is toegestaan).

Wij moeten dat geval nog wat nader analyseren. Het is niet helemaal identiek met het door Langemeijer opgestelde. Dan zou de bepaling, die de zaak besliste, hebben geluid:

In het geval omschreven bij artikel 161, lid 5, 2e volzin B.W. is hoger beroep uitgesloten.

Indien de Hoge Raad met een dergelijke bepaling was geconfronteerd zou ik niet durven aannemen, dat een beslissing als de onderhavige was gevallen. Daarbij moet men zich realiseren, dat een dergelijke bepaling, gezien de nieuwheid van de omgangsregeling, zelf ook even nieuw zou zijn. Het verschil met het vorige geval is duidelijk: daar werd geen exclusieve regel opgesteld, hier wel. Het maakt verschil of men ordonneert: Wie zoet is krijgt lekkers, of *alleen* wie zoet is krijgt lekkers.

Slechts de toevoeging aan de eerste regel: wie stout is een roe, maakt de beide regels bijna identiek.

Maar het verschil met het door Langemeijer opgestelde geval is toch duidelijker: Wie zoet is krijgt lekkers. Wie niet zoet is, krijgt niet iets lekkers (het klinkt wat rot).

Aannemende, dat wij weten waar het onderscheid tussen zoet en niet zoet ligt, is deze regel duidelijk en zonder leemten.

En er is ook nog een ander verschil:

Men kan natuurlijk, in redelijkheid niet zeggen: Jan is niet zoet en krijgt dus geen lekkers, zonder de reële situatie van Jan te hebben beoordeeld *op het moment van de uitspraak.*

Maar als men zegt (ik sla de sinterklaasidee nu over): Alleen in geval x kan iemand in hoger beroep komen, dan betekent dat: de gevallen x zoals zij toen waren te bezien. Eenvoudiger gezegd: als in 1947 de wetgever zegt: alleen als een wet dit uitdrukkelijk toestaat kan men in hoger beroep komen, dan vallen in die uitspraak twee aspecten te ontdekken:

1. het is redelijk dat niet steeds hoger beroep wordt toegestaan, maar slechts als dat uitdrukkelijk is bepaald,
2. de gevallen, waarin wel, en waarin niet hoger beroep is toegestaan, zijn door mij, wetgever nauwkeurig bezien en op grond daarvan heb ik mijn regeling getroffen.

Welnu, als een wetgever zoiets in 1947 bepaalt, dan blijft het eerste aspect ten aanzien van een omgangsregeling, die veel later wordt ingevoerd, volledig van kracht, maar het tweede *mist* alle kracht. De wetgever van 1971 had dat moeten bekijken en wel vanuit kennis omtrent de bepaling uit 1947.

Toch blijft het een feit, dat als de regel luidt:

Alleen Jan, Piet en Klaas hebben recht op een fiets, het toekennen van een recht op een fiets aan Henk, hoe redelijk dat ook moge zijn in strijd is met die regel, zelfs al had men bij het opstellen van die regel in het geheel niet aan Henk of aan de mogelijkheid van het bestaan van Henk gedacht.

Het is dan ook zeker niet toevallig, dat de P.-G. in dit geval *niet* redeneert zoals in de zaak betreffende het hoger beroep van een omgangsregeling. Hij ziet *geen* twijfel openlatende ruimte voor interpretatie in die zin, dat een recht op hoger beroep in de wettelijke regeling kan worden gelezen, ook niet bijwege van aanvulling, maar betoogt, dat de beschikking inzake een omgangsregeling zelfs niet bijwege van analogie valt onder de meervermelde zevende titel en dat dus artikel 910 Rv. niet toepasselijk is. Doordat de Hoge Raad zich met dit standpunt niet verenigde – art. 910 wel toepasselijk verklaarde op deze soort beschikkingen – werd de zaak interessant, want art. 910 Rv. hoewel toepasselijk werd niet toegepast.

De annotator Veegens, die H.R. 1973, 406 zonder protest tegen de essentie van de beslissing zal laten passeren, is van gevoelen dat de H.R. in dit kort daarvoor spelend geval, de grens tussen hetgeen hij 'bij wege van vrije rechtshantering (nog juist en) niet meer kan doen' heeft overschreden. Hij maakt in zijn annotatie, gesteld onder 1973/407 niet èrg duidelijk, waarom hij dat meent of het zou moeten zijn, door de vaststelling dat hij de beslissing in H.R. 17 mei 1962, N.J. 1964, no. 416 nog juist wel aanvaardbaar acht. Vergelijking van de beide gevallen leert ons, dat in 1964/416 het aanvaarden van de mogelijkheid van hoger beroep tegen een voogdijbeschikking van de Kantonrechter (gewezen na en als uitvloeisel van een buitenlands, Australisch scheidingsvonnis) met name niet werd bemoeilijkt of verhinderd door een exclusieve beroepsmogelijkheidsregeling als uitvloeisel van een bepaling als art. 910 Rv. In zijn beschouwing betrekt Veegens niet de vraag of de *redelijkheid* van het toekennen van hoger beroep in omgangsregelingen als de onderhavige niet nog veel evidenter is dan de redelijkheid van het toekennen van de bevoegdheid tot het vermeerderen van eis in rekestprocedures in hoger beroep. De zaak is voor hem afgedaan met de vaststelling dat de rechter om tot een beroepsmogelijkheid te komen zonder wettelijke grondslag voor zich zelf rechtsmacht heeft geschapen. De grenzen van de toelaatbare interpretatiemarge zijn geforceerd 'Het is nl. niet zo gesteld, dat de 7e titel van boek III Rv. een leemte vertoont ...'

Van belang is nu natuurlijk hoe de Hoge Raad toch tot aanvaarding van hoger beroep is kunnen komen. Eigenlijk gebeurt dat door te verklaren, dat artikel 910 Rv. hoewel toepasselijk (de zaak hoort tot rechtspleging als opgenomen in de zevende titel) in dit geval niet wordt toegepast. Waarom niet? Omdat het niet redelijk zou zijn. Dat onredelijke wordt dan geadstrueerd aan de drie andere mogelijkheden van beroep en de sprong is eenvoudig deze: 'dat geen reden bestaat waarom dan in het onderhavige geval de wetgever hoger beroep zou hebben *willen* uitsluiten'. Maar die wetgever heeft dat *wel gedaan* als gevolg van een omissie. Nu wil ik geen letterzifterij gaan beoefenen, maar het zal toch wel niet toevallig zijn, dat hier het woord *leemte* is vermeden. Het verzuim is immers van dien aard, dat herstel niet mogelijk is dan krachtens een uitdrukkelijke wetsbepaling: die waarbij hoger beroep met name

is mogelijk gemaakt. Dat dit gebeurd is 'zou kunnen worden verklaard' uit het feit, dat de omgangsregeling een voorlopige is.

> 'waardoor de verwerking van de procesrechtelijke consequenties daarvan in de zevende titel van het derde Boek Rv. niet de volledige aandacht heeft gekregen,'

terwijl:

> 'voor het herstel van een dergelijke omissie het in het eerste lid van art. 910 bepaalde geen beletsel vormt.'

Ik vind dit arrest niet sterk gemotiveerd, maar de vraag is of het sterker was te motiveren. Natuurlijk wel als men met Esser zegt: de wet houdt in wat redelijk is en dus kàn art. 910 Rv. niet hoger beroep van een dergelijke omgangsregeling in één geval uitsluiten, als overigens in drie identieke gevallen zo'n hoger beroep wel mogelijk is. Dat het woord: uitsluitend, echter een andere betekenis zou kunnen hebben dan: alleen in de bij wet geregelde gevallen en normatieve uitleg zou mogelijk en nodig maken, dat 'uitsluitend' inhoudt: in de gevallen die de wet aanwijst *en* in die waarin het onredelijk is om geen hoger beroep toe te staan, komt mij voor een soort aanslag op de taal te zijn, die immers door het recht en de wetgever als noodzakelijk voermiddel wordt gebruikt, welke alleen maar ontwrichtend kan werken. Ik ben het overigens, anders dan Veegens, met de uitkomst van harte eens. Maar ik zou deze willen funderen op de gedachte, dat hier bewust en uitdrukkelijk in strijd met de wettelijke regeling is rechtgedaan en dan rijst voor mij het probleem – een praktisch probleem voor de rechtspraak, denk ik – welke de criteria zijn die bepalen of dat mogelijk is en ik ben voorts van mening, dat die criteria niet samenvallen met die van uitlegging, welke in de door mij ontwikkelde visie steeds zonder schending van de zin van de wetsbepaling en -regeling kan plaatsvinden. Kort samengevat en bij herhaling: 396/73 is een geheel ander geval van rechtsvinding dan 406/73.

C. Wat korter nu over 397/73, een geval dat tot het genus waar 406/73 bij hoort moet worden teruggebracht. De vraag is daar of de voorlopige voorziening tijdens de scheidingsprocedure ook een omgangsregeling kan inhouden. In de wet staat opgesomd, welke voorlopige voorzieningen men kan vragen. Daarbij is een omgangsregeling niet vermeld. Het is duidelijk, dat wanneer *na* de scheiding een regeling inzake de omgang ouder-kind kan worden getroffen, het van het grootste belang is, dat die regeling aansluit bij een bestaande situatie. Zou tijdens de scheidingsprocedure, de ouder, die de zorg voor het kind krijgt toevertrouwd, iedere omgang van de andere ouder met het kind kunnen weigeren, dan kan dat van invloed zijn op de vraag of die andere ouder later contacten met het kind mag onderhouden. Procedures kunnen immers verschrikkelijk lang duren.

De P.-G. merkt, m.i. volkomen terecht op, dat de opsomming van de voorlopige voorzieningen in art. 825*b* Rv. e.v. niet *enuntiatief* bedoeld is en dat dus niet àlle andere voorzieningen daarnaast, zouden kunnen worden toegewezen alleen omdat dat redelijk zou zijn.

> 'Maar wel zou ik menen dat een voorziening die past in het kader van de taak die het voorschrift met zoveel woorden aan de rechter toevertrouwt door de niet vermelding ervan niet wordt uitgesloten. Wanneer ik nu bedenk dat het voorschrift de rechter wel machtigt tot de meer ingrij-

pende zij het onvermijdelijke bepaling bij wie van de ouders de kinderen voorlopig zullen verblijven, dan schijnt het mij daarbij te passen dat hij ook bevoegd is tot een regeling die aan die bepaling enigermate het karakter van "alles of niets" ontneemt dat zij anders onvermijdelijk zal hebben en waarvoor de omstandigheden dikwijls geen reden zullen geven.'

De Hoge Raad beslist conform. De zaak is weliswaar niet uitdrukkelijk geregeld ('wederom vermoedelijk in verband met het zeer voorlopig karakter van de wettelijke regeling van het omgangsrecht') maar de wetgever sluit de mogelijkheid niet uit en *de leemte* kan dus worden aangevuld. Wederom wijs ik er op, dat het toestaan van deze voorziening *dus* op sterker gronden moet kunnen worden bepleit dan het toestaan van andere, denkbare voorzieningen.

Dat annotator Veegens deze beslissing acht te vallen aan de goede kant van de scheidslijn tussen geoorloofde en ongeoorloofde rechtsvinding is dus niet zo wonderlijk.

D. Tenslotte dan nog H.R. 9 nov. 1973, N.J. 1974 no. 199 door Bloembergen geannoteerd.

Het gaat over de vervaltermijn van artikel 31 Wegenverkeerswet. Ik veronderstel het artikel bij de lezer bekend. Praktisch levert het een omkering van bewijslast op ten nadele van het gemotoriseerd verkeer. Maar dan moet de wederpartij wel zijn vordering tot schadevergoeding, tegen de eigenaar of houder van het motorvoertuig aanhangig maken binnen een jaar na het ongeval *of*, als de bestuurder van de auto na het ongeval 'doorreed' (art. 30, 1ste lid WVW overtrad) *binnen een jaar vanaf de vaststelling van de identiteit van het motorrijtuig en van degene, die ten tijde van het ongeval het motorrijtuig bestuurde*. Op zich genomen is de nuancering van de aanvang van de vervaltermijn duidelijk. Zij is bovendien redelijk, behalve wanneer de doorrijdende bestuurder *niet* was de eigenaar of houder van de auto en met achterlating van de auto spoorloos verdween. Want dan begint de vervaltermijn nooit te lopen, ook niet op het moment dat de identiteit van het motorrijtuig *en* van de eigenaar of houder daarvan bekend zijn, vanaf welk moment de gelaedeerde alle nodige gegevens voor het instellen van zijn vordering in handen heeft. De vervaltermijn is in zo'n geval dus een slag in de lucht en zulks zonder dat voor dat verschil met de andere gevallen, waarin de termijn wel werkt, een redelijk motief is op te geven.

De rechtbank – ik merk het terloops op – zàg het hele probleem niet, en wees dus de vordering af, omdat de termijn van een jaar *na het ongeval* bij het instellen daarvan verstreken was. In cassatie werd namens de gelaedeerde staande gehouden, dat de vervaltermijn om bovenvermelde redenen niet verstreken was, hoewel de vordering was ingesteld meer dan een jaar na vaststelling van de identiteit van de auto en van zijn eigenaar, tegen wie de vordering werd ingesteld. Zowel de Procureur-Generaal Langemeijer als de Hoge Raad zijn het daarmee eens. De P.-G. merkt op, dat voor hem, zij het maar nèt, doorslaggevend is, dat degene, die als schadelijder met de termijn te maken heeft 'er een zeer sterke aanspraak op heeft zich haar te mogen voorstellen zoals hij zonder zich in de achterliggende materie te verdiepen ze zich voorstellen moet' en zulk een lezing van het artikel laat *geen twijfel* toe. De Hoge Raad overweegt, dat de tekst van art. 31 lid 9 op zichzelf genomen duidelijk is en op zo'n duidelijke tekst moet de schadelijdende partij kunnen afgaan. Daaraan wordt dan toegevoegd:

'dat het in een geval als dit aan de wetgever moet worden overgelaten om in de tekst van de wet zodanige wijzigingen aan te brengen, dat deze beter beantwoordt aan de strekking die eraan ten grondslag ligt.'

Daarmee is in ieder geval wel duidelijk uitgedrukt, dat de huidige wet dit soort problemen niet redelijk oplost.

– 21 –

Vergelijk ik nu deze vier gevallen (A, B, C en D), dan valt te constateren:

a. dat A. en C. voorbeelden zijn van uitlegging der wet tot aan de uiterste mogelijkheid (vooral A. is daarvan een sprekend voorbeeld) op grond van een sterk aansprekende redelijkheid.

b. dat B. door de Hoge Raad (al dan niet weloverwogen) misschien nog wordt beschouwd als een geval dat op het overgangsterrein ligt tussen rechtspraak praeter en contra legem, maar naar mijn overtuiging slechts kan worden aangemerkt als contra legem. Zo ook Veegens en indirect Langemeijer.

c. dat in geval D. een uitspraak overeenkomstig het resultaat van een sterk aansprekende redelijkheid achterwege is gebleven en dat zo'n uitspraak conform de redelijkheid contra legem zou zijn geweest. De Hoge Raad 'verwijst' de zaak naar de wetgever, wat annotator Bloembergen wel aardig vindt klinken, 'maar de wetgever heeft te veel dingen aan zijn hoofd om zich met dergelijke incidentele gebreken van de wet bezig te houden.' Hij veronderstelt ook, dat de Hoge Raad door de vermaning die hij in geval B. van Veegens kreeg – 'die tenslotte langer en dieper in de ziel van de Hoge Raad heeft geschouwd dan wie ook' – is teruggekeerd van de toen bewandelde dwaalwegen. Wie zal het weten? Zijn ziel geeft de Hoge Raad toch niet bloot. Wij zijn al blij nu te weten *dat* de wetgever een hoofd en *dat* de Hoge Raad een ziel heeft.

– 22 –

Ik zou nu menen, dat de praktijk van de rechtspraak in deze niet opzienbarende gevallen ons toch wel een stuk op weg kan helpen. Het is niet vanzelfsprekend, dat als een aantal artikelen uitdrukkelijk en met cijfer genoemd van toepassing worden verklaard op een hoger beroepsregeling, ook aan een daarbuiten vallend artikel die werking wordt verleend. Daarvoor is nodig een bijzonder sterk aansprekende mate van redelijkheid om dat te doen (en een corresponderende onredelijkheid voor het geval het niet gebeurt), een redelijkheid die niet in gelijke mate in de strijd kan worden geworpen om ook *andere* niet vernoemde artikelen bij de genoemde te trekken. Maar als die condities vervuld zijn, dan let ook niets om deze praeter legem uitleg toe te passen, dan is ze duidelijk geboden. Zei niet reeds de niet-jurist Ferdinand Lasalle in een van zijn vele voor zich zelf gevoerde pleidooien in 1863: 'Kein Richter wird das Gesetz so auslegen, dass er den Gesetzgeber dadurch zu einem erklärten Verächter von Vernunft und Wissenschaft macht'.

Daarmee wordt het vinden van de meest redelijke oplossing binnen het raam van de wet niet tot een simpele bezigheid gemaakt. Er is ook geen garantie, dat praeterlegem uitleg tot goede rechtspraak leidt. Het tasten en zoeken demonstreert zich het

meest duidelijk waar open bepalingen eigenlijk alleen maar een richting aanwijzen voor de rechter maar dan toch een richting. Dat een overeenkomst te goeder trouw moet worden uitgevoerd, betekent minstens dit, dat strikte tenuitvoerlegging van de overeenkomst, in strijd met de redelijkheid, aan een andere toets mag worden onderworpen. Maar ook de 'gesloten' bepalingen, staan voor uitleg open en inzoverre kan men Van Dunné bijvallen, dat iedere norm een blanketnorm is (Normatieve Uitleg van Rechtshandelingen, 1971). Anderzijds liggen er nogal wat gevallen vóór, waarin het niet zo turbulent moeilijk is de redelijkste oplossing te vinden, die de wet toestaat. Rechtspraak is niet eenvoudig, maar evenmin ondragelijk moeilijk. Ik ben nog altijd van mening, dat de advocaat het heel wat moeilijker heeft, *als* hij alle mogelijkheden van zijn beroep wil waarmaken. Men moet immers dit niet vergeten: de strijd wordt gevoerd door de advocaten en als die strijd goed gestreden is, zijn er niet zo heel veel (redelijke) keuzen meer over. Er is geen eindeloos assortiment van redelijke oplossingen voorradig in een bepaald geval. Het is al erg genoeg dat er twee redelijke oplossingen denkbaar en praktiseerbaar zijn. Het zijn bovendien uitzonderlijke gevallen, waarin de redelijkste oplossing alleen maar gevonden kan worden door de wet tot aan de uiterste grenzen van haar elasticiteit te beproeven, namelijk tot *ver voorbij* het punt waar de alledaagse uitleglogica (the common sense) ophoudt en tot juist vóór het punt waar de formele logica aan uitleg een grens stelt. Zie ter illustratie daarvan de conclusie van Langemeijer in het geval A., een staaltje van trapeze-werk in de nok van het rechtscircus, waar men in bewondering, maar ook met angst naar omhoog kijkt: zal het nog lukken?

– 23 –

Ook in geval B. is er sprake van een slordigheid. Ook daar heeft de Hoge Raad een mouw aangepast, maar de stof daarvoor vond hij niet in de wet. En moeten we ook niet van geval D. zeggen, dat zoiets een zorgvuldig wetgever niet mag overkomen? dat het óók een slordigheid is dus, zij het een die men zou kunnen vergelijken met de beroepsfout van een arts, zo ernstig echter dat hij daarvoor zonder de minste twijfel aansprakelijk is. Die slordigheid blijft in dit geval door de beslissing van de Hoge Raad ten nadele van derden doorwerken en zij wordt tot recht verklaard. Dus zal de eigenaar van een auto, wiens voertuig hem ontstolen wordt door een dief, die er een ongeluk mee veroorzaakt, vervolgens doorrijdt zonder zich bekend te maken (een neiging die bij hem sterker zal leven dan bij een autobestuurder-tevens eigenaar), de auto verder-op weg zet en er vandoor gaat, dus zal zo'n eigenaar in een procedure tot schadevergoeding tegen hem gevoerd slechter af zijn dan wanneer hij zelf bij het ongeval betrokken was en zelf doorreed!

Ik geloof echter, dat dit illustreert waar de schoen wringt. Ik merkte op dat ik geval B (ter opfrissing van het geheugen – ik moest het zelf ook nazien – hoger beroep van een op een bepaalde wijze getroffen omgangsregeling) niet sterk gemotiveerd vond, maar dat ik mij afvroeg of een sterkere motivering wel mogelijk was. De problemen rijzen omdat het grote woord er niet uit wil: onze beslissing is in strijd met de wet. Men leze de overwegingen en men zal, tot de bevinding komen: een redelijke, een vanzelfsprekende beslissing is hier genomen, maar als men antwoord zoekt op de vraag *waarom* art. 910 Rv. op dit geval niet toepasselijk is, zoekt men vergeefs. Wanneer de rechtspraak er zich echter duidelijk rekenschap van geeft en ruiterlijk naar buiten, als onderdeel van de overwegingen, vaststelt, dat een redelijke uitspraak

alleen maar tot stand zou kunnen komen door recht te spreken in strijd met de wet (zoals dat eigenlijk gebeurde in geval D, maar toen trok men ook de conclusie: en dus doen we het *niet*), dan is de voorwaarde geschapen op grond waarvan de hoofdgedachte, waaraan ik met de rechtspraak zou willen vasthouden: recht *in strijd met de wet* gaat onze bevoegdheid teboven, kan worden gerelativeerd door haar aan een kritisch onderzoek te onderwerpen.

In dat geval zouden de uitspraken van 1883, die van 1929 en die inzake art. 2 R.O. door deze hoofdgedachte worden gevonnist (als ik die slechte beeldspraak mag gebruiken). Het is duidelijk dat daardoor respectievelijk maatschappelijk-wereldbeschouwelijke, sociaal-economische en juridisch-systematische omwentelingen van groot belang werden te weeg gebracht, die in strijd kwamen met de door de wet getroffen regelingen. Terugverwijzing naar de wetgever is dan heel wat evidenter nodig dan in ons geval D. Zulk een terugverwijzing bewerkt ook, dat de wetgever wel verplicht is aan het werk te gaan, omdat vanuit de maatschappij de aandrang tot regeling zal opkomen en groeien. Hier raken weigeren om in strijd met de wet recht te spreken en weigeren bevoegdheid te aanvaarden wegens het bestaan van de 'political-question' elkaar en vormen samen het terrein waarop voor de rechter het bordje: verboden toegang prijkt. Om met de woorden van de bekende Amerikaanse rechter Felix Frankfurter te spreken: 'in a democratic society like ours, relief must come through an aroused popular conscience that sears the conscience of the people's representatives' (dissenting opinion in Baker v. Carr).

Rechtspraak is er om onrecht ongedaan te maken, niet om de oplaaiende strijd wat recht, wat onrecht is in een concrete maatschappij door haar beslissingen te beslechten.

Maar toch óók relativering van die hoofdgedachte, omdat zij, zoals ieder absolutisme hetzij tot waanzin hetzij tot despotie leidt. Een relativering die zou kunnen plaatsvinden aan de hand van toetsing van de uitspraak-in-strijd-met-de-wet aan een aantal kenmerken van het geval, in werking vergelijkbaar met de 'situaties' van mr. Justice Brennan, ter herkenning van een political-question.

Sommigen zal zulk een relativering hoogst bedenkelijk, zo niet levensgevaarlijk voorkomen, anderen zullen, zeker na het lezen van de herkenningstekenen, mijn opvatting maar een zwak aftreksel vinden van de stevige erwtensoep der echte vrije rechtsvinding. Tot de eersten zou ik willen zeggen, met parafrasering van Scholten en van een bedenkelijk liedje: Iedereen doet het. Ook de Hoge Raad doet het. Waarom het dan in het donker doen en zeggen, dat er niets gebeurt of niet zeggen, dat er iets gebeurt? Met de tweeden heb ik al gedebatteerd: mijn hele artikel heeft dat debat als voorwerp of achtergrond. De negatie van de duidelijke wetstekst (en al *kunnen* teksten altijd onduidelijk zijn, zij zijn vaak, voor het praktisch gebruik, volstrekt duidelijk) de contradictie daarvan in een binnen het staatsbestel verankerde uitspraak van de rechter (die dan ook altijd, voorlopig of definitief, *regel*gevend werkt) zij zijn met een rechtsstaat niet te rijmen. Die negatie, die contradictie moet uitgesproken worden door het daartoe aangewezen orgaan, dat ook de regel, die genegeerd, die gecontradicteerd wordt uitsprak, tenzij natuurlijk dat orgaan op het gegeven moment verdwenen is (dan redden wij ons met staatsnoodrecht en zeggen nìet dat er geen regels meer gegeven kunnen worden) *en* tenzij met een waarschijnlijkheid, die dicht bij zekerheid ligt, er slechts sprake is van een formele negatie, een formele contradictie.

– 24 –

Nadat de rechter heeft vastgesteld: de wet geeft maar een onbevredigende oplossing voor dit conflict, zal hij naar het mij voorkomt de vraag of hij vervolgens in strijd met de wet zal mogen beslissen, afhankelijk dienen te stellen van een aantal factoren, die ik hierna zal weergeven en die noch limitatief noch enuntiatief bedoeld zijn; ten dele ook in elkaar overgaan of elkaar uitsluiten. Toch zou ik daar wel aan toe willen voegen dat de kenmerken a en b (negatief van inhoud) zo belangrijk zijn, dat zelfs de vervulling van maar één hunner in het merendeel der gevallen rechtspraak in strijd met de wet reeds zal 'verbieden'. Teneinde een misverstand te voorkomen, waarvan de aanwezigheid mij hoog zou zitten, herhaal ik, dat ik hier dus niet spreek over de door de rechter, al dan niet in overeenstemming met de gemeenschap waarin hij rechtspreekt, als slecht, onzedelijk of misdadig onderkende wet, die hij alleen maar kan ontgaan door er recht tegen in te gaan (in welk geval hij buiten zijn juridisch boekje gaat omdat hij ook nog een ander boekje op zak heeft) of door zijn ambt neer te leggen.

De omstandigheden nu:

a. De materie, die de wet regelt, en waar de beslissing van af zou wijken, mag niet van politieke, sociaal-politieke of levensbeschouwelijke aard zijn.
b. De oplossing contra legem mag niet in strijd zijn met het duidelijke systeem van het positieve privaatrecht, noch met de grondbeginselen, waarop het privaatrecht berust.
c. De wetsregeling is niet van zeer recente datum, of zij maakt als recente regeling deel uit van een materie, die in hoofdzaken eerder tot stand gekomen is.
d. Het belang van de afwijkende beslissing moet voor de betrokkene niet onaanzienlijk zijn.
e. Er moet een redelijke kans zijn, dat gevallen als het onderhavige zich binnen niet al te lange tijd zullen herhalen.
f. De schade, welke de partij die nadeel lijdt van de beslissing contra legem, ondergaat, moet niet al te groot zijn.
g. De beslissing in strijd met de wet moet, na globale uiteenzetting van de situatie, voor de niet bij de beslissing betrokken gewone man (the reasonable man) zo vanzelfsprekend zijn, dat hij een beslissing secundum legem als onbegrijpelijk, hoogst onredelijk of absurd zou afwijzen.
h. De wetgevende instanties moeten het geval in zijn bijzondere aspecten niet duidelijk onder ogen hebben gezien.

– 25 –

Vanuit deze opstelling, die enerzijds de wezenlijke taken van rechter en wetgever onderscheidt (afwijst dat er maar een gradueel verschil is tussen rechtspreken en de wet geven) anderzijds vermijdt, dat de absolute doorvoering van een als juist onderkend beginsel ons naar de duivel brengt, doordat het van de rechtspraak wetsconformisme eist ten koste van de geloofwaardigheid van die rechtspraak èn van de wetgeving, zie ik niet alleen in geval B maar ook in geval D de bevoegdheid en dus de plicht van de rechter om in strijd met de wet recht te spreken.

Ik besef, dat ik in het voorgaande, al is het een nogal lang verhaal, maar een paar van de vele aspecten heb behandeld, die bij de bepaling van de grenzen der bevoegd-

heid van de civiele rechter te pas komen. Ik heb bijna niets gezegd over het probleem met zijn eindeloos vele facetten, dat zich bezighoudt met de rechtsbescherming van de burger tegenover de overheid (zo in zijn persoonlijkheidsrechten als in zijn geldelijke positie). Maar ik vlei mij met de hoop, dat men daar elders in deze aflevering veel over kan lezen. Met name heb ik mij ook onthouden van een bespreking van het probleem van de bevoegdheid van de rechter in zgn. class-actions, waar groepen van mensen optreden om belangen te handhaven, waarover vroeger niet gestreden werd en die de jurist tot de uitspraak dat het dus geen rechtsbelangen zijn, zouden kunnen verleiden. Ik besprak deze zaak niet, allereerst omdat ik er te weinig van weet, maar vooral omdat anderen nu ook in Nederland grondig met deze in de toekomst zo belangrijk te achten materie bezig zijn. Ook verdriet het mij, dat niet tot uiting is gekomen in deze beschouwing, wat mij in de praktijk van de rechtspraak zo evident is geworden, te weten dat het civiele recht, liever het recht, dat de civiele rechter ter beslissing van geschillen krijgt voorgelegd, naar zijn aard zo uiteenlopend is, dat allerlei algemene stelregels reeds daarom maar betrekkelijke waarde kunnen hebben. Is er een regel die zegt, dat de overheid alleen die zaken, de burger rakende, ter hand mag nemen, waartoe zij uitdrukkelijk gemachtigd is door het recht (de wet)? Men zou vanuit een *echt*-liberale visie geneigd zijn daarop bevestigend te antwoorden en iets gaan mompelen als: het wezen van de rechtsstaat, verwijzen ook naar het fluorideringsarrest. Is er een regel, die zegt dat de overheid al die taken op zich mag nemen, die haar niet krachtens de wet of de strekking van de wet verboden zijn, en die voorts niet tè ingrijpend zijn in een economisch bestel dat de vrije onderneming tot basis heeft? Wie zou zeggen: nee, krijgt ook een arrest voorgeschoteld. Ik noemde het al: Vecta/Staat der Nederlanden (N.J. 1974, no. 264).

Er is noch naar de ene, noch naar de andere zijde een algemene regel die de materie beslist. Want *de* materie bestaat niet. Er bestaan alleen materies. Weerbarstig soms, meegaand andere keren.

Wat mij wel eens een beetje vreemd is voorgekomen is, dat men de voorstanders van een *bijzonder* vrije rechtsvinding nogal een keer moet zoeken in de nabijheid van de groep, die zich beklaagt over de eenzijdige samenstelling van de rechterlijke macht – bezien naar haar instelling, haar afkomst, maar vooral naar haar 'politieke' denken –. Mensen als Menger en E. Fraenkel begrepen al vele tientallen jaren geleden, dat dat niet zo erg consistent is en zij hebben dan ook in het belang van de arbeidende klassen (die – zo meenden zij – op de rechterlijke macht géén, op de wetgevende macht wèl invloed konden uitoefenen) een formalistische rechtspraak bepleit als tegenpool van de door hen verworpen finalistische, want de doeleinden, zo zou Esser zeggen, maar waarschijnlijker niet zo simpel, worden door onze vooroordelen bepaald.

Ik wantrouw de rechterlijke macht zeker niet meer dan welke groep ook in de samenleving, die een macht vormt. Mijn vooroordeel brengt mij er zelfs toe haar minder te wantrouwen. Alleen vooroordeel? Steeds is in alle toonaarden herhaald, dat macht tot het uiterste tracht te gaan en dat zij, ongecontroleerd, tot bederf voert. Er is ook een ander aspect aan de macht. Zij kan ook afschrikken.

Het lijkt er op alsof onze rechters nog al eens de neiging hebben de macht eerder als iets afschrikwekkends, iets dat beangstigt te zien, dan als iets dat bekoort. Als er toch macht moet zijn, – liet onlangs een politicus door zijn biograaf optekenen – dan heb ik ze zelf maar het liefste. Ik denk niet dat dat de visie van veel rechters weergeeft. Ik zou haast zeggen, dat zij de macht, die hen door verdedigers van zeer ver gaande vrije rechtsvindingstheorieën als theorie op een serveerblaadje wordt aange-

boden, nogal vaak en nogal beslist, meestal vrij beleefd maar niet erg langdradig, van de hand wijzen. Ik neem zelfs een tendens waar, de laatste jaren, om wat meer macht terug te geven dan wenselijk is.

Overschrijding van grenzen? Of inlevering van legitieme, broodnodige macht? Wie zal het zeker weten, als we de grenslijnen niet nauwkeurig kunnen vaststellen? Toch – het grote modewoord moet er nu maar eens uit – zullen wij met die betrekkelijke onzekerheid, met dit tasten en zoeken, met trial and error, moeten leren leven.

Is het eigenlijk wel zo eenvoudig?

6. Was dat geen verkrachting?

NJ 1988, 156

Van de hem ten laste gelegde verkrachting heeft de Rb. te Amsterdam de verweerder in cassatie op 25 juni 1985 vrijgesproken. Daarvan ging de OvJ in hoger beroep waarna het Hof te Amsterdam bij arrest bij 11 febr. 1986 dat vonnis heeft bevestigd, daartoe met name overwegende:

> 'Het hof is er niet eenstemmig van overtuigd dat na de jarenlange relatie tussen de verdachte en G.H.M. T., een proces van aantrekken en afstoten, de verdachte nog voldoende heeft kunnen doorzien dat G.H.M. T. op 27 jan. 1985 definitief de relatie met hem wilde verbreken en mitsdien geen vleselijke gemeenschap meer met hem wilde hebben.'

De P-G bij het Hof te Amsterdam heeft tegen dat arrest beroep in cassatie ingesteld. Bij schriftuur heeft hij twee middelen van cassatie voorgesteld en toegelicht.

Het eerste middel houdt in dat het hof (blijkens even weergegeven motivering, van zijn vrijspraak) aan het begrip verkrachting, zoals dat in de telastelegging, overeenkomstig het in art. 242 Sr bepaalde, voorkomt

> 'een met de wet strijdige en/of met de bewoordingen en strekking van dat artikel onverenigbare uitleg heeft gegeven'.

En/of zal moeten worden gelezen als: immers, want als er geen strijd is met de wet, zal het middel niet kunnen slagen. Voorts klaagt het middel over een niet zonder meer begrijpelijke motivering van de beslissing.

Ik meen dat het middel gegrond is – al is het, m.i., niet scherp geformuleerd. Als de verzoeker niet voldoende heeft kunnen doorzien dat G.H.M. T. op 27 jan. 1985 definitief de relatie met hem wilde verbreken, volgt uit dat niet-doorzien van de werkelijke situatie nog niet, dat hij niet behoefde te beseffen, dat zij met hem geen vleselijke gemeenschap meer wilde hebben. Het klinkt erg ingewikkeld naar dat is het niet.

Stel dat er sprake was van een huwelijk. De man doorziet na vele jaren huwelijk niet, dat de vrouw van hem wil scheiden. Mag hij reeds daarom aannemen, dat zij – ook al laat ze weten dat *niet* te willen – nog wel gemeenschap met hem wil hebben? Mijn antwoord is ontkennend, maar dat hij in dat geval art. 242 Sr niet heeft overtreden komt omdat daartoe nodig is dat de gemeenschap *buiten echt* plaatsvond.

> Verkrachting binnen het huwelijk mag van de wet, zeggen de sociologen. Juristen zeggen: van de vrouw met geweld afgedwongen gemeenschap binnen huwelijk, is wettelijk geen verkrachting.

Wat daarvan zij in dit geval was er niet sprake van een huwelijk. Dat de verzoeker niet kon doorzien dat de vrouw met wie hij lang een verhouding had gehad, echt van hem af wilde, betekent daarom

niet dat hij binnen die bestaande relatie geen verkrachting zou kunnen plegen door met de vrouw tegen haar zin geslachtsgemeenschap te hebben.

Een stap verder: al zou geen van de ongehuwde partners er aan denken de jarenlange relatie tussen hen te verbreken, dan nog zou er sprake zijn van verkrachting als de man de vrouw door geweld of bedreiging met geweld zou dwingen met hem vleselijke gemeenschap te hebben.

Het woord 'mitsdien' in de redengeving van de vrijspraak is in mijn ogen beslissend. Ik lees daar nl. uit dat de verzoeker niet kon doorzien dat de vrouw G.M.H. T. niet met hem vleselijke gemeenschap wilde hebben, omdat hij niet kon doorzien dat zij de relatie wilde verbreken.

Maar die causaliteitsketen is uiteraard niet 'dwingend'.

Dat het er niet om gaat of de vrouw de vleselijke gemeenschap wilde maar of zij daar – of zij wilde of niet – met geweld of bedreiging met geweld toe werd gedwongen – zoals het middel eigenlijk vooropstelt – acht ik – minst genomen – heel twijfelachtig.

Geweld of bedreiging met geweld veronderstelt weerstand die door dat geweld of die bedreiging moet worden overwonnen. En weerstand houdt in dat hetgeen waartegen men zich verzet, niet gewild wordt. Verder doordenkend komt men dan op het terrein van sadisme/masochisme etc., maar de vrouw die met geweld genomen wordt is toch niet dezelfde als die welke met aanwending van geweldsdaden genomen wil worden. Laat ik er vlug over ophouden.

Het tweede middel gaat eigenlijk op hetzelfde probleem door. Als de verdachte omdat hij niet doorzag, dat zijn vriendin de relatie definitief wilde verbreken, in de mening verkeerde dat hij daarom vleselijke gemeenschap met haar mocht hebben, zou hij slechts hebben gedwaald omtrent het wederrechtelijke van zijn handelen. Dat zou m.i. zeker geen verschoonbare dwaling zijn.

Maar ergens in de toelichting op het middel – p. 5 onderaan – wordt, geloof ik, wel de kern van de zaak geraakt:

> 'Een jarenlange relatie tussen twee partners, ook indien daarbij sprake is van aantrekken en afstoten, brengt als zodanig niet met zich, dat een der partners niet kan doorzien of de andere al dan niet vleselijke gemeenschap met hem wil hebben.'
>
> en:
>
> 'de strekking van art. 242 Sr is, dat een vrouw op ieder moment voorafgaande aan een eventuele gemeenschap in vrijheid moet kunnen beslissen of zij die gemeenschap wil of niet'.

Dáár gaat het om. Behalve naar Noyon-Langemeijer-Remmelink, aant. 1b bij art. 242 Sr en naar De Beaufort, Vrouw en Recht, NJCM, Boekerij 5, 1984, p. 58 en De Beaufort in Recht en Welzijn (18): Met beleid vervolgen van verkrachting en aanranding, p. 119-137, in het bijzonder p. 123-124, zou ik in dit verband willen verwijzen naar een beslissing van de HR, krachtens welke verkrachting wordt gepleegd door de cliënt van een prostituée die met haar vleselijke gemeenschap heeft op een door haar niet gewilde wijze (en met geweld).

Eerlijkheidshalve: men kan de motivering van de vrijspraak ook anders lezen:

De verzoeker kon niet doorzien:

a. dat zijn vriendin van hem afwilde
b. en evenmin dat zij geen vleselijke gemeenschap meer wilde hebben.

Maar het arrest is dan – hoe subtiel het onderscheid ook lijkt – toch wel onaanvaardbaar onduidelijk:

> Kon de verzoeker niet weten dat T. niet 'wilde', omdat hij niet kon doorzien dat zij de relatie had verbroken, of
>
> Kon de verzoeker dat eerste niet weten, omdat hij juist dat niet kon doorzien, met andere woorden omdat hij in de veronderstelling leefde en kon leven, dat de relatie nog bestond en dat

T. binnen die relatie op dat moment bereid was met hem gemeenschap te hebben?

Dat laatste kon het hof toch niet serieus menen, in aanmerking genomen de verklaring, die de vrouw – onder belofte – voor het hof heeft afgelegd. En ook de verzoeker kon, blijkens zijn bij het hof afgelegde verklaring omtrent het gedrag van zijn vriendin tijdens de bedoelde manoeuvres wel beter weten. (Krabben).

Ik teken daarbij aan, dat deze uitleg ook bijzonder geforceerd en onwerkelijk aan doet. Of een jarenlang op en neer gaande relatie al dan niet nog bestaat, kan onder omstandigheden moeilijk te doorzien zijn, of een vrouw met een man al dan niet vleselijke gemeenschap wil hebben, daarbij is – binnen en buiten een relatie – een onjuist 'doorzicht' moeilijk denkbaar, en toch zeker niet als de vrouw zich daarover in negatieve zin uitlaat.

Waar het dus om gaat is m.i. of het hof te kennen heeft gegeven, dat het vrijsprak omdat de verzoeker na een jarenlange relatie of die naar zijn mening nu nog bestond of niet voldoende heeft kunnen doorzien dat zijn vriendin van weleer geen vleselijke gemeenschap meer met hem wilde hebben.

Dat lees ik *niet* uit het arrest. Wel dat hij niet kon doorzien dat het 'uit' was en *mitsdien* kon menen dat hij met haar gemeenschap mocht hebben.

En dat staat los van elkaar.

Door zo te oordelen: binnen een voortdurende relatie mag de man menen, dat hij zonder meer vleselijke gemeenschap met zijn partner mag hebben, heeft het hof aan de term verkrachting in de telastelegging waar zij dezelfde betekenis heeft als in art. 242 Sr, een onjuiste uitleg gegeven.

De middelen ten dele gegrond achtend, althans een daarvan, concludeer ik tot vernietiging van het bestreden arrest en terugwijzing van de zaak naar het Hof te Amsterdam, ten einde deze met inachtneming van de uitspraak van de HR verder te berechten en af te doen.

Anders de Hoge Raad.

7. Dissenting opinion

1. De door een rechterlijk college gewezen vonnissen of arresten bevatten aan het einde, krachtens wettelijk voorschrift de zinsnede: *gewezen door*, soms zelfs nog: *gewezen bij*, waarna volgen de drie of vijf namen van rechters, die, zoals het jargon wil, 'op de zaak hebben gezeten'. In strafzaken moet, behoudens aantekening van verhindering elk der rechters of raadsheren, benevens de griffier tekenen. Zijn er gemakkelijk andere gevallen te vinden, waarin iemand verplicht wordt te figureren als mede-wijzer, ja zelfs te compareren als mede-ondertekenaar van een geschrift, ook al is hij of zij het met de inhoud daarvan volslagen niet eens? Zelfs de Koning, die een door de Kamers aangenomen ontwerp van wet door het plaatsen van zijn handtekening moet sanctioneren, is, naar veler staatsrechtelijk inzicht, niet onvoorwaardelijk verplicht daartoe, wanneer hij dat met zijn geweten niet in overeenstemming zou kunnen brengen. Een moedige griffier heeft eens geweigerd de beschikking van een economische politierechter mee te tekenen. Die politierechter had overwogen:

> dat... art. 103 Sv. op de lijst geplaatst moet worden van die artikelen die bij de eerstvolgende wijziging van dit in origine volkomen onbruikbaar en van joodschen geest doortrokken wetboek, zullen moeten worden veranderd.

Men kan hierover lezen in N.J. 1946, no. 243. Het was een griffier bij de Arnhemse rechtbank. Het nare toeval wil. dat art. 103 Sv. bij een wetswijziging van 22 mei 1958 inmiddels is ingetrokken. Daarbij heeft echter de aansporing van deze politierechter wel geen enkele rol gespeeld.

2. Ook buiten de schaamteloze extravagantie van deze en dergelijke zaken, die in deze vorm door dergelijke rechters echter in het algemeen slechts werden gepresenteerd wanneer zij als unus judex optraden, ligt er, voor nu en straks, het probleem, dat de rechter met het afwijkend minderheidsoordeel (bij de Hoge Raad kunnen het twee raadsheren zijn) wat betreft motivering en beslissing van het geval op een volstrekte wijze *afhankelijk* is, onderworpen, aan het gevormde meerderheidsoordeel. Hij wordt niet alleen gedwongen zich daarbij neer te leggen in die zin, dat het meerderheidsoordeel zal worden uitgesproken en ten uitvoer gelegd: dat is als uitwerking van het beginsel der democratie een aanvaarde en mijns inziens volstrekt aanvaardbare zaak. Maar de beslissing gaat ook onder zijn vlag de wereld in. Zij is mede zijn beslissing, zoals de motivering mede zijn motivering is en het raadkamergeheim legt op hem de psychologisch zware last dit odium te blijven dragen.

Volledigheidshalve wordt vermeld, dat de strafrechter in hoger beroep in twee gevallen niet voor dit dilemma wordt gesteld, omdat hij door zijn veto ten aanzien van een verdachte, die alléén in hoger beroep is gekomen het opleggen van een hogere

straf, en ten aanzien van iedere verdachte, die is vrijgesproken een veroordeling, kan voorkomen. Dit zijn, nader beschouwd, echter eer gevallen waarin, in hoger beroep, het democratisch beginsel dat de meerderheid beslist, wordt doorbroken, omdat eerste instantie en hoger beroep voor deze besluitvormingen wat getalsterkte der rechters betreft samen worden genomen, anders gezegd omdat het democratisch beginsel slechts geldt, indien een meerderheid van de som der personen in beide colleges bestaat. Niet consequent is dan dat de regels ook gelden bij een veroordeling of vrijspraak in eerste instantie door een unus judex (kantonrechter, politierechter, kinderrechter) uitgesproken. Ik kan niet nalaten hier te zeggen, dat de mijns inziens nog steeds niet ongedaan gemaakte beslissing van de H.R. van 1933, dat onvoorwaardelijke gevangenisstraf niet is een zwaardere straf dan voorwaardelijke gevangenisstraf van gelijke duur rechtstreeks uit de 'Begriffshimmel' stamt, die door Von Jhering toch niet afdoende blijkt te zijn geliquideerd.

In het civiele recht is van dergelijke uitzonderingen op de regel echter geen sprake. Bezien wij de situatie nu eens meer van de kant der procederende partijen, dan levert dit als resultaat op, dat een eis, zonder dat er veel bijzonders aan de hand is kan worden ontzegd als 6 van de 11 rechters, die met de zaak bemoeienis hadden van oordeel waren, dat zij moest worden toegewezen: in eerste instantie werd unaniem de eis toegewezen, 0-3, in hoger beroep werd dit vonnis vernietigd en de eis ontzegd krachtens meerderheidsoordeel, 1-2, waarna in cassatie dit arrest werd bevestigd met twee stemmen tegen, 2-3. Als er wel iets bijzonders, *niet* iets uitzonderlijks aan de hand is, kan een beslissing in drie instanties zelfs vallen, hoewel de stemverhouding *drie voor en acht tegen is*. Het betreft een zuivere rechtsvraag. De daarop gegronde eis wordt in prima unaniem ontzegd, 0-3. Het Hof bevestigt dit vonnis eensgezind, weer 0-3. De Hoge Raad vernietigt het arrest met de kleinst mogelijke meerderheid 2-3 en doet vervolgens ten principale recht. Om dàt te billijken moet men de werkelijkheidszin van de begrippen hogere en lagere rechter wel erg extensief uitleggen.

3. Wij ontwaren hier een vorm van afhankelijkheid van de in een college optredende rechter, die weinig nadruk heeft gekregen. Het is een afhankelijkheid van interne aard, binnen het college. Zij betreft niet de rechterlijke macht als monoliet maar binnen die macht het leger der dwarsliggers, dissidenten, de oppositie.

Ook wie binnen het rechterlijk college het democratisch beginsel aanvaardt, dat de meerderheid beslist, zal echter wel erkennen, dat deze aanvaarding niet inhoudt, dat de meerderheid omdat zij meerderheid is, gelijk heeft. Wie als in de steek gelaten rechter stokstijf blijft volhouden – ook al weet hij, dat het niets uithaalt – dat de beslissing of de motivering ervan of beide ánders moet(en) zijn, is ofwel een eigenwijze domkop òf – en dat is interessanter – hij heeft, minstens vanuit een bepaalde optiek, gelijk. Ik zeg: *minstens* vanuit een bepaalde optiek, want het kan natuurlijk ook zijn, dat hij vanuit alle optieken ter wereld gelijk heeft en alleen de pech heeft, dat hij twee eensgezinde eigenwijze domkoppen tegenover zich heeft of, wat meer voor zal komen, één zulk wezen, dat, hoewel stijfhoofdig en dom, toch nummer drie mee kreeg. Als zoiets in de praktijk nooit voorkomt, is dat prachtig.

Maar die nare situaties weggedacht, betekent het volgehouden afwijkend minderheidsoordeel, dat daarvoor 'iets te zeggen valt', hetzij vanuit een overwonnen standpunt (en dat is maatschappelijk allerminst een ramp), hetzij vanuit een standpunt dat nog moet gaan winnen. Dan is de nederlaag op zich genomen ook nog geen ramp, want voor déze beslissing was de tijd nog niet rijp. Enigszins de hand lichtend met de feitelijke constellatie kan men zeggen, dat Molengraaff in de tachtiger jaren van

de vorige eeuw, en dus te vroeg, wist wat de Hoge Raad op 31 januari 1919 diende te beslissen, al kan men er aan twijfelen of – anderzijds – de Hoge Raad het niet wat te laat wist.

Maar wat wel een ramp, althans een zeer ernstig bezwaar kan zijn, is dat het oordeel dat straks overwinnen moet, niet reeds nu binnen de rechtspraak als alternatieve mogelijkheid een volledige (faire) kans krijgt bekend te worden. Van de Amerikaanse rechter in het Supreme Court van de V.S. Oliver Wendell Holmes weten wij, dat hij, eerst alleen, later nogal eens samen met zijn collega Brandeis vrij vaak (maar niet: in den regel) met een dissenting opinion afweek van het meerderheidsoordeel, maar ook dat enige decennia later vrij vaak (maar niet in den regel) in overeenkomstige gevallen de inhoud van deze dissenting opinions als meerderheidsoordeel of in eensgezindheid door het Hof werden aanvaard. Een bekwaam rekenaar deelt ons mee, dat Holmes 173 dissenting opinions het licht heeft doen zien, en dat daarvan ongeveer een tiende deel later tot een verandering van de rechtspraak heeft geleid. Men moet daarbij niet uit het oog verliezen, dat Holmes wel een groot jurist was – hij was zoals Llewellyn bij zijn dood in 1935 schreef: 'an institution' – maar volgens dezelfde Llewellyn niet 'a radical' zoals de leek hem zag, maar 'a venerable conservative, a noble of an ancient régime,' met als bijzonderheid het ontbreken van sociale onverantwoordelijkheid: I like to pay taxes, zonder de bijvoeging: als ze niet te hoog zijn en met als redengeving: It's the price of civilization.

4. De mogelijkheid tot het bekendmaken bij de uitspraak van een dissenting opinion, wordt gezien als een doorbreking van het geheim van de Raadkamer. Zo ook in het interessante artikel, dat de Amsterdamse raadsheer Winkel het vorig jaar bijdroeg aan de feestbundel voor Hijmans van den Bergh: 'Met eerbiedigende werking'.

Ik moet daaraan toevoegen, dat als dit juist is, het ook geldt voor de zgn. *concurring opinion*, dat is de bekendmaking van een afwijkende redengeving voor een met de meerderheid overeenstemmende beslissing. Het is uiteraard zelfs mogelijk, dat er zonder de beslissing, die het gevolg was van de concurring opinion een andere meerderheidsbeslissing was, m.a.w. dat dit oordeel, dat op andere gronden berust, toch de doorslag geeft voor wat men noemt de 'opinion of the Court'. Dat brengt weer mee, dat een meerderheidsbeslissing niet inhoudt, dat een meerderheid dezelfde motivering voor de beslissing aanvaardt.

Deze opvatting is juist, maar slechts tot op zekere hoogte. *Radicale* doorbreking van het raadkamergeheim vindt plaats als de beraadslaging in het openbaar plaatsvindt. Radicale handhaving van het raadkamergeheim is onzin, want dat zou betekenen, dat niemand ooit te weten kwam wat er beslist is en waarom het beslist is. Een *absoluut* raadkamergeheim verdraagt zich alleen met de vaststelling, *dat* er beslist is. Naar gebruikelijke opvattingen betekent het geheim van de raadkamer dan ook, dat de buitenwereld niet onmiddellijk, maar evenmin later te weten zal komen hoe de beraadslagingen, die hebben geleid tot deze motivering en deze beslissing, in het rechtsprekend college zijn verlopen; of rechter x uiteindelijk is gezwicht voor de argumenten van rechters y en z en op welke gronden hij is gezwicht. Voorts komt men ook niet te weten de redenen die tot deze beslissing hebben geleid, *voorzover* die niet in het vonnis of arrest vermeld staan. Tenslotte niet: *wie wat* dacht, met wèlke getalsverhouding de beslissing is genomen, en, zo deze niet drie resp. vijf tegen nul was, wie tegen waren.

Het mogelijk maken van dissenting en concurring opinions betekent maar gedeeltelijke doorbreking van *dit* raadkamergeheim want het betekent *niet*, dat de buiten-

wereld te weten kan komen, hoe de beraadslagingen zijn verlopen en evenmin waarom rechter X, als hij voor de argumenten van de anderen is gezwicht, dit gedaan heeft. De motieven, die niet neergelegd zijn in de opinion of the court, de concurring en de dissenting opinions – de achtergedachten en uitgangspunten – blijven evenzeer geheim.

Daaruit volgt, dat het Raadkamergeheim slechts in bepaalde opzichten wordt doorbroken. Geheel onverkort geheim blijft zelfs, wat het wezen van een beraadslaging is: de gedachtenwisseling, die tot het uiteindelijke standpunt *of de uiteindelijke standpunten* heeft geleid. Is dit laatste het geval: heeft de gedachtenwisseling tot het ontstaan of handhaven van meerdere standpunten geleid – wat betreft de motivering en/of voorzoveel het de beslissing aangaat – dan wordt hiervan naar buiten verslag gedaan. Het grote verschil is dus, dat in het ene geval in het vonnis niet het resultaat van de beraadslaging wordt weergegeven, maar het winnende standpunt en de winnende motivering, terwijl in het andere geval een werkelijkheidsgetrouw verslag wordt gedaan van wat de beraadslagingen hebben opgeleverd. Aan de effectiviteit van het resultaat doet dit laatste niet af: er ís een beslissing, die ten uitvoer gelegd kan worden.

Zegt iemand nu: die beslissing hebben we dan ook alleen *nodig*, dan heeft hij gelijk. Maar dat betekent niet meer, dan dat een systeem, dat zich daartoe bepaalt – het onze – operationeel is; dat men er mee kan werken, omdat de minimum-vereisten aanwezig zijn. Zou dat niet het geval zijn, dan hadden wij ons allang tot het andere standpunt bekend, want een rechtssysteem, dat niet werkt, is een tegenspraak in zich. Rechtspraak is allereerst praktische werkzaamheid, handenarbeid van den geest.

Waar het echter om gaat is of het andere systeem, dat ook werkt, beter of slechter is dan het onze, of het beter beantwoordt aan de eisen, die aan rechtspraak nu en onder de huidige omstandigheden worden gesteld.

5. Dat er (een zekere mate van) onwaarachtigheid gelegen is in het weergeven van een meerderheidsstandpunt als ware dit het standpunt van allen, valt niet te betwisten. Weliswaar moet men daaraan toevoegen, dat dit een onwaarachtigheid is, waarvan ons vooraf mededeling is gedaan, dat zij kan voorkomen: een motivering en een beslissing *behoeven* niet meer te betekenen dan dat dit de motivering en de beslissing van de meerderheid is, maar dan blijft nog overeind a. dat niemand weet of in een concreet geval motivering en beslissing die van allen of van de meerderheid zijn en b. dat de man of vrouw, die tegen is en voor wie dit zelfs een gewetenszaak kan zijn, zich mede verantwoordelijk dient te stellen voor deze motivering en deze beslissing. Een rechter kan zo gedwongen worden een doodvonnis mede als zijn vonnis te wijzen, al is hij overtuigd, dat er vrijgesproken zou moeten worden.

Kant placht zulke zaken op de spits te drijven. Wie verplicht is voor zijn mening uit te komen, dient deze te openbaren zoals hij ze als juist onderkent, was zijn stelling. Het resultaat is daarbij niet van belang. De aanklager in het strafproces, de partijen in het civiele geding vragen de rechters hun mening. Hoe zou een rechter zich kunnen verantwoorden als hij zijn mening slechts weergaf door zich neer te leggen bij de daaraan tegengestelde mening van de meerderheid?

Dit is geen theoretisch en dus zinloos betoog. De waarachtigheid van rechtspraak en de waarachtigheid van rechters zijn een 'Gebot der Stunde'.

6. Vanuit dit gezichtspunt bezien, zijn de andere vormen van doorbreking van het raadkamergeheim minder belangrijk, omdat zij niet rechtstreeks appelleren aan de drang naar waarachtigheid.

Deze andere vormen zijn: de openbaarheid van de beraadslaging en het systeem, volgens hetwelk bij Engelse rechtscolleges recht wordt gedaan. Ik ga er kort op in.

De openbaarheid van de beraadslaging, zoals die, met uitzonderingen, bijv. in Zwitserland en Noorwegen bestaat, houdt in dat de rechterlijke meningsvorming, geheel daargelaten of zij tot eenstemmigheid leidt, zich in het openbaar afspeelt. Wellicht is het daartegen in 1892 door de Zwitserse hoogleraar Meili aangevoerde bezwaar wel wat te dichterlijk uitgedrukt om op juristen indruk te maken: 'Die Natur liebt es alles Werdende zu verbergen; es ist gewissermassen eine Sache des Schamgefühle, auch dieses Werden des gemeinsamen Urteils vor profanen Augen zu verhüllen'. Ook kan men niet volstrekt algemeen een onderscheid maken tussen wetgevende en rechterlijke lichamen om dan te betogen, dat bij de eerste de openbaarheid wel op haar plaats is, omdat daar vanuit verschillende belangenstandpunten meer dan een oplossing mogelijk is, terwijl er in de rechtspraak maar één juiste oplossing te vinden zou zijn. Juist dit laatste is méér dan een omstreden zaak: het staat vast, dat er heel wat gevallen zijn, waarin vanuit verschillende belangenstandpunten bezien verschillende beslissingen mogelijk zijn in de rechtspraak zonder dat men kan zeggen, welke de juiste is. En toch is er hier een criterium gevonden, dat aannemelijk maakt waarom in de rechtspraak openbaarheid van beraadslaging niet voor de hand ligt. Bij de parlementaire wetgevingsdebatten zijn de verschillende belangenstandpunten – anders gezegd de politieke visies – rechtstreeks die van de debaters en kunnen zij leiden tot hún victorie: zij vertegenwoordigen een standpunt dat zich in de wetgeving wil doorzetten te hunnen behoeve, voor hèn en de groep waarvoor zij staan. In de rechtspraak moeten bestaande belangenstandpunten van anderen door rechters, die in ieder geval geen enkel direct belang hebben bij de overwinning van een daarvan, worden beslecht. Behoudens in een streng marxistische visie is de gedachte dat de rechter zich bij voorbaat vereenzelvigt met een der standpunten ondenkbaar. Controle op de *gang van zaken*, in het parlementaire debat juist daarom zo nodig, kan bij beraadslaging over het rechterlijk vonnis dan ook gemist worden. De vele praktische bezwaren verbonden aan een openbare beraadslaging lijken mij te duidelijk dan dat ik ze in extenso zou moeten weergeven. Indien zij niet onvoorbereid moet plaatsvinden, zal vooroverleg de plaats van de openbare beraadslaging innemen. Geschiedt zij – al dan niet gedwongen – wel zo, dat enige voorbereiding onmogelijk is, dan zal de kwaliteit van de beraadslaging en daarmee van de beslissing voor een flink deel afhankelijk zijn van tè toevallige omstandigheden, zoals daar zijn: de welbespraaktheid van de een, en de stuntelige uitdrukkingswijze van de ander; de voordelen van de primair reagerende naturen boven die van de secundair reagerende; de mate van parate wets- en jurisprudentiekennis enz. enz. De Franse revolutie kende gedurende één jaar deze openbaarheid van de rechtspraak, al mochten ook toen de rechters na behandeling van een zaak zich even in een nevenzaal terugtrekken om de stukken te onderzoeken. Onmiddellijk daarna moesten zij echter terugkeren: pour y délibérer en public, y opiner à haute voix et prononcer le jugement. Het volgend jaar reeds haastte men zich terug te komen op een systeem, dat zo duidelijk had gefaald. Naar mijn mening zou een *echte* openbare beraadslaging in rechtszaken de rechtspraak slechts ten goede kunnen komen, als rechters dat soort on-aards voortreffelijke wezens waren, waarvoor wij ze zelfs in het openbaar sinds kort niet meer houden. Quasi-openbaarheid van beraadslaging – als wanneer vooroverleg mogelijk is of, gelijk in Zweden door middel van verkrijgbaarstelling van het proces-verbaal van de beraadslaging – is, als onwaarachtig, zonder meer te verwerpen.

Bij de Engelse collegiale rechtspraak, die, gelijk bekend voorkomt bij the Court of Appeal en bij the House of Lords, is sprake van de zogenaamde 'seriatim opinion': iedere rechter geeft zijn oordeel en pas nadat de laatste rechter zijn oordeel heeft gegeven kan door vergelijking vastgesteld worden, hoe de meerderheid beslist heeft en wie dissenting opinions heeft verkondigd. In feite ontbreekt dus hier het element van de beraadslaging, terwijl de openbaarheid maximaal aanwezig is, een argument temeer om deze beide zaken gescheiden te houden. Maar mogen wij Fockema Andreae in zijn bijzonder genietbare verhandeling: 'Het geheim van de raadkamer', geloven, dan hebben de rechters in den regel tevoren met elkander van gedachten gewisseld, althans van elkanders mening kennis genomen. Dat kan natuurlijk niet wanneer direct na behandeling van de zaak uitspraak wordt gedaan, maar in zaken van enig belang neemt het college dan ook 'time of consideration'. Zo komt het systeem er veelal in de praktijk op neer, dat informele beraadslaging – in het geheim – plaatsvindt, maar dat als resultaat daarvan iedere rechter zijn eigen mening, ook al wijkt die af, niet alleen mag, maar moet geven of laten geven. Want het komt – en dat is vanzelfsprekend – vaak voor, dat een rechter niets anders te zeggen heeft dan dat hij het met zijn voorganger(s) eens is: I agree and I have nothing to add. En gemakshalve laat hij dat dan meermalen zijn voorganger alvast maar zeggen, daarmee informele beraadslaging formeel erkennend.

7. Ik zal nu het systeem van de dissenting opinion nader gaan waarderen en trachten na te gaan of en in welke gevallen het realiseerbaar is. Deze gedachten zullen dan geplaatst worden in het kader van de Nederlandse rechtsbedeling, al zal ik nogal eens een beroep moeten doen op situaties en meningen buiten ons land. Erg druk heeft men zich tot nog toe in Nederland over de zaak niet gemaakt. Veel meer namen dan die van Winkel, die ik reeds noemde en die concludeert tot handhaving van het raadkamergeheim in een overigens lofwaardig genuanceerd betoog en van de ook reeds genoemde J.P. Fockema Andreae, die in 1934 als commissaris der Koningin in de provincie Groningen een prettig leesbaar en mijns inziens opvallend veelzijdig pleidooi heeft gehouden voor een beperkte invoering van het systeem der dissenting opinions, zijn mij niet bekend. Het is alleen jammer dat hij de openbaarheid van de beraadslaging te zeer in het verlengde heeft gezien van het systeem van de dissenting opinions. Overigens is het waarschijnlijk niet toevallig, dat zijn pleidooi uit het begin der 30-er jaren stamt, zomin als het toevallig is, dat *nu*, nu blijkens het artikel van Winkel en publikaties in Duitsland – bijv. een verhandeling van Hans Georg Rupp, Richter am Bundesverfassungsgericht, die sterkt positief staat tegenover het ook in Duitsland argwanend bekeken systeem, – deze zaak opnieuw aan de orde wordt gesteld. In tijden van politieke spanningen gaat ook in de rechtspraak niet alles van een leien dakje. In een zich harmonisch uitende maatschappij – om het even of dit een echte harmonie is danwel een, die opgelegd is door een duidelijk en fnuikend machtsoverwicht aan één zijde – kan er divergentie bestaan omtrent gewenste – en binnen het kader der wet mogelijke – rechterlijke uitspraken, maar het is dan toch vooral een zaak van techniek in de ruime zin des woords. Waar zich maatschappelijke tegenstellingen van formaat met hardnekkige regelmaat baanbreken, dáár wordt niet alleen het rechterlijk college voor nieuwe alternatieven gesteld (die op grond van een bepaalde wetsuitlegging kunnen worden aangedragen) maar daar zal binnen dat rechterlijk college, tenzij het is samengesteld op een wijze, die volstrekt afwijkt van de samenstelling van de bevolking, een tenminste zakelijke spanning ontstaan omtrent de te prefereren beslissing. Het is dan mogelijk, dat een beslissing valt, waar-

voor de doorslag gaf juist de positiekeuze ten opzichte van de maatschappelijke controverse. Het is allerminst noodzakelijk, dat dit het geval is, want er zijn veel nadere criteria ter beslissing met betrekking waartoe een controverse niet bestaat of een die niet gelijk loopt met deze. Toch is het wel duidelijk, dat vanuit twéé aspecten dan de behoefte aan het uiten van een dissenting opinion zich manifester kan aandienen: vanuit de interne onafhankelijkheid van de rechter, wiens beslissing op eerstgenoemde gronden een andere zou zijn en vanuit de behoeften van een conflicterende maatschappij, die erbij gebaat is, dat een legitieme gedachtegang die niet de meerderheid kon verkrijgen tenminste als een reëel binnen de rechterlijke macht levende opvatting, naar buiten kan komen.

8. Politieke inzichten zijn inzichten omtrent de wijze waarop het maatschappelijk leven moet zijn ingericht. Wanneer zij, die daarover in conflictsituaties moeten beslissen, duidelijk richtlijnen vinden in wetgeving die voor hen bindend is, kan van afwijkende standpunten juist bij deze 'decisionmakers' moeilijk sprake zijn. Hetzelfde is overigens het geval indien die richtlijnen, waaraan zij zich moeten houden, niet of niet allereerst te vinden zijn in de wetgeving, maar in bevelen van een soeverein of dat nu een feodale vorst dan wel een met macht beklede vertolker van een wereldbeschouwing is. Een zekere mate van onafhankelijkheid van de rechter met betrekking tot deze richtlijnen is dus vooröndersteld, wil er sprake zijn van de mogelijkheid van dissenting opinions binnen de rechtspraak juist op dit voor de dissenting opinions en de rechtspraak belangrijke terrein. Men kan daarom wel zeggen, dat in de landen met codificatie reeds daarom de dissenting opinion een wat minder belangrijke rol speelt dan in de landen van de common-law, omdat de codificatie, hoezeer ook onvolledig van nature, toch in zijn samenvattingen meer uitgewerkt de grondtrekken van het politiek d.i. maatschappelijk bestel bepaalt dan een case-law systeem. Wijziging van deze *grondtrekken* door rechtspraak lijkt mij een waarschijnlijk onmogelijke en in ieder geval ongewenste zaak. Het zou betekenen, dat rechters, die deze wijziging tot stand brachten zich van de beginselen van de wetgeving niets aantrokken. Zo'n situatie is heilloos. Maar ook de dissenting opinion, strekkende tot wijziging van deze grondtrekken, kan dan niet aanvaard worden, omdat zij afkomstig zou zijn van rechters, die evenals de zich conformerenden, de taak hebben recht te spreken op grondslag van een in de wetgeving neergelegde inrichting van het maatschappelijk leven. Slechts de speling die er is binnen de interpretatie van deze grondtrekken staat open. Dat deze speling, indien benut, *uiteindelijk* kan leiden tot een grondige verandering van de maatschappij zelf in zijn grondtrekken, dankt zij slechts hieraan, dat door háár aan het licht te brengen het inzicht kan rijzen, dat de bestaande grondtrekken vervangbaar zijn. De vervanging zelf zal via wetgeving of – resoluter – via een omwenteling moeten plaatsvinden. Ik ben er allesbehalve zeker van, dat hetzelfde niet in belangrijke mate ook geldt voor de common-law landen wegens hun gebondenheid aan het precedent, dat aanzienlijk archaïstischer kan werken dan de wet. Maar die gebondenheid vooronderstelt een zelfde geval en reeds het plaatsvinden van het geval binnen een andere structuur van tijd, ruimte en omstandigheden, kan bewerken dat het niet meer hetzelfde geval is. In de common-law kan men gemakkelijk zweren bij het precedent, men kàn het ook gemakkelijk afzweren.

Voorts is de dissenting opinion in rechtsorden waarin de rechter het recht en de plicht heeft de grondwettelijkheid van de wetten te beoordelen, van duidelijk directer belang dan waar die mogelijkheid niet bestaat. Deze scheidslijn loopt dwars door het onderscheid: common-law landen en codificatielanden heen, naar ik meen. Een ge-

schreven constitutie kent Engeland niet. Toetsing der wetten en van de common-law op grondwettelijkheid vindt daar niet, zoals in de V.S., plaats. In Duitsland, dat uiteindelijk de codificatie heeft aanvaard heeft het Bundesverfassungsgerecht juist als taak deze toetsing.

Daar grondwetten – speciaal in hun grondrechten – slechts beginselen van recht vooropstellen – een politieke grondschets van het maatschappelijk leven – zal de invulling daarvan middels wetten dáár vragen oproepen waar men aan de grens van deze politieke grondgedachten is toegekomen. Die grens is uiteraard vervloeiend en het is nu juist het rechtersoordeel over de al dan niet grondwettigheid van een grensbestrijkende wet, waardoor de maatschappelijke ontwikkeling van het recht of zijn stilstand in hoge mate wordt gemarkeerd. Ook hier zal de beslissing – zomin als de legitieme dissenting opinion – niet licht in staat zijn de grondtrekken van het politieke bestel te veranderen – handhaving daarvan is juist opdracht – maar het aangeven van de uiterste mogelijkheden van de grondschets van het politieke bestel door dissenting opinion kan van bijzonder groot belang zijn voor de ontwikkeling van het maatschappelijk handelen, zoals het terugvallen op situaties beneden de demarcatielijn van het politiek gewenste, hetzij door de meerderheid hetzij door een minderheid, een verstarring aanduidt, waarvan men tenminste als voordeel kan noemen, dat zij – helder en onomwonden – wordt aangeduid en gesteld tegenover de ruimere mogelijkheden.

Nu Nederland zijn rechtsbestel heeft ondergebracht in een codificatie en wij, naar het zich laat aanzien, niet bereid zijn de rechters de taak te geven over de grondwettigheid van wetten te oordelen (zelfs niet waar het betreft de toetsing der wetten aan de grondrechten) is daarmee een situatie gegeven, die de dissenting opinion minder evident wenselijk maakt dan wanneer een van die twee of die beide omstandigheden anders waren. De tegenwerping dat het stelsel van de dissenting opinions slechts past in de Angelsaksische landen is niet beslissend maar evenmin zinloos. De tegenwerping, dat dissenting opinions pas daar van belang zijn waar de rechter wetten op hun grondwettigheid dient te toetsen is evenmin beslissend, maar ook niet zonder grond. Deze laatste tegenwerping impliceert echter wel, dat wanneer Nederland zoals te wensen zou zijn, toch zou overgaan tot het mogelijk maken van toetsing der wetten aan grondwettelijk omschreven grondrechten, daarmee een sterk argument vóór het stelsel van de dissenting opinions gegeven zou zijn. En het betekent dáárom ook, dat waar een ieder verbindende regels van bijv. het Verdrag van Rome in het geding zijn – aan welke regels de Nederlandse rechter zowel de Nederlandse wetten als de grondwet moet toetsen – het instituut van de afwijkende rechterlijke oordeelsvorming, bevorderlijk kan zijn voor de rechtsontwikkeling.

9. Hoe is het gesteld met het systeem van de dissenting opinion in de Nederlandse rechtspraak? Op *Nederlands grondgebied* kennen wij het stelsel in de procedure gevoerd voor het Internationale Gerechtshof te Den Haag. Aan de seriatim opinions van dit Hof – hoe interessant en leerzaam ook in ons kader – ga ik, om der wille van de beknoptheid, zonder meer voorbij. Verder is er, zoals te verwachten viel niet veel positiefs te ontdekken. Toch wel iets, dat aandacht verdient. De Wet op de Raad van State, zowel die van 1861 als de huidige van 1962 kent voor de adviezen van de afdeling geschillen van bestuur de mogelijkheid van bij het advies gevoegde dissenting opinions (thans art. 56 lid 3). Ik weet niet of daarvan veel gebruik wordt gemaakt. Fockema Andreae vermeldt, dat in 1934 de praktijk van het systeem in onbruik aan het raken was en dat als er contraire besluiten door de Kroon werden

genomen (in welk geval het advies van de R.v.St. in het Staatsblad moet worden gepubliceerd) de van het meerderheidsadvies afwijkende adviezen meest niet méé werden gepubliceerd. Dit was natuurlijk bijzonder spijtig, omdat aldus niet na te gaan was of het contraire besluit misschien in overeenstemming met het *afwijkend* advies genomen was. Het is merkwaardig dat bij deze adviezen de mogelijkheid van het weergeven van een afwijkend advies bestaat. Men zóu kunnen menen, dat juist het karakter van advies (zij het dan een praktisch zéér belangrijk advies) deze mogelijkheid openlaat, die naar men meent bij een *beslissing*, niet opengelaten dient te worden. Daartegen moet dan worden aangevoerd, dat in Engeland, waar de dissenting opinions met betrekking tot de rechtsbeslissing volop bestaan, deze juist niet mogelijk zijn waar de Juridical Comitee of the Privy Council in feite: de afdeling geschillen van bestuur van de Engelse Raad van State, optreedt, omdat deze slechts advies aan de soeverein geeft en zich *daarom* tot *één* advies moet beperken. Wij zullen ons met enige spanning mogen afvragen of de victorie zal beginnen bij de R.v.St., wanneer deze zoals is voorgesteld, straks een afdeling krijgt van èchte (administratieve) rechters, als het ontwerp administratieve rechtspraak overheidsbeschikkingen (AROB) de wet beroep administratieve beschikkingen (BAB) gaat vervangen.

Iets van een dissenting opinion houden voorts in de rechterlijke beslissingen, die breed uitgemeten, alternatieven van de uiteindelijk gekozen beslissing bespreken. Voorzover dit niet gebeurt omdat opgeworpen grondslagen van eis en verweermiddelen weerlegd dienen te worden, kunnen hierin natuurlijk ook verwoord zijn de opgeworpen bezwaren tegen de gekozen beslissing binnen het rechtsprekend college zèlf. Maar die opgeworpen bezwaren moeten in de 'eenheidsbeslissing' vanzelfsprekend worden *weerlegd*. Daardoor ondergaan zij noodzakelijk in presentatie en uitwerking een behandeling, die niet valt te vergelijken met die, welke plaatsvindt als een of meer rechters deze motivering èn beslissing tot de hunne maken en dus zo sterk mogelijk voor het voetlicht brengen. Vanuit het uitgangspunt: dat de mogelijkheid van een dissenting opinion twee doeleinden dient: de 'eigenstandigheid' van de rechter, die afwijkt, buiten twijfel stellen èn bouwstof op leveren voor de 'Fortbildung' van het recht, wordt aldus haast niet bereikt.

10. Dit zijn, zo meen ik, twee belangrijke doeleinden. Maar er is nog iets dat vaak over het hoofd wordt gezien. Rechtspraak heeft ten doel vrede te stichten. Rechtspraak maakt immers aan een conflict een einde. Maar zij doet dit in onze Westerse wereld door een van de beide partijen in het gelijk, de ander in het ongelijk te stellen. Het bemiddelende vonnis in zijn eigenlijke vorm kennen wij niet. Maar dat betekent, dat slechts één partij tevreden naar huis gaat. Voor de ander is de oorlog uit, maar ook verloren. Er zit een soort tegenspraak in deze dubbele functie van de rechtspraak: conflict beslechten door een der partijen gelijk te geven en: vrede stichten tussen partijen. Hier kan de dissenting opinion een psychologisch niet onbelangrijke rol spelen. Wanneer zal de verliezer het moeilijkst vrede kunnen hebben met zijn nederlaag? Naar gelang er voor zijn standpunt meer te zeggen viel. Er zijn natuurlijk zo subjectief aangedane partijen, dat zij ook als het een hopeloze zaak betreft, die op zo overtuigend mogelijke wijze in hun nadeel is beslecht, nog ontevreden blijven. Maar meest zal de onvrede toenemen naar gelang de beslissing ten voordele van de ene partij meer op het kantje af was. Welnu juist in dat soort gevallen zal er ook eerder sprake zijn van een dissenting opinion. Wordt die geuit, komt deze ter kennis van de verliezende partij, dan betekent dat voor haar geen omslag in haar materiële positie als verliezer, maar het verlies kan wel dragelijker worden, want het is niet zo abso-

luut. De verliezer staat niet alleen in zijn verlies. Iemand vond, dat hij had moeten winnen maar die iemand is – binnen de meerderheid van machtigen – zelf machteloos. Het Atheense volk dat als rechter optrad heeft zich geblameerd door Socrates tot de gifbeker te veroordelen. Maar het heeft zich niet de onuitwisbare schande aangedaan in hysterische *eensgezindheid* Socrates schuldig te verklaren aan bederf van de jeugd en verguizing der stadsgoden. Van de meer dan 500 rechters waren er velen die tegen zijn veroordeling stemden. Sommigen geven als stemverhouding 281-271, anderen duiden een iets groter verschil aan. En Socrates heeft zich aan dat feit vastgeklemd niet om een executie van de veroordeling te ontgaan maar om de veroordeling te veroordelen. Na de uitspraak van het doodvonnis, dat hij door ontvluchting niet wilde ontgaan sprak hij de vrijsprekende rechters toe. En hij zegt van hen: U kan ik mijn rechters noemen. Jezus heeft in zijn proces deze bijzondere steun van de minderheid nooit gehad en tòch vroeg Pilatus in de loop van diens proces: Wat is waarheid?

11. Waarom kennen wij het stelsel der dissenting opinions niet, als het toch deze belangrijke voordelen biedt? Is het misschien omdat deze voordelen van geen betekenis zijn in een gecodificeerd stelsel en een rechtsleer, die de rechter het oordeel over de wetten (in formele zin) onthoudt? Ik heb reeds erkend, dat de voordelen daardoor minder evident worden, maar verder behoef ik niet te gaan. Het is immers zonneklaar, dat de voordelen ook onder ons stelsel van betekenis blijven. Zeker nu er geen twijfel meer over kan bestaan, dat de rechter allerminst de mond van de wet is, die haar wachtwoorden uitspreekt, maar een eigen rechtscheppende en rechtvormende taak heeft, om het even vanuit welke theorie en in welke (in ieder geval niet onbeduidende) omvang men deze aanwezig acht. Het Continentale en het Angelsaksische standpunt zijn zo duidelijk naar elkaar toegegroeid, dat, terwijl onze theoretici steen en been klagen over de starheid van de codificatie, overzee door de vanouds in rechtszaken niet al te bescheiden Engelsen, gestudeerd wordt op de invoering van codificatie. En al kan de rechter (behoudens waar het conflicten met internationale verdragen betreft) de wet niet op haar geldigheid onderzoeken, hij heeft juist door zijn vrijheid ten opzichte van de wet voldoende mogelijkheid om een wet die in een voor de hand liggende uitleg met echte grondbeginselen van onze samenleving strijdt, zo uit te leggen, dat die strijd niet aanwezig is. Dat tenslotte het *derde* psychologische voordeel ook binnen onze rechtsordening geldt, lijkt zonder meer duidelijk.

Maar natuurlijk staan daar bezwaren tegenover. Iets niet invoeren wat alleen maar voordelen heeft – en wat ieder als alleen maar voordelig ervaart – is pure waanzin. En al lijkt het wel of wij nu meer dan toen Huizinga erover schreef in een bezeten wereld leven, collectieve en als zodanig onderkende waanzin zou elk van ons toch nog willen vermijden. De bezwaren zijn er en natuurlijk zijn zij niet onbeduidend. Het gaat om een keuze na afweging. Voor mij lijdt het geen twijfel, dat wij er goed aan zouden doen voor het stelsel van de dissenting opinions te kiezen, zij het dan voorlopig niet in een algemene vorm.

12. Het bezwaar dat ik met bezwaard hart als eerste moet noemen is dit: dit stelsel is in strijd met de Nederlandse rechtstraditie: het is nooit gebleken dat er (grote) behoefte aan tot uitdrukking werd gebracht en we hebben het zo wel gerooid. Met een bezwaard hart, zeg ik, omdat dit argument niet te weerleggen valt. Dat maakt ook zijn zwakheid uit. Als iets ongewenst is, omdat het er tot nu toe niet geweest is (een argumentatie die diep in ons geworteld schijnt) dan heeft géén voorstel tot verande-

ring kans van slagen. Niet echter dat alle veranderingen goed zijn is een argument om nieuwe zaken te beproeven maar wel – onuitroeibare kracht van elke progressiviteit – dat het bestaande minstens beter zou kunnen zijn. Ik beperkt mij wat dit argument betreft nog tot twee punten:

a. het lijkt redelijk te stellen, dat het nieuwe zijn voortreffelijkheid, zijn beter-zijn moet bewijzen, voor het kan worden aanvaard. In de rechtspraak is dat onredelijk, omdat, wat in het procedurebestel niet is aanvaard, ook niet plaatsvindt en dus zijn beter-zijn niet kan bewijzen.

b. Wij hebben het zonder ook wel gerooid, was het laatste stuk van het argument. Daartegen valt in ieder geval – spijtig genoeg – wel iets te berde te brengen. Wij, de rechtspraak, rooien het niet zo best meer, althans, en dat is beslissend, in de ogen van de buitenwereld. Ze kunnen best ongelijk hèbben, die buitenmensen, maar wat hebben we daaraan als ze meer en meer gelijk krijgen?

13. Het belangrijkste bezwaar hangt samen met ons oordeel over wat recht moet zijn. Ik stel de extremen nu maar zo duidelijk mogelijk tegenover elkaar.

Recht is in een concreet geval wat onverschillig wie beslist met betrekking tot een conflict van maatschappelijke aard op onverschillig welke gronden, desnoods zonder grond. Onverschillig wie, alleen niet in dit opzicht, dat de beslisser àls beslisser door de partijen die conflicteren en door de gemeenschap die de beslissing ten uitvoer moet leggen wordt aanvaard.

Recht is – ander uiterste – de langs juiste weg genomen juiste beslissing. Dit is niet het onderscheid tussen wet- of rechtspositivisme en natuurrecht. Dit is het onderscheid tussen wie menen dat rechtspraak willekeur mag zijn àls er maar een beslissing komt en die van oordeel zijn, dat er voor ieder geval een juiste oplossing aanwezig is. Dat laatste menen met name ook zulke stellige verwerpers van het natuurrecht gelijk utilitaristen en – in onze tijd – functionalisten. Gezien de stand op het schaakbord, gezien de spelsituatie in de cupfinale is deze ene zet, deze balbehandeling de goede, ook al kan zij in geen enkele andere situatie als goed gelden.

Deze beide uitersten bepalen de situatie tegenover de concrete rechtsbeslissing. Als er voor een geval een oplossing aanwezig is, die, minstens gezien de omstandigheden van het geval, beter is dan alle andere, en die ook als zodanig te ontdekken valt, dan moet de rechtspraak wel de pretentie koesteren in haar oordelen die 'betere' beslissing weer te geven.

Natuurlijk kan de toeschouwer bij het rechtsbedrijf van mening zijn dat de concrete beslissing er helemaal naast is, en wanneer die toeschouwer bovendien deskundige is zal hij dit wellicht met klem van redenen aantonen. Wat hij echter niet zal willen aanvaarden is, dat de gekozen en volgens hem zó verkeerde oplossing van het geval tenminste als dissenting opinion een plaats zou moeten krijgen binnen het geheel van het oordeel, want deze oplossing, hoewel realiseerbaar met staatsmacht, is voor hem non-sense.

Eenvoudiger gezegd: tegen het stelsel van de dissenting opinions verzet zich de diep gewortelde opvatting, dat er voor elk geval maar één goede oplossing is en dat het de natuurlijke taak van de rechtsprekende colleges is deze goede opvatting tot uitdrukking te brengen.

Zij kunnen daarbij wel mistasten, maar die beslissing is dan ook totaal mis en daarom is een andere totaal goed.

De dissenting opinion stelt voorop de mogelijkheid, niet dat rechterlijke colleges kunnen falen (– want dat wordt reeds erkend door het creëren van hogere beroepsmo-

gelijkheden en de beperking daarvan is slechts gevolg van het feit, dat één criticus uiteindelijk zelf niet meer bekritiseerd zal mogen kunnen worden, willen wij de werkelijkheid die beslissingen eist, geen geweld aandoen: daarom is er, op nationaal niveau, geen gewoon beroep meer mogelijk tegen beslissingen van de Hoge Raad –) maar dat er ondanks beraadslaging binnen een rechterlijk college twee standpunten tegelijk kunnen blijven bestaan die de moeite waard zijn, die – hoewel tegengesteld wat betreft de beslissing en motivering – toch allebei binnen het rechtsbedrijf reden van bestaan hebben. En dat betekent dat zij allebei – hoewel tegengesteld enz. – de beslissing zouden kunnen inhouden, terwijl de vraag welke mening de beslissing draagt slechts van het tellen der neuzen afhankelijk is. Zou het anders zijn, zou – hoe moeilijk achterhaalbaar binnen de beraadslaging – de grondgedachte voorop staan: er is slechts één beslissing die evident de beste is, dan ware het inconsequent die dissenting opinion toe te laten.

De dissenting opinion is dan ook de uitdrukking van de wezenlijke pluraliteit in de beoordeling van het menselijk handelen, het menselijk conflict, niet in het algemeen – daarover twijfelen slechts weinigen – maar in een concreet geval, onder een concrete wetgeving, in omstandigheden die concreet naar tijd, plaats en omgeving bepaald zijn. Ik denk wel, dat die pluraliteit zich ergens oplost, maar ik denk nog iets overtuigder dat dat hier en nu niet zal plaatsvinden. Met hier bedoel ik: onder het dak der wereld. De dissenting opinion van nu mag dan ook zelfs voor de toekomst niet meer pretentie hebben, dan te worden het meerderheidsoordeel, dat de beslissing draagt: Niet het juiste oordeel, ook niet in dit concrete geval. Want dan zou de revolutie haar eigen kinderen verslinden en nieuwe dissenting opinions onmogelijk maken.

Nog eenvoudiger gezegd: onze rechtspleging gaat er vanuit dat rechters, die samen moeten beslissen van mening kunnen verschillen over de oplossing die aanvaard moet worden. Anders zou beraadslaging niet meer kunnen inhouden dan het aan elkaar mededelen van noodzakelijk identieke oordelen en motiveringen daarvoor. Het spel van argumentatie en overtuiging zou echter binnen het college *moeten* leiden tot een eensgezind oordeel: de beraadslaging werkt uniformerend en harmoniserend. Gebeurt dat een enkele keer niet – gebeurt dat desnoods regelmatig niet – dan moet dat feit verdonkeremaand worden – en *mag* het ook verdonkeremaand worden – omdat dat alleen maar bewijst, dat de beraadslaging gefaald heeft. Zij *had* tot een eensgezind oordeel moeten leiden, omdat er maar een goede oplossing is.

Nu dat eerste niet het geval is, nu de beraadslaging gefaald heeft, mogen en moeten wij die fout wegwerken. Wij geven een oordeel, dat als oordeel van de rechtbank, van het hof geldt, van het gehele lichaam, dat slechts één gedachte, één oordeel kan hebben en dat is het juiste oordeel. Daarin kan het lichaam: rechtbank of hof zich vergissen, niet in de overtuiging, dat er maar een juiste oplossing is.

Eenvoudigst gezegd (gezien mijn mogelijkheden): elk oordeel is het oordeel van het gehele lichaam. Wie tégen was heeft – ik kom hier bij Rousseau terecht – daarmee alleen maar een poging gedaan dit oordeel weer te geven. Hij ziet in, dat hij zich vergist, omdat de anderen anders oordelen. Hij mag en kan dus mee het vonnis wijzen, waar hij tegen was.

14. Ik denk, dat deze opvatting niet houdbaar is en dat er in een concreet geval – binnen de mogelijkheden van de wet en van de constitutie – méér dan eens méér goede oplossingen mogelijk zijn. Het wezen der rechtspraak brengt met zich mee, dat zij – als beslissing – niet meerdere, ongelijke uitkomsten in één concreet geval, verwerkelijken kan, elkaar tegensprekende motiveringen, niet kan laten dienen als

grondslag voor de beslissing. Het wezen der rechtspraak verzet er zich echter niet tegen dat zij naast elkaar tot uitdrukking gebracht worden.

15. Een ander bezwaar: het respect voor de rechtspraak gaat verloren als een beslissing naar buiten wordt geopenbaard, die niet door de meerderheid van het college wordt gedeeld, en waaruit blijkt dat een andere oplossing mogelijk is. Als met dat respect wordt bedoeld: het gezag van de uiteindelijk ten uitvoer te leggen uitspraak, dan is dat, met een belangrijke restrictie juist. Het is juist, omdat – mèt een belangrijke restrictie – gezegd kan worden, dat unanieme oordelen meer gezag hebben dan meerderheidsoordelen. In de marge zij echter opgemerkt, dat in de huidige rechtspraak het gezag van het unanieme oordeel niet aanwezig is. Elk oordeel doet zich vóór als het oordeel van allen, van géén oordeel – buiten die bij strafrechtspleging in hoger beroep, welke ik vermeldde – staat vast, dat het een unaniem oordeel was. De restrictie is deze : naar mate men – terecht of ten onrechte – er meer van overtuigd is, dat de rechterlijke colleges zo zijn samengesteld, dat ondanks aannemelijkheid in het algemeen van verschil van opvatting, toch binnen die colleges steeds unanimiteit valt te verwachten, hebben eensgezinde oordelen – in gevallen waarin men ook de andere kant op kon – slechts een averechtse werking. De gedachte van de klasse-justitie in de huidige vorm – dus niet als opzettelijke onrechtvaardigheid tegenover de leden van een andere klasse dan waartoe de rechter behoort – gaat hierop terug.

Maar dit argument van vermindering van overtuigende kracht van een beslissing doordat zij vergezeld gaat van een dissenting opinion, heeft ook overigens niet veel meer kracht dan een argument dat zich zou keren tegen de mogelijkheid om in beroep, cassatie, revisie etc. het oordeel van een college waartegen de voorziening zich richt ongedaan te maken. Niet weersproken kan worden, dat de beslissing in een zaak, waarin de drie rechtsprekende colleges alle een ander oordeel hadden, bedenkingen kan oproepen. Evenmin weersproken is echter, dat dit een aanvaardbaar nadeel is van de rechtspleging, die lang volhoudt, dat ook rechters op zoek zijn naar een (niet de) juiste beslissing.

16. In 1896 werd in de V.S. door het Supreme Court recht gedaan in de zaak Plessy v. Ferguson. Het oordeel van de meerderheid van het Hof hield in dat de staat het recht had rassenscheiding in het openbaar te eisen.

Onder 'public places' vielen ook de scholen. Deze beslissing werd dan ook overruled in 1954 toen in de zaak Brown v. The Board of Education rassenscheiding op scholen in strijd met de grondwet werd verklaard.

Als enige was tegen de beslissing van 1896 de rechter Harlan sr. In zijn dissenting opinion schreef hij: 'the judgment this day rendered will, in time, prove to be quite as pernicious as the decision made by this tribunal in the Dredd Scott case.' Tot recht verstand zij vermeld dat de Dredd Scott case dateerde van 1857, betrekking had op de rechtspositie van een naar het noorden gevluchte slavenfamilie en ontkende dat zulk een slaaf een 'citizen' kon zijn. Een latere voorzitter van het Hof – Hughes – zou betogen, dat deze beslissing was 'the most serious of the self-inflicted wounds in the Courts history'.

Van een beslissing waarmee men het niet eens is te gewagen, als mede-oordelend rechter, dat zij even rampzalig is als de in de historie bekende meest beruchte beslissing, is dat niet de samenwerking binnen een college op te hoge proef stellen?

Zo zouden wij dit bezwaar kunnen omschrijven dat ongetwijfeld ook ten onzent, waar de idee, dat de rechters van een college een team dienen te vormen – en teams

dienen het meer van samenwerking, dan van conflicten te hebben – sterk leeft, niet mag worden onderschat. Ik zou daarop willen zeggen, dat het in beide besproken gevallen om zaken ging, die inderdaad de grondslag van de Amerikaanse samenleving direct raakten en die inderdaad mettertijd volstrekt onhoudbaar zijn gebleken en rampzalige gevolgen hebben gehad, gelijk ook nu nog, nu zij zijn achterhaald, blijkt daar toch hèt interne probleem van de V.S. is gelegen in de verhouding van het zwarte en blanke bevolkingsdeel.

Aan zulke belangen moet men – in geweten – de prettige samenwerking binnen een team opofferen, indien deze zich niet verdraagt met het op krachtige wijze innemen van een afwijkend standpunt.

Overigens zullen weinigen ontkennen, dat juist deze samenwerking eist een zelfbeperking van de dissenter, zo wat betreft de vraag of het openbaar maken van een dissenting opinion, alle belangen afgewogen, beter is dan een zwijgen en wat betreft de wijze waarop lucht gegeven wordt aan de afwijkende mening. Voorshand ben ik echter van mening, dat de sociale situatie binnen een college in Nederland meer dan voldoende tegendruk tegen deze euvels garandeert. Waar – hier meer, daar minder – reeds het innemen van een afwijkend oordeel bij de beraadslagingen argwanend wordt bekeken, daar zal zeker aanvankelijk nogal wat water door de Rijn moeten stromen, voor het regelmatig openbaar maken van dissenting opinions een intern aanvaarde zaak zal zijn, ook al is zij wettelijk geregeld.

Slechts een groeiende mate van ontworsteling aan interne machtsverhoudingen – gebaseerd op functie, anciënniteit en roep van bekwaamheid – zal die sociale rem kunnen opheffen. Juist het feit dat dit proces van ontworsteling aan de gang is of zal komen, sterkt mij in het oordeel, dat een wettelijke regeling van de dissenting opinion zin heeft. Een dergelijke regeling, die een dode letter blijft, is immers geen zaak om voor op de barricade te staan.

17. Ik noem nog een bezwaar: de polarisatie niet in het persoonlijke vlak, maar met betrekking tot de motivering van het meerderheidsoordeel, die van het uiten van een afwijkend minderheidsoordeel het gevolg kan zijn. In de Dredd Scott affaire is daarvan een historisch sterk voorbeeld te vinden. Zulk een polarisatie van oordeelsvorming is niet geheel zonder bedenking. De weg naar een nieuwe ontwikkeling met betrekking tot een rechtsvraagstuk wordt vaak gebaand doordat de beslissing die de nieuwe weg nog niet opging, toch in een zekere gematigheid van formulering, in het openlaten van mogelijkheden, bij *iets andere* constellatie van feiten daartoe uitzicht biedt. Daar staat echter tegenover dat deze polarisatie van oordeelsvorming de uiterste consequenties van elk der standpunten onverhuld naar voren laat komen en zo – bij de natuurlijke voortgang van het denken over het recht – ook beter materiaal biedt voor de keuze van straks dan de open formulering binnen een compromis, die behalve open ook vaak vaag is. In geen geval lijkt mij dit bezwaar van beslissende aard.

18. Ik ben thans gekomen aan het einde van dit betoog, maar moet nog een praktische vraag beantwoorden. Indien wij bij reorganisatie van de rechterlijke macht, die binnen tien jaar haar beslag zal dienen te vinden en die is aangeduid als een algehele herziening, ook het stelsel van de dissenting opinions aanvaarden, in welke mate en in welke vorm zal dit dan moeten zijn?

Ik zou allereerst willen stellen, dat deze dissenting opinions nimmer verplicht dienen te worden gesteld. Wie het met het oordeel van de meerderheid niet eens is, kan nog wel het zelf-inzicht hebben dat zijn oordeel wellicht, hoewel hij het subjectief

niet kan prijsgeven, objectief niet haalbaar is. Ik zou mij echter kunnen voorstellen, dat dan bepaald werd in de beslissing dat zij niet eenstemmig werd genomen en zo dat zinvol is, hoe de stemverhouding was.

Vervolgens rijst de vraag, in welke gevallen men van het uiten van een dissenting opinion gebruik *mag* maken. Ik weet, dat het onderscheid tussen feitelijke vragen en rechtsvragen hachelijk en omstreden is. Maar in veel gevallen die geen grensgevallen zijn, is het nochtans duidelijk. Omtrent de feiten nu, zou, zo meen ik, een dissenting opinion geen zin hebben, althans geen tastbare voordelen. De argumentatie dat een feit bewezen of niet bewezen is, die omtrent de betrouwbaarheid van een getuige, het zijn zaken van te subjectieve aard dan dat de *motivering* van het minderheidsoordeel ons verder kan helpen. Wel zal men echter de mogelijkheid moeten scheppen, om degenen die daar prijs op stellen, of die dit noodzakelijk vinden, in de gelegenheid te stellen, aan een dissenting *vote* uitdrukking te geven. Dit zal tengevolge hebben, dat bijv. met betrekking tot het bewijs van feiten zo in strafzaken als in civiele zaken kan komen vast te staan, dat een eensgezind oordeel ontbrak.

Wat betreft het oordeel over het recht zou ik echter menen, dat in ieder geval bij de hoogste instantie: Hoge Raad, Centrale Raad van Beroep, Hoog Militair Gerechtshof enz. steeds het uiten van een dissenting opinion, *behorend bij de beslissing*, mogelijk moet zijn.

Wat de beslissingen van de 'lagere colleges' betreft, voor zoveel die betrekking hebben op het recht, zou ik in beginsel de mogelijkheid ook liefst aanvaarden. Daarbij doet zich het praktische bezwaar voor, dat de dissenting opinions een extra stimulans kunnen zijn om in beroep of in cassatie te gaan en de idee, dat men als verliezer met het vonnis vrede moet hebben, dus misschien zullen verkleinen. Het hogere college heeft voorts naast de grieven in de dissenting opinion een soort criterium van beoordeling. Het zal, naar ik aanneem, vrij grote uitzondering zijn, wanneer binnen de rechtbanken van de dissenting opinion gebruik gemaakt wordt. Dat betekent dat het dan bijzonder belangrijke grensgevallen zullen zijn of dat de dissenter een bijzonder eigengereid man is. In het eerste geval zie ik alle reden om de dissenting opinion toe te laten en het tweede valt op de koop toe te nemen. Dat er binnen de rechtspraak ook lastige mensen zijn, komt dan alleen ook naar buiten en dat kan aanleiding zijn – via kritiek – tot onderdrukking van die neiging.

19. Is het nodig de afwijkende mening te *personaliseren*, zoals dat nadrukkelijk pleegt te geschieden in de V.S.?

Dat een rechtsprekend college zou zijn een lichaam, dat als lichaam de waarheid achterhaalt, is mijns inziens een verkeerd denkbeeld omtrent de wijze van functioneren van rechtspraak. Maar dat betekent niet, dat ik het daarom zo aan te bevelen zou vinden, dat het oordeel in de rechtspraak – of dit nu afwijkend is of niet – uitdrukkelijk het oordeel van een of van enkele personen, die met name genoemd worden, is. In de collegiale rechtspraak verwoordt zich, zelfs als het een beslissing bij meerderheid is de idee, dat de rechtsbeslissing iets gedepersonaliseerds heeft, door een trechter is gegaan, waarin het bezinksel van te persoonlijke opvattingen, ambities, zedelijke oordelen, te spitsvondige uitzonderingen, te grootse generalisaties is achtergebleven. Ook het afwijkend oordeel is – als het goed is –, binnen dat proces, van een te persoonlijke kleur en vorm losgeweekt. Dan is er ook geen reden om het, wanneer het wordt geuit, per se op naam van de dissenter te schrijven. Slechts wanneer hij de wens daartoe uitdrukkelijk te kennen zou geven, omdat het meerder-

heidsoordeel er één is, waarvan hij zich niet alleen door de zakelijke inhoud van zijn oordeel, maar ook persoonlijk wil distantiëren, is er reden het afwijkend oordeel op naam te stellen.

20. Concurring en dissenting opinions binnen de rechtspraak maken in een tijd, die worstelt om tot vaststelling van waarden voor de nieuwe wereld te komen, een kleine, maar belangrijke bijdrage uit tot bepaling dier waarden in de toekomst. Omdat die worsteling om waarden universeel plaats vindt, zullen ook de personen, die deel uit maken van het rechtsbedrijf nu en vooral in de toekomst steeds meer daarover intern verdeeld zijn. Zou het anders zijn, de rechterlijke macht ware geen afspiegeling van het maatschappelijk leven, maar een kaste die overleeft. Een der taken waarvoor overheid en volk in deze tijd staan is dan ook de condities scheppen, waardoor binnen de rechterlijke macht die worsteling om waarden gestalte krijgt. Dat is niet het opruien tot onenigheid. Het is meer een smeekbede om vrede. Een worsteling om waarden, die in concrete beslissingen ten behoeve en ten nadele van anderen haar resultaat vindt, zal slechts aanvaard kunnen worden, als de handgrepen die daarbij gebruikt worden, ook die welke niet tot de zege leiden, bekend werden. Want misschien was de handgreep wel goed, mits even later toegepast. Knokkende rechters, ik zie velen huiveren. Hoe weinig zijn zij daarin geoefend. Wat zullen ze elkaar toetakelen. Vrees niet. Dit is een etherisch gevecht. Straks zeggen zij het de Engelse Lord Justice Asquith van harte na: 'Mijn collega's zijn zulke vriendelijke en intelligente mensen, dat het welhaast een genoegen is, wanneer zij met mij van mening verschillen.'

8. Privacy in Edam

NJ 1987, 928

1. Bij brief van 18 okt. 1983 deelden B en W van de gem. Edam-Volendam aan de eiseres tot cassatie – in het vervolg aan te duiden als: de eiseres – mede, dat de aanvullende uitkering ingevolge de ABW, die zij als part-time kleuterleidster na haar echtscheiding vanaf 17 dec. 1977 had ontvangen, bij beschikking van 11 okt. 1983 met ingang van 1 nov. 1983 werd ingetrokken. De eiseres was toen 37 jaar. Haar drie kinderen die bij haar woonden waren in de leeftijd van 10 tot 12 jaar.

In de brief werd als reden voor de intrekking van die uitkering opgegeven:

> 'In uw situatie met de heer E. moet aangenomen worden dat er sprake is van een samenwoning onder omstandigheden, die in financieel-economisch opzicht niet wezenlijk verschillen van die van een gezin, als bedoeld in art. 5 ABW.'

De intrekking geschiedde na een daartoe strekkend advies van een rapportrice van de GSD van 27 sept. 1983, waarvan de 'conclusie' aldus aanving:

> 'Mede op grond van informatie van de heer K. heeft het er alle schijn van dat deze relatie niet wezenlijk verschilt van die van een gezinssituatie als bedoeld in art. 5 ABW.'

De eiseres diende tegen de intrekkingsbeschikking een bezwaarschrift in en vroeg bij (de voorzitter van) GS van Noord-Holland een art. 45 ABW-voorziening aan. Het bezwaarschrift werd door B en W van Edam op 14 dec. 1983 ongegrond verklaard, tegen welke beslissing de eiseres bij GS in beroep kwam. Bij beschikking van 17 nov. 1983 was het verzoek van de eiseres ex art. 45 ABW reeds door de voorzitter van GS toegewezen. Deze had daarbij aan B en W bericht:

> 'De omstandigheid dat een ambtenaar, werkzaam ter secretarie in Uw gemeente, vaak 's avonds zou hebben geconstateerd dat de heer E. bij betrokkene verblijft, acht ik voorshands daarbij niet van belang.'

Op 17 april 1984 hebben GS het door de eiseres ingestelde beroep gegrond verklaard en de Kroon heeft op 10 juli 1986 bij KB nr. 137 het door B en W van de gemeente daartegen gerichte beroep ongegrond verklaard (Het KB hecht ik aan deze conclusie) (niet gepubliceerd; *Red.*).

2. Bij inleidende dagvaarding in het door de eiseres tegen eerdergenoemde K. – verder te noemen: de verweerder – aangespannen k.g. heeft de eiseres o.m. aangevoerd, dat zij in het kader van de bezwaarschriftprocedure op haar verzoek van B en W ter inzage heeft ontvangen het dossier dat sedert december 1977 bij de GSD omtrent haar was aangelegd en dat daardoor haar bange vermoedens dat de verweerder, die een buurtbewoner van haar is zes jaar lang haar doen en laten had geobserveerd met name betreffende haar relatie met E., werd bevestigd. Immers in het dossier werden 'interne

memo's' van de hand van de verweerder aangetroffen en die betroffen:

> 'o.a. het gearmd over straat lopen van eiseres met haar vriend, de frequentie waarmee de vriend haar zou bezoeken, het met elkaar op vakantie gaan en het al dan niet gebruik maken door eiseres van de auto van haar vriend'.

De verweerder was in de periode waar het over gaat, adjunct-directeur bij de GSD van de gemeente. Op 1 sept. 1984 heeft de verweerder met gebruikmaking van de VUT-regeling de dienst der gemeente verlaten.

3. Op grondslag van de feiten, als onder 2 weergegeven en aanvoerende dat als gevolg van de rapportage haar ABW-uitkering gedurende enige tijd werd stopgezet ('Na zes jaar spionage en het rondsturen van interne memo's bij de GSD had gedaagde eindelijk zijn zin'), terwijl zij als direct gevolg

> 'van de continue nasporingen en rapportages van gedaagde ernstig (is) geschaad in haar privacy alsook in haar goede naam en eer'

vorderde de eiseres dat de Pres. de verweerder zou verbieden over het gedrag van de eiseres en over haar relatie aantekeningen bij te houden en daaromtrent enige mededeling mondeling danwel schriftelijk te doen.

4. De eiseres legde er in haar pleitnotities de nadruk op, dat zij de vordering aanhangig had gemaakt wegens onrechtmatige daad van de verweerder:

> 'als buurman tegen eiseres. Met nadruk stel ik hier dat de buurman, die toevallig ambtenaar is, hier is gedagvaard en *niet* de ambtenaar, die toevallig buurman is'.

Zij voerde voorts aan, dat de verweerder

> 'bleek niet alleen eiseres vrijwel dagelijks bespied te hebben, hij had zijn huiswerk veel grondiger gedaan. Nog voordat eiseres nl. aan de GSD in het kader van een hercontrole had verteld wie de vriend is, die bij haar over de vloer komt, had de heer K. deze reeds met naam, adres en beroep in zijn interne memo vermeld ...'.

5. Het verweer in eerste instantie zal ik hier slechts op één punt weergeven, omdat dat ook in hoger beroep van betekenis is. Omtrent het optreden van de verweerder wordt opgemerkt, dat hij woont in de directe omgeving ('om de hoek') van de eiseres en voorts:

> 'In het (verre) verleden heeft K. tweemaal (niet meer en niet minder) eigen waarnemingen gesignaleerd aan de GSD via een – gebruikelijk gehanteerd – zgn. 'memorandum voor intern gebruik'. Het memorandum van 9 jan. 1979 is door eiseres overgelegd. Het memorandum van 3 april 1978 luidt ... enz. ...
>
> Aan de beëindiging van de bijstand van mevr. G. per 1 nov. 1983 ligt ten grondslag het halfjaarlijkse onderzoeksrapport van 27 sept. 1983 (...). Noch bij de samenstelling van dat rapport, noch bij het daaraan voorafgaand onderzoek, heeft K. een rol gespeeld. NB Dit laatste onderzoek is verricht ruim 3 1/2 jaar na het tweede en laatste memo van K.'

6. Bij zijn vonnis van 10 mei 1984 heeft de Pres. van de Amsterdamse Rb. de vordering van de eiseres ten dele toegewezen en de verweerder verboden

> 'om inlichtingen omtrent eiseres aan de GSD te Edam of enig ander persoon of instelling te verstrekken, zulks op verbeurte van een dwangsom van f 500 voor iedere overtreding van dit verbod'.

7. Een van de overwegingen, die tot de uitspraak leidden, luidde:

> '... dat ... moet worden aangenomen dat de werkzaamheden van gedaagde met betrekking tot de bijstandsuitkering aan eiseres zich uitstrekken tot:
>
> a. het, tot voor kort, met een zekere regelmaat doen van constateringen omtrent het privé-leven van eiseres
> b. het doorgeven van de aldus verzamelde gegevens aan de GSD

c. enz. ...'

8. De huidige verweerder stelde tegen dit vonnis hoger beroep in en voerde daartegen vijf grieven aan.

De eerste grief richtte zich o.m. tegen de overweging als hiervoor onder 7 weergegeven: Appellant zou slechts op 3 april 1978 en 9 jan. 1979 zich in een memorandum over het privé-leven van de eiseres hebben uitgelaten, terwijl de verzamelde gegevens ook slechts die twee keer aan de GSD zouden zijn doorgegeven.

9. Bij zijn arrest van 13 dec. 1984 heeft het Hof te Amsterdam die eerste grief in zoverre (zij richt zich ook, en volgens het hof terecht, tegen het onder c overwogene) verworpen:

> 'Op grond van de in de aangevallen overweging genoemde stukken is de Pres. terecht tot dit oordeel gekomen, zodat de stelling van appellant dat hij slechts tweemaal gegevens – per interne memo in 1978 en 1979 – heeft doorgegeven niet kan worden aanvaard.'

10. Omdat in cassatie tegen dit oordeel van het hof door geen der pp. is opgekomen staat aldus vast:

> 'dat verweerder minstens vanaf april 1978 tot kort voor het k.g. diende – 4 mei 1984 – met een zekere regelmaat constateringen deed omtrent het privé-leven van de eiseres en die dan in ieder geval bij meer dan twee memo's doorgaf aan de GSD'.

11. Namens de eiseres zijn bij 'conclusie van repliek' in cassatie een tweetal produkties overgelegd: een brief van 20 april 1985 van G.W. Mul, die van 1 juni 1970 tot 1 sept. 1981 werkzaam was – als medewerker, later coördinator, nog later chef van de buitendienst – bij de GSD van Edam-Volendam èn een memo ('memorandum voor intern gebruik') van de hand van de verweerder van *4 sept. 1980 te 10.00 uur,* luidende:

> 'De 'kostganger' van mevr. G. ..., str. ..., Edam, genaamd E. ... is geboren op ... en staat als woonadres nog steeds genoteerd op het adres ... te Edam. Deze informatie heb ik gepleegd in verband met het feit dat betrokkene praktisch doorlopend op het adres ... Edam verblijf houdt en *er op 2 september jl. 's avonds een familiefeest gehouden is, waarbij de ouders en o.m. zusters en broers van mevr. G. aanwezig waren.* Kennelijk hield dit feestje verband met de verjaardag (2 september) van hr. E. Dit versterkt mijn mening dat hier toch wel van een economische eenheid sprake is.'

De brief van G.W. Mul houdt o.m. in:

> '... Op grond van deze overtuiging *rapporteerde hij regelmatig* als hij meende dat het uiterlijk gedrag van mevr. G. ... aanleiding gaf om haar uitkering te beperken. Dit leidde dan tot *opdrachten* aan de buitendienst, via memo's, die ik ontving om een heronderzoek in te stellen. Na enige malen omtrent die situatie van betrokkene te hebben gerapporteerd *werden de memo's door mij niet meer doorgegeven,* wanneer ons duidelijk was dat de memo werd ingegeven door het ongenoegen van de heer K. over de wijze waarop mevr. G. inhoud aan haar relatie gaf.
>
> Dit riep uiteraard interne spanningen op, vooral omdat de memo's vaak kwamen als de directeur niet aanwezig was en de heer K., als adjunct-directeur *de opdrachten* kon verstrekken ...' (viermaal cursivering van mij; *L.*).

12. Zoals bekend moet zijn, kunnen in cassatie aan deze stukken geen argumenten voor de beslissing worden ontleend. Het zijn m.i. zeer belangrijke stukken, maar zij hadden in de feitelijke instanties moeten worden overgelegd. Gelukkig heeft het hof, op heel wat minder sterk bewijsmateriaal, de grief onder één, waarvan de verweerder moet hebben geweten, dat zij een regelrecht onjuiste voorstelling van zaken gaf, verworpen. We kunnen rustig zeggen, dat de zekere regelmaat waarmee de verweerder de

gangen van de eiseres naging een eufemisme is voor een jarenlang regelmatig volgen van het privé-leven van de eiseres met als doel haar uitkering – door het verstrekken van gegevens over dit privé-leven – door B en W te doen intrekken.

13. Het hof heeft bij zijn reeds vermeld arrest van 13 dec. 1984 grief 1 voor het overige (gelet op de brief van G.W. Mul waarschijnlijk ten onrechte, maar dat kon het hof niet helpen) gegrond verklaard. Ik citeer uit het arrest (p. 3-4):

> 'In genoemde memo's vermeldde appellant 'gaarne (her)onderzoek'. Hieruit volgt dat niet aannemelijk is geworden dat appellant op eigen initiatief (her)onderzoek heeft gelast. Als vaststaande activiteiten of handelwijze blijft dan aan appellant verweten dat hij met betrekking tot de bijstandsverlening aan geïntimeerde tot voor kort met een zekere regelmaat gegevens heeft verstrekt aan de GSD ...'

Op de in het arrest onder 7, 8, 9 en 10 uiteengezette gronden komt het hof vervolgens tot het oordeel, dat het als vaststaand aan de verweerder verwetene niet oplevert een onrechtmatige daad van hem jegens de eiseres. Het vonnis van de Pres. wordt vernietigd, waarna de gevraagde voorzieningen alsnog worden afgewezen. De eiseres wordt verwezen in de proceskosten van beide instanties, in totaal groot f 3000. Wie zal dat betalen? Of hoeft die vraag (nog) niet gesteld te worden?

14. De eiseres heeft zich tegen het arrest van het hof van beroep in cassatie voorzien. Namens haar zijn twee middelen van cassatie voorgesteld en toegelicht. Ieder middel bestaat uit een aantal onderdelen. In één der dossiers heb ik op de cassatiedagvaarding een nummering aangebracht: I 1-13 en II 1-14. De middelen zijn namens verweerder bestreden.

15. Er moeten een paar zaken genoemd worden die in deze procedure *geen* rol spelen. Ik noem er drie:

a. niet rechtstreeks van belang is, dat de eiseres met betrekking tot de ingetrokken uitkering bij GS en de Kroon gelijk heeft gekregen. De eventuele onrechtmatigheid van de handelwijze van de verweerder hangt daar niet van af. Weliswaar is bij de intrekking de rapportage van de verweerder van belang geweest (men leze de brief van B en W aan de voorzitter van GS van 8 nov. 1983), maar het hof heeft in zijn arrest vastgesteld (p. 5, nr. 9):

> 'Niet aannemelijk is geworden dat de door appellant verstrekte gegevens onjuist waren. Ook al mochten die gegevens de suggestie wekken dat geïntimeerde – naar later onjuist werd geoordeeld – met haar vriend een gezinssituatie vormde die niet afweek van de situatie als genoemd in art. 5 ABW, daaruit volgt niet dat de door appellant verstrekte gegevens waarop die suggestie berustte, onjuist waren.'

In de feitelijke instanties is namens de eiseres wèl staande gehouden dat de gegevens uit de memo's (ten dele) onjuist waren (pleitnotities, eerste aanleg, p. 3 (aangeduid als p. 2 in het midden); memorie van antwoord, p. 6 bovenaan, pleitnotities in appel, p. 3, 3 e alinea). Ik heb echter in cassatie daaromtrent niets meer kunnen vinden. Weliswaar wordt in de cassatiedagvaarding p. 4, II 1, de klacht opgeworpen dat onbegrijpelijk, althans onvoldoende gemotiveerd zijn de r.o. 8, 9 en 10 van het arrest van het hof, terwijl de bovenaangehaalde passage deel uitmaakt van r.o. 9, maar onder II 7 (p. 5 cassatieschriftuur), wordt de vaststelling van het hof dàt de verstrekte gegevens niet onjuist waren eigenlijk niet en zeker niet op goede gronden bestreden terwijl onder II 8 van de r.o. 9 en 10 wordt gezegd, dat zij slechts ter motivering kunnen dienen voor het oordeel dat de eer en goede naam van de eiseres niet zijn aangetast, maar niet om (II 9) het oordeel te schragen dat er geen schending heeft plaatsgevonden van de privacy van de eiseres.

b. niet van belang in dit geding is, dat zodanige recherches als door de verweerder verricht nu juist bij een vrouw hebben plaatsgevonden en daar, naar vaak gehoord wordt, frekwent plaatsvinden of – vonden, terwijl de omgekeerde situatie niet tot recherche en maatregelen pleegt te leiden. Ik bedoel: de situatie waarin een werkloos geworden gescheiden man min of meer regelmatig zijn 'werkende' vriendin in zijn woning ontvangt. De gedachte, dat het dan wel om erotiek en sex en niet om economische eenheden gaat, berust op een ideologie inzake de man-vrouw verhouding, die door de werkelijkheid niet gestaafd wordt, maar die bij degene die er het slachtoffer van zijn, uiteraard wel kwaad bloed zet. Ouderen onder ons zullen er aan moeten wennen dat er een samenleving aan het ontstaan is, waarin – ook bij echte relaties – niet alleen de beurzen maar ook de woningen niet versmelten. Maar dit punt speelt hier geen rol.

c. tenslotte moet – het zal ten overvloede gezegd zijn – buiten spel en buiten beschouwing blijven, hoe onsympathiek het optreden van de verweerder is geweest. Op zich genomen levert onsympathiek optreden geen onrechtmatige daad op. Gelukkig maar, want anders zou de overbelasting van de rechterlijke macht enorme omvang aannemen en ook voor een aantal ministers van Hare Majesteit lijkt dat een geruststellende gedachte. Het gaat er om of dat optreden in strijd was met de zorgvuldigheid die de verweerder jegens de eiseres *in het maatschappelijk verkeer* in acht behoorde te nemen. Het als produktie overgelegde artikel 'Vies' van T. Tosijn uit het Welzijnsweekblad van 21 dec. 1984 heeft, denk ik, een averechts effect. Het misbruikt de term gluren – in de zin van als voyeur optreden – en de redactie van het blad maakt zich van het verzoek om rectificatie dan ook af met de voor de auteur fnuikende opmerking 'Een goede columnist is per definitie niet redelijk'. Dat hebben ze waarschijnlijk van Piet Grijs. Ook wanneer de verweerder heeft gehandeld, bezield van – naar zijn inzicht, – edele gevoelens jegens de samenleving, blijft precies dezelfde vraag rechtens overeind als wanneer het hem er om ging een 'bijstandsmoeder' een extra hak te zetten uit jaloezie dat ze vriend en aanvullende uitkering kon combineren. Die innerlijke gemoedsgesteltenis van het individu, daar heeft zeker het civiele recht niet mee van doen. En bovendien hoe vaak zijn onze motieven maar een mixtum van 'grandeur' en 'misère' waar we zelf niet wijs meer uit worden?

16. Dat neemt echter niet weg, dat macromaatschappelijk beschouwd, een handelwijze als die van de verweerder ons wel aan het denken moet zetten. De vrije burger van de Atheense polis en de verklikkers in de soldatenstad Sparta. Niet wie sterker was, maar wie uiteindelijk de wereld het meest te bieden heeft gehad is van belang. Overal waar burgers elkaar op grote schaal aangeven aan de overheid, begint de vrijheid van het individu te tanen, en wordt – of is – de Staat een dictatuur

> 'A man who loses his privacy loses everything ... And a man who gives it up of his own free will is a monster' (Milan Kundera, the Unbearable Lightness of Being, p. 113).

Om te weten te komen 'hoe het zit', wie dàt strafbaar feit heeft gepleegd, wie misschien wel bijstandsgelden van de overheid incasseert, zonder er recht op te hebben, wie de belastingen ontduikt, heeft de Staat zijn – bij wet geregelde soms vergaande hulpmiddelen. Maar niet elk middel is geoorloofd en met name niet die, welke binnendringen in de persoonlijke levenssfeer. Juist dáár krijgt ook de verklikker, de aangever een barricade opgeworpen. Tot hier en niet verder.

17. De vordering is ingesteld (zie nr. 4 van deze conclusie) tegen de verweerder als buurman van de eiseres. (Omdat verweerder niet direct naast de eiseres woont maar een paar huizen verder wordt wel over buurtgenoot gesproken.) Uiteraard was in de tijd waarover het gaat deze buurtgenoot tevens ambtenaar van de GSD te Edam. Als ik het goed begrijp beschouwt de eiseres die bijkomende omstandigheid als een extra grond voor de onrechtmatigheid van het handelen van verweerder (zie bijv. pleitnotities in hoger beroep, p. 3) terwijl namens de verweerder zelf die hoedanigheid van ambtenaar juist gezien wordt als een extra rechtvaardiging van zijn optreden. Ik spreek telkens over extra omdat – zo meen ik – de eiseres het optreden van de verweerder ook dan onrechtmatig acht als hij slechts gezien wordt als een willekeurige derde voornamelijk wegens schending van haar persoonlijke levenssfeer, terwijl de verweerder zijn handelwijze en activiteiten ook dan gerechtvaardigd zou achten, niet zou achten te zijn onrechtmatig, als hij de gegevens had verzameld en aan de GSD had doorgegeven als willekeurige derde. Ik zal reden hebben om op een en ander nader in te gaan bij de bespreking van de klachten.

18. *Het eerste middel houdt* in, dat het hof het beroep van de eiseres op schending van het gelijkheidsbeginsel heeft verworpen met een onbegrijpelijke, althans onvoldoende gemotiveerde en derhalve duistere motivering.

19. In eerste aanleg was min of meer terloops een beroep gedaan op schending van het gelijkheidsbeginsel:

> 'Het evenredigheidsbeginsel is bij mevr. G. ook in andere zin geschonden evenals het gelijkheidsbeginsel: een bijstandsontvanger die geen GSD-ambtenaar als kwaaie buurman/buurvrouw heeft, krijgt dergelijke toestanden dus niet en heeft geen constante waakhond voor de deur. Een gemeente die bijstandsontvangers controleert, moet dat doen zonder aanzien des persoons.
>
> Een buurman, die bij de GSD werkt, moet zich juist distantiëren, temeer wanneer hij bij die dienst nog een hoge functie bekleedt ook en over bepaalde machtsmiddelen kan beschikken.'

20. De Pres. heeft wegens schending van het gelijkheidsbeginsel de vordering van de eiseres toegewezen: na overwogen te hebben dat de activiteiten die de verweerder ten aanzien van de eiseres ondernam niet behoorde tot zijn normale werkzaamheden als, in hoofdzaak, chef van de binnendienst en dat van enige specifieke opdracht van de GSD aan hem tot bemoeienis met de eiseres niet is gebleken, vervolgt hij:

> 'Ter rechtvaardiging van de bijzondere aandacht die gedaagde aan de zaak en de persoon van eiseres heeft besteed is slechts kunnen blijken van de omstandigheid dat hij dicht bij haar in de buurt woont.
>
> Dat is echter onvoldoende reden om een handelwijze als de onderhavige te billijken. Deze handelwijze strijdt immers met het beginsel van gelijke behandeling van alle burgers, een beginsel dat gedaagde vanuit zijn functie als ambtenaar ook in privé-contacten heeft na te leven.'

21. Uit deze overweging blijkt dat het doen en laten van de verweerder door de Pres. als schending van het gelijkheidsbeginsel is aangemerkt omdat hij *als ambtenaar* jegens burgers geen onderscheid mag maken, terwijl hij dat wel heeft gedaan door op grond van zijn nabuurschap extra aandacht te besteden aan het privé-leven van de eiseres. Ik meen, dat deze overweging niet zou hebben kunnen gelden als de verweerder een willekeurige buurtgenoot was, en niet een ambtenaar van de GSD. In feite wordt dus niet de verweerder als buurman, die toevallig ook ambtenaar bij de GSD is aangesproken maar de ambtenaar bij de

GSD, die toevallig buurman is (nr. 4 van deze conclusie). Het gelijkheidsbeginsel als neergelegd in art. 1 Gr.w en art. 8 EVRM richt zich tot de overheid: een willekeurige derde kan niet verweten worden, dat hij zijn aandacht alleen richt op zijn directe omgeving.

22. Met name in zijn vierde grief komt de verweerder tegen dit oordeel op, aanvoerende, o.m., dat de eiseres

> 'in eerste instantie met nadruk (heeft) gesteld dat een voorziening werd gevraagd tegen appellant als burger en niet tegen appellant als ambtenaar. Het door de Pres. aan appellant opgelegde verbod treft appellant echter juist als ambtenaar en belemmert hem in zijn ambtelijk functioneren'.

23. Het hof gaf op dit punt als zijn slotsom:

> '... dat niet gezegd kan worden dat appellant als ambtenaar handelde in strijd met het beginsel van gelijke behandeling van burger in gelijke gevallen'.

Tot dit oordeel kwam het hof op grond van een weinig doorzichtige motivering, die als uitgangspunt had:

> 'dat alleen de buitendienst van de GSD beoordeelt of zo'n onderzoek (betrekking hebbend op de vraag of er (nog) recht bestaat op een ABW-uitkering; *L*) opportuun is, dat alleen deze dienst zo'n onderzoek kan gelasten en dat naar aanleiding van de door appellant verstrekte gegevens geen andere onderzoeken bij geïntimeerde hebben plaatsgevonden dan die welke krachtens de wet halfjaarlijks worden uitgevoerd'.

Er is, zo vervolgt het hof, bij de onderzoeken, naar aanleiding van de door de verweerder verstrekte gegevens, wel steeds dieper ingegaan op de relatie tussen haar en haar vriend, maar – ik vereenvoudig nu de redenering aanmerkelijk – - dat dit niet ook gebeurd zou zijn als diezelfde gegevens afkomstig waren geweest van 'een ambtenaar als appellant' maar van een (willekeurige) derde is niet gesteld en ook niet aannemelijk geworden. En dat zodanige gegevens ook van derden kùnnen komen staat als onweersproken vast. Daarna volgt dan de hierboven geciteerde slotsom.

24. M.i. geeft het hof hier te verstaan, dat de verweerder geacht moet worden te hebben gehandeld niet als ambtenaar, maar als willekeurige derde: hij had als ambtenaar géén macht of bevoegdheid in deze èn zijn mededelingen zijn behandeld als die van een willekeurige derde. Zo'n derde zou, handelende als de verweerder deed, het gelijkheidsbeginsel niet schenden (omdat hij geen overheid is) en dùs heeft ook de verweerder dat niet gedaan. Appellant handelde niet 'als ambtenaar'.

25. Daarmee – ik stel het met nadruk – laat het hof open – 'suggereert' het eigenlijk vrij duidelijk, dat zo de verweerder wèl als ambtenaar had gehandeld hij door zijn optreden jegens de eiseres, die in zijn buurt woonde, het gelijkheidsbeginsel wèl zou hebben geschonden.

26. Uit het voorafgaande volgt, dat de motivering van het hof en de daaraan ten grondslag liggende gedachtengang niet onbegrijpelijk is en, naar het mij voorkomt, evenmin onvoldoende.

27. Ik meen, dat het middel uitgaat van een onjuiste lezing van de bestreden rechtsoverweging van het hof. In al zijn onderdelen gaat het middel er immers vanuit, dat de verweerder toen hij jegens de eiseres handelde als hiervoor omschreven, dat deed in zijn hoedanigheid van ambtenaar van de GSD en dat is nu juist wat het hof niet heeft aangenomen.

28. De vraag kan rijzen of de verweerder optredend als derde en niet in zijn hoedanigheid van ambtenaar, toch niet het gelijkheidsbeginsel kon schenden en heeft geschonden, omdat hij daarbij gebruik heeft gemaakt, weliswaar niet van zijn macht en bevoegdheid als GSD-ambtenaar (dàt heeft het hof immers als onjuist verworpen terwijl dit feitelijk oor-

deel niet onbegrijpelijk is: de meeste memo's hadden absoluut géén 'succes') maar van zijn voorkennis, omdat hij toegang had tot de dossiers.

29. Ik ben echter van mening, dat juist hieromtrent niets specifieks is aangevoerd en dat overigens zulk een feit niet zou kunnen meebrengen dat waarnemingen ten aanzien van een bijstandkrijgende buurtgenoot en het doorgeven daarvan (aan de GSD) *wegens schending van het gelijkheidsbeginsel* onrechtmatig zijn.

30. Zou verweerder, omdat hij ambtenaar van de GSD was, onrechtmatig handelen door te doen als hij deed, wegens schending van het gelijkheidsbeginsel, dan zou degene die het onderzoek en de observatie leidt, nu juist 'geluk' hebben als de onderzoeker, observator niet een willekeurige derde, die zijn waarnemingen aan de GSD doorgeeft, is, maar een ambtenaar van die GSD.

31. Met horizontale werking van het gelijkheidsbeginsel kan ik niet uit de voeten. Althans niet in een geval als dit.

32. *Wanneer* een ambtenaar van de GSD *krachtens opdracht* en overeenkomstig zijn bevoegdheid een onderzoek zou instellen naar het doen en laten van een buurtgenoot, die toevallig bijstandsuitkeringen ontving, terwijl onderzoeken bij anderen achterwege bleven, zou *deze ambtenaar* dan kunnen worden aangesproken wegens schending van het gelijkheidsbeginsel? Dat lijkt mij niet. Ik denk dat men zich zal moeten richten tot de publiekrechtelijke rechtspersoon, als orgaan waarvan de ambtenaar optrad.

33. Ik acht het eerste middel niet gegrond.

34. *Het tweede middel* richt zich tegen de r.o. 8, 9 en 10 van het arrest van het hof, in samenhang bezien. Daarbij is, volgens het middel sprake van onbegrijpelijke, althans onvoldoende motivering.

a. *R.o. 8* stelt voorop dat het aan een ieder – in het algemeen – vrijstaat hetgeen hem bekend is door te geven aan anderen en houdt als belangrijke vaststelling in:
'Niet is gesteld dat de door appellant verstrekte gegevens zijn verzameld op een wijze die inbreuk maakte op geïntimeerdes persoonlijke levenssfeer. Dat geïntimeerde zich bespied voelde nadat haar bekend was geworden dat de gebruikte gegevens door appellant waren verzameld, levert geen inbreuk op op haar privacy.'
b. *R.o. 9* houdt in dat niet aannemelijk is geworden dat de verstrekte gegevens onjuist waren.
c. *R.o. 10* stelt vast dat de door de verweerder alleen aan de GSD en niet aan anderen verstrekte gegevens niet als onnodig grievend zijn te beschouwen.

35. Over *r.o. 9* heb ik – een beetje voortijdig – onder 15a van deze conclusie reeds uiteengezet, dat het aldaar overwogene in cassatie niet langer als betwist kan worden beschouwd. Het is bovendien een feitelijke vaststelling, die in het licht van de in het proces vaststaande gegevens niet onbegrijpelijk is. Daarbij dient mede in aanmerking genomen te worden dat het hier een k.g. betreft alsmede dat de bij repliek in cassatie overgelegde stukken niet 'meedoen'.

36. Bovendien, zo zou ik zeggen, is dit punt in een procedure als deze amper van belang. Waar het gaat over schending van de persoonlijke levenssfeer zal de aldus verkregen wetenschap en kennis heel vaak daarom zoveel weerstand oproepen omdat zij juist is, maar normaliter niet *op deze wijze* tot het kennis- en wetenschapspakket van de indringer in die persoonlijke levenssfeer had mogen gaan behoren. Het is als het waren onrechtmatig vergaard bewijs, dat aldus aan de overheid, i.c. de GSD en B en W ter hand wordt gesteld. Anders dan wanneer de overheid door haar bedienaren op onrechtmatige wijze bewijs vergaart, zal *mogelijkerwijs* de overheid deze wetenschap van haar tipgever wel mogen gebruiken, maar waar het om gaat is niet,

of het doorgegevene juist is, maar of het al dan niet op een onrechtmatige wijze, door schending van de privacy is verkregen.

37. *Wat r.o. 10 betreft* in de stukken heb ik niet kunnen lezen dat de eiseres de inhoud van het – na waarneming – door de verweerder meegedeelde als zodanig onnodig grievend vond. Wat haar griefde was en is – wederom – dat die inhoud op deze wijze is verzameld, doorgegeven en uiteindelijk (mede) tot intrekking van haar aanvullende bijstandsuitkering heeft geleid en tot allerlei praatjes, die haar als oplichtster bestempelden.

38. Het belangrijkst is, dunkt mij, hetgeen in *r.o. 8,* als hiervoor onder 34a weergegeven door het hof is overwogen. Daarover heeft de eiseres in haar cassatieschriftuur onder II, 6 doen opmerken:

> 'Onjuist is dat G. niet gesteld heeft dat de door appellant vermelde gegevens zijn verzameld op een wijze die inbreuk maakt op haar persoonlijke levenssfeer. G. stelde immers juist dat K.'s jarenlang bespieden alle grenzen overschrijdt van wat als de normale waarnemingen, die buren nu eenmaal omtrent elkaar doen, kan worden opgevat. 's Hofs zinsnede ''dat geïntimeerde zich bespied voelde nadat haar bekend was geworden dat de gebruikte gegevens door appellant waren verzameld levert geen inbreuk op op haar privacy'' betreft slechts een onderdeel van de voor de schending van de privacy relevante en gestelde feiten: G. stelde immers niet alleen dat ze zich bespied *voelde,* maar vast is komen te staan dat zij bespied werd.'

38a. Deze klacht van het middel acht ik niet uitgewist door de niet zo gelukkige uitlating bij 'repliek' in cassatie (p. 3) dat het in de eerste plaats niet gaat om de wijze waarop de verweerder handel en wandel van eiseres heeft bestudeerd (met bijv. een verrekijker) maar om het gebruik dat hij van de verkregen informatie gemaakt heeft.

Zoals aanvankelijk namens de eiseres betoogd, is wel degelijk de wijze van belang naast het doel (het gebruik) maar moet men de verschillende wijzen of modi niet *vereenzelvigen* met technische hulpmiddelen, die het waarnemingsvermogen van de mens vergroten of verlengen. De idee, dat de onrechtmatigheid is gelegen in het gebruik van het materiaal – een idee, die in de stukken herhaaldelijk terugkomt – lijkt mij te getuigen van een verkeerde rechtsopvatting. Wie privacy schendt zonder de gegevens die aldus worden verkregen, naar buiten verder te gebruiken (denk aan de voyeurs, of gluurders) handelt reeds onrechtmatig. Wie geen privacy schendt handelt door het gebruik dat hij maakt van de zonder zodanige schending verkregen gegevens, in het algemeen (uitzondering: zwijgplicht etc.) niet onrechtmatig.

39. Hiermee zijn wij in het midden van de reële problematiek terecht gekomen. Ik vestig er de aandacht op, dat het hof in de r.o. 8-10 de verweerder niet (meer) opvoert als "ambtenaar", maar als deel uitmakend van "een ieder". Dat is heel begrijpelijk, want het gaat niet aan enerzijds, ter weerlegging van het beroep op schending van het gelijkheidsbeginsel, te beslissen dat de verweerder in zijn gedragingen jegens de eiseres niet als ambtenaar is opgetreden en anderzijds, ter weerlegging van het beroep op schending van de persoonlijke levenssfeer, een eventuele bijzondere plicht of bevoegdheid van de ambtenaar te hulp te roepen. De door en namens de verweerder ingeroepen bepalingen op dit stuk en met name de daarop gebaseerde stelling, dat de verweerder alleen maar gehandeld heeft conform zijn plicht als ambtenaar van de GSD rechtstreeks belast met de uitvoering van de ABW, zal ik dan ook niet in mijn beschouwing betrekken. Ook HR 24 juni 1952, NJ 1953, 720 speelt hier géén beslissende rol. Ik merk nog op dat ook als de intrekking der uitkering gehandhaafd was gebleven, het niet meedelen door haar aan de GSD van de omstan-

digheid dat zij een vriend had, die wel bleef slapen, voor de eiseres niet zou hebben opgeleverd een strafbaar feit, zelfs niet een overtreding, zodat aangifteplicht bij het OM evenmin bestond als mededelingsplicht bij de GSD.

40. In eerste aanleg vorderde de eiseres (zie nr. 3 van deze conclusie) in het petitum van haar dagvaarding de verweerder te verbieden over haar gedrag en over haar relaties aantekeningen bij te houden en daaromtrent enige mededeling mondeling danwel schriftelijk te doen. Iemand verbieden aantekeningen bij te houden over gedrag en relaties van anderen lijkt in het algemeen een vordering die tot falen gedoemd is. Waarom zou de journalist, de romanschrijver, de socioloog of psycholoog geen aantekeningen mogen houden van wat hij/zij bij anderen waarneemt, ook als het relatievorming betreft. Alle literatuur en veel empirische wetenschap berust dáárop. Waar het echter om gaat, en dat blijkt ook uit het lichaam van de inleidende dagvaarding alsmede uit de overige processtukken voor zover afkomstig van de eiseres, is dat de verweerder volgens eiseres de door hem met schending van haar persoonlijke levenssfeer over haar verkregen gegevens te boek gesteld had doorgegeven aan de GSD en indirect aan B en W. Het had dus ook voor de hand gelegen dat de eiseres – op straffe van een dwangsom – had gevorderd dat aan verweerder werd verboden haar doen en laten te volgen zoals hij tot nu toe had gedaan. Daarmee was de mogelijkheid om daarvan nog aantekening te houden in het niets opgegaan en niets kan men vervolgens niet meedelen (wel, maar dát is iets anders, dat er niets is). Naar het mij voorkomt moet de vordering zó begrepen worden en kan dat met wat goede wil ook.

41. Dan maakt intregrerend deel uit van het gevorderde, dat de verweerder onrechtmatig heeft gehandeld door jarenlang (minstens van 1978-1983) de gangen van de eiseres na te gaan met het oog op haar status als gerechtigde tot bijstand. Het hof nu stelt vast dat *niet is gesteld,* dat de door de verweerder verstrekte gegevens zijn verzameld op een wijze die inbreuk maakt op de persoonlijke levenssfeer van de eiseres.

42. Het is, dunkt mij, niet toevallig, dat namens de verweerder in hoger beroep bij pleidooi een citaat als 'proloog' is aangehaald uit het preadvies van P.J.W. de Brauw van 1965, p. 25/26:

> 'De vrijheid om waar te nemen wat buiten de woning voor ieder waarneembaar is, kan niemand worden ontzegd. Indiscreet gebruik van die vrijheid zal zeker voorkomen en leiden tot het doen van waarnemingen betreffende de privé-sfeer zonder dat degeen, te wiens laste een waarneming wordt gedaan, zich daarvan bewust is. Het moge denkbaar zijn, dat in extreme gevallen een dergelijk optreden zo onmaatschappelijk wordt, dat van onrechtmatigheid kan worden gesproken, in de praktijk heeft zich de vraag nooit voorgedaan.'

Dat is met scherp inzicht vooropgesteld omdat zo we hier van gewone waarnemingen moeten spreken, die iedereen kan doen, daarmee méér dan de halve slag is gewonnen. Voeg dit gegeven bij HR 1965, NJ 1966, 115, door het hof herhaald,

> 'dat het dan ook, behoudens in hier niet van toepassing zijnde uitzonderingsgevallen, aan een ieder vrijstaat hetgeen hem bekend is al dan niet aan anderen door te geven'

en de zaak schijnt rond.

43. Naar mijn mening bedriegt deze schijn. Onhoudbaar acht ik de overweging van het hof dat niet is gesteld dat de gegevens zijn verzameld *op een wijze,* die tegen de persoonlijke levenssfeer van de eiseres indruist. Ook de omstandigheid, dat de eiseres heeft aangevoerd, dat zij zich bespied gevoelde, nadat ze had begrepen dat de verweerder, haar buurtgenoot, de gegevens tegen haar had verza-

meld kan niet worden afgedaan met de machtsuitspraak, dat dat geen inbreuk op haar privacy oplevert.

Dat is al heel duidelijk wat betreft het *achteraf* opkomen van dat gevoelen: Na twee jaar kom ik te weten dat ik met een telelens iedere dag van 7-10 uur 's avonds bespied wordt door een bewoner van een huis tegenover het mijne. Als ik dan zeg dat ik me nu al drie jaar bespied heb gevoeld, zeg ik dat ik nu weet, dat al die tijd mijn persoonlijke levenssfeer, mijn privacy is geschonden en ik zou niet weten waarom het gedrag van mijn overbuurman dan geen inbreuk heeft opgeleverd op die privacy. Bovendien geef ik aldus te kennen – en dat heeft ook de eiseres kennelijk willen doen – dat ik verdriet en ergernis ondervindt van het gedrag van de verweerder en zo iets heeft te maken met immateriële schade, die namens de eiseres in deze procedure óók met klem is opgevoerd. Daar komt bij dat de eiseres ook op andere wijzen te verstaan heeft gegeven dat zij zich *door de wijze waarop,* naar achteraf bleek, de verweerder haar gangen volgde, in haar privacy geschonden achtte: zie o.m. deze conclusie onder 4 en 19.

44. Door nu te overwegen – *en zulks m.i. ten onrechte* – dat niet is gesteld dat de verweerder achter zijn gegevens is gekomen op een wijze die inbreuk maakte op de privacy van de eiseres, heeft het hof kunnen ontlopen de maatschappelijk centraal staande vraag in deze procedure of men iemands privacy ook kan schenden door

a. jarenlang gegevens over haar te verzamelen (die op zich genomen ook door anderen hadden kunnen worden waargenomen);
b. met het oog op een doelstelling (intrekking van de ABW-uitkering), die van vitaal belang is voor de geobserveerde;
c. zonder de geobserveerde van die herhaalde observaties en het doel waarmee ze geschiedde, ooit op de hoogte te stellen;
d. en zonder daarmee op te houden nadat verschillende malen was gebleken dat die waarnemingen en observaties niet tot het beoogde doel hadden geleid; al zulks, terwijl de observant een buurman of buurtgenoot van de geobserveerde was, die (toevallig) een topfunctie bij de plaatselijke GSD vervulde.

45. In zijn pleitnota in cassatie heeft de advocaat van de verweerder de overweging van het hof – hiervoor onder 44 aangegeven – begrijpelijk *en juist* geacht. Hij is van mening, dat, ware het anders, gesteld had moeten worden, dat die waarnemingen waren gedaan met gebruikmaking van technische hulpmiddelen, zoals verrekijker, fototoestel, afluisterapparaat e.d.

Ik kan niet inzien dat zulke zaken beslissend zijn. Sommige mensen zien beter zonder verrekijker dan andere mèt. Waar het m.i. op aankomt is binnentreden in de privé-sfeer van een ander op een wijze waarmede de ander in redelijkheid geen rekening hoeft te houden. Gaat het over een herdersuurtje dan zal de daarbij vaak begeerde privacy geschonden zijn als iemand met een apparaat dit beeld in zich opneemt en naar zich toetrekt, terwijl dit met het blote oog niet mogelijk zou zijn. Maar als het er nu om gaat vast te stellen of iemand een min of meer duurzame relatie onderhoudt, dan helpt zo'n apparaat maar heel weinig. Het enkel feit, dat de constante observator vaststelt dat daar voor dat huis altijd diezelfde auto staat, die door X bestuurd wordt, zulk met het oog op het vaststellen voor zo'n relatie is dan veel belangrijker en grijpt veel dieper in de persoonlijke levenssfeer in. Het is niet de waarneming die ieder ander ook kan doen, maar het is de volgehouden observatie met een bepaald doel die *een bepaalde wijze* oplevert van schending van privacy.

46. Of dit hinderlijk volgen met dit voor de betrokkene ongekende maar zeer nadelige doel schending van privacy op-

levert, dat had het hof m.i. – gelet op de inderdaad niet altijd overzichtelijke stellingen van eiseres, moeten onderzoeken èn beoordelen. Het antwoord op die vraag zal bepalend zijn als het erom gaat of wij een samenleving tegemoet gaan van spieders en bespieden, die verwisselbaar zijn. Daarbij merk ik nog op dat het ook in dit proces vaak gebruikte woord: bespieden de situatie op juiste wijze weergeeft. In zijn betekenis van beloeren heeft dat werkwoord de betekenis van: heimelijk waarnemen, dat wil zeggen: zonder dat de bespiede het weet en *met het opzet* dàt deze daarvan onkundig zal blijven. De kat die de muis beloert, wil – voor zover katten kunnen willen – dat de muis hem niet opmerkt of te laat, nl. als hij reeds tot voedsel dient en als prooi van het jagersinstinct van de kat.

46a. Een intermezzo, maar het heeft wel met de zaak te maken. Rechtspraak is een analytische vaardigheid. Wie het best kan ontleden, komt vaak het verst. De analyticus is bovendien op zijn sterkst in het verwijderen van het – volgens hem – niet ter zake doende en daar horen ook bij de, volgens hem, te algemene vraagstellingen. Hij doet dit niet uit harteloosheid, maar omdat anders handelen en denken zijn zicht op zijn werkelijkheid vertroebelt. In de rechtspraak ontwaren wij dat recht en wet zelf aan die tendens van harte medewerking verlenen (onder het hoofd: de rechter is lijdelijk). In hoger beroep zijn slechts de grieven materiaal voor beoordeling van het aangevallen vonnis: tantum devolutum quamtum appellatum. In cassatie geldt – hard als staal – art. 419 Rv waarvan het eerste lid luidt:

> 'De HR bepaalt zich *bij zijn onderzoek* tot de middelen waarop het beroep steunt.'

Daarom is het vaak maar het verstandigst de middelen – en niet eens de toelichting daarop – op de voet te volgen. De rest kan belangrijk zijn maar 'doet er niet toe'. Mensen, waaronder juristen, ja advocaten, begrijpen dat niet. Ze vinden het soms zelfs ergerlijk – dus: onbegrijpelijk èn ergerlijk maar dat laatste alleen als het ze zelf treft, wanneer van kracht is het: tua res agitur. Dat is mogelijk de reden waarom de rechtspraak in cassatie – hoewel ze wegens deze, haar opzet – niet primair op gerechtigdheid gericht kàn zijn, toch in betrekkelijk hoog aanzien staat.

Ik zeg dat niet uit lust tot kritiek maar als inleiding op het navolgende, dat eigenlijk in een cassatieconclusie anders amper zijn plaats kan vinden:

Als men een zaak als deze nu eens vanuit haar geheel, vanuit haar inwerking op de samenleving, beziet, *welk beeld* van haar betekenis krijgt men dan als de uitslag is dat het optreden van de verweerder niet onrechtmatig is, wat rechtens wil zeggen: 'mag', ofwel omdat het geen inbreuk op de privacy van de eiseres is, of – eigenlijk erger – omdat het wel zo'n inbreuk is maar deze moet worden aanvaard uit een soort staatsraison (zo voorkomt men dat overheidsgelden verkeerd terechtkomen enz.)? Toch wel *dit beeld:* dat *ieder* die zo'n zes jaar lang in zijn handel en wandel welhaast dagelijks is bespied (nagegaan moet worden of hij tegenover het regiem in zijn privé-leven wel de juiste houding en geestesgesteldheid heeft) zulks ontdekkend daartegen niet met succes kan optreden *om het te laten ophouden* en dat de bespieder (of een ander) rustig dóór kan gaan met het bespieden. Dat laatste soort vrijheid voltrekt zich nu juist dáár, waar het bespieden in de policy van de Staat is opgenomen als noodzakelijk voor de beveiliging van de overheid en haar doeleinden, vaak omdat zij, al dan niet als dictatuur, op de loyaliteit van haar onderdanen niet kan rekenen, maar ook wel omdat zij slechts zó andere – financieel-economische – belangen en doeleinden kan verwerkelijken.

Dat de verweerder, nadat zijn bespieden van de eiseres – gedurende vele jaren – aan het licht was gekomen daarmee vervolgens rustig had mogen doorgaan *(of niet)* dáár gaat het in deze procedure om. Willen wij, als juristen dat eerste – en dan

is het geen incident of blijft het in ieder geval daar niet bij – of willen wij het niet?

Zo ja, dan zal straks de verweerder (alle uitspraken, ook die van de Kroon ten spijt) zijn niet meer als interne memoranda aangeduide maar op dezelfde soort van bespieding gebaseerde briefjes weer aan de GSD kunnen doen toekomen, met verzoek een (her)onderzoek aangaande de eiseres in te stellen. Het enige verdere verschil zal zijn, dat de ambtenaren van de GSD zo'n verzoek van de verweerder als ambteloos burger wel niet meer stilzwijgend als een 'opdracht' aan hen zullen beschouwen (zie brief G.W. Mul, nr. 11 van deze conclusie).

47. In dit verband nu *mijn* citaat uit het preadvies van Jhr. De Brauw, p. 8 en 9:

> 'Bij het onderzoek naar inhoud en omvang van dit persoonlijkheidsrecht zal uitgangspunt zijn, dat ieder mens recht heeft binnen zekere grenzen, die de samenleving waartoe hij behoort, stelt ''op zichzelf'' te kunnen zijn en:
>
> Er is dus meer te beschermen dan de mogelijkheid om op zichzelf te zijn. Een aspect of een deel van de menselijke persoonlijkheid, hier samengevat als de intimiteit (...) dient bestaansrecht te krijgen als in de toepassing van het recht meetellend beginsel. Ook waar de individu niet fysiek op ''eigen terrein'' is zal met de intimiteit van zijn persoonlijkheid rekening moeten worden gehouden. Ook daar bevindt zich dus – maar in overdrachtelijke zin – de ''prive-sfeer''.'

Ik meen, dat het bestaansrecht van de intimiteit, hier in hoge mate in het geding is, niet door het gewone waarnemen, maar door het systematisch jarenlang blijven kijken en opletten, zodat – al dan niet terecht – in de memo's kan worden vastgelegd: dat zij *reeds enkele maanden* gearmd met deze man – wiens personalia zijn opgespoord – op straat loopt; of *reeds enige weken* is bij mevr. G. een ongeveer 45-jarige man in huis, die er *ook slaapt*. Of, maar daar weet de HR niets van, wie de deelnemers aan het verjaardagsfeestje op 2 sept. 1981 waren enz. enz.

48. Ik moge nog wijzen op een arrest van het Haagse Hof van 22 mei 1986 (KG 1986, 329).

Het geval lag aldus:

Bij de gemeente was een tip binnengekomen, volgens welke de betrokkene al sedert lang zou samenwonen met de heer S. In verband daarmee werd de vrouw

> 'gedurende ruim drie maanden geobserveerd door een ambtenaar die zijn waarnemingen vanaf de openbare weg heeft gedaan'.

Het gaat hier over een ander geval dan het onze, omdat het onderzoek werd ingesteld door een *bevoegde ambtenaar* (eigenlijk: door de gemeente die daartoe op bevoegde wijze had gehandeld door die ambtenaar te laten observeren) maar dat laatste was dan ook een – belangrijke – grond om – voor zover de privacy van de vrouw was aangetast – zulks als op wettelijke bepalingen gebaseerd en 'necessary in a democratic society in the interests of ... the economic well-being of the country' aan te merken. Opmerkelijk is dat het hof nog in het bijzonder in aanmerking nam:

> 'dat de in eerste aanleg ... gedane toezegging, hierop neerkomende dat bij eventuele nieuwe controle-akties tevoren overleg met appellante zal worden gepleegd, in hoger beroep gestand is gedaan'.

Daaruit blijkt hoeveel waarde er wordt gehecht voor het rechtens aanvaardbaar zijn van een inbreuk op de privacy aan het in ons geval geheel ontbrekende element: de bekendheid van de geobserveerde met die observatie (zie nr. 44c van deze conclusie). En hoewel het hier niet een bevoegd ambtenaar betrof die het onderzoek instelde, is op dit punt m.i. wel van belang, dat de verweerder ambtenaar bij de GSD was en dus kon en

moest beseffen dat zulke onderzoeken als hij deed temeer onrechtmatig zouden zijn al naar gelang ze èn langdurig èn stiekem, zonder voorkennis van de betrokkene, plaatsvonden.

49. Er is in deze procedure nogal wat gezegd over de botsing van het grondrecht op privacy en dat van vrije meningsuiting. Naar mijn idee kan ik daar echter kort over zijn.

Als het hof terecht heeft overwogen dat de vraag of de activiteiten van de verweerder door de wijze waarop ze plaatsvonden, inbreuk maakten op de privacy van eiseres, als niet gesteld, buiten beschouwing kan blijven zal zich de situatie voordoen dat zonder inbreuk op privacy verzamelde gegevens in beginsel aan anderen mogen worden doorgegeven, hetzij mondeling, hetzij bij geschrift. Dan was er voor de verweerder ter zake ongetwijfeld vrijheid om zijn mening te uiten in de vorm van gegevens doorgeven. Maar als de eiseres wel heeft gesteld, zoals ik verdedig, dat de verweerder door de wijze waarop hij zijn waarnemingen verkreeg en verzamelde, inbreuk heeft gemaakt op haar persoonlijke levenssfeer, dan zal het aldaar gestelde – opleverende de belangrijke kern van deze zaak – alsnog eerst antwoord moeten krijgen. De gedachte dat ook al zijn de gegevens met inbreuk van privacy verkregen, zij toch mogen worden doorgegeven, komt mij onjuist voor en overigens niet beslissend in deze procedure. Het gaat er om of de verweerder door te handelen als hij deed, jegens de eiseres onrechtmatig heeft gehandeld. Die onrechtmatigheid zou m.i. niet worden opgeheven als hij toch het recht had die onrechtmatig verworven gegevens door te geven.

50. De schending van 'eer en goede naam', aanvankelijk ten grondslag gelegd aan de vordering, behoeft zo meen ik, in cassatie niet meer aan de orde gesteld te worden. Ze is min of meer terloops van het toneel verdwenen, wellicht om rond de schending der privacy op dit toneel de lichtkrans te kunnen laten vallen die unieke aandacht waarborgt.

51. Middel II, voor zover zich richtende tegen r.o. 8 acht ik gegrond. Daarom concludeer ik tot vernietiging van het bestreden arrest en verwijzing van de zaak naar een aangrenzend hof.

Hoge Raad enigszins anders.

9. Het bemiddelend vonnis: poging tot rehabilitatie van een veroordeelde

I.

'Ik aarzel niet te zeggen dat dit onrecht is', aldus Paul Scholten op p. 179 van zijn Algemeen Deel. Dit vernietigende oordeel wordt daar geveld over het bemiddelend vonnis.

'Zouden niet belangrijk méér gevallen, dan wij thans in de praktijk menen gediend zijn met een in een vroeg stadium door de rechter bewerkte schikking of *met een bemiddelend vonnis'?*, aldus Langemeijer in zijn rede als voorzitter van de Nederlandse Juristen Vereniging. Tussen de beide uitspraken ligt een tijdsruimte van zowat veertig jaar, waarin over het bemiddelend vonnis haast niet meer is gesproken.[1] Het zal niemand ontgaan, dat Scholtens uitspraak, zo zij werd aanvaard (en de uitspraken van Scholten plachten in de Nederlandse rechtswereld tussen de beide wereldoorlogen te worden aanvaard) geen opening meer liet voor een voortgezet debat: een wijze van rechtdoen, die onrecht is, kan geen aanspraak maken op verdediging. Hartzfeld[2],

1. Scholtens Algemeen Deel verscheen in 1931, 2e druk 1934. De rede van Langemeijer werd uitgesproken op 12 juni 1970 en is gepubliceerd in de *Handelingen van de NJV*, 1970, deel 2, en in het *NJB*, 27 juni 1970, p. 780 v.

2. C.A.J. Hartzfeld heeft een bijzonder groot aantal bijzonder kleine boekjes het licht doen zien. Een der laatste daarvan handelde over: *Nieuwe mogelijkheden in de oogheelkunde*. Daarna verscheen nog een 'groot' boek: *Het juk der logica* in 1940. Hartzfeld is, zover ik heb kunnen nagaan begin 1942 gestorven. Hij wordt in het *NJB* van 7 februari 1942, p. 94 tamelijk koel herdacht. 'Ondanks de betrekkelijk geringe instemming, welke hij bij het Nederlandsche rechtsgeleerde publiek gevonden heeft, is hij niet in zijn overtuiging geschokt geweest'.
Als voor ons onderwerp bijzonder van belang noem ik zijn publikaties: *Het bemiddelend vonnis,* (1915) en *Rechtsverfijning* (1919). Hartzfeld bracht het bemiddelend vonnis dus ook als species onder het begrip rechtsverfijning en in zoverre was de kritiek van Scholten terecht. Hartzfeld placht trouwens van alles door elkaar te halen, maar desondanks vertelde hij geen onzin. Als Scholten hem gebrek aan scherpzinnigheid verwijt is dat ook weer in zekere zin juist. Distingeren was de kracht van Hartzfeld niet. Wat Scholten echter vervolgens beweert: dat de medeschuldleer een vorm van de traditionele rechtsverfijning is en dat alle geoorloofde 'bemiddeling' van de rechter in wezen rechtsverfijning is, terwijl overigens bemiddelende vonnissen onrecht zijn, maakt de verwarring alleen maar groter.
In zijn oudere dagen zien wij Hartzfeld nog als volgt stileren en polemiseren:
Men stelle zich een wagen voor, die door twee vurige en weinig getemde paarden wordt getrokken, welke elkander onderweg voortdurend trachten te bijten en te schoppen en bij elke zijstraat de wagen met alle macht in een tegenovergestelde richting willen trekken. Men denke daarbij aan een bestuurder, die de teugels los laat hangen. Dan heeft men een sterk gekleurde vergelijking, die een beeld geeft van ons proces'. (*NJB* 1938, no. 36: Beperking van processuele strijd).

Catz[3], Büchenbacher[4] en Hymans[5], die na Scholtens afwijzend oordeel in eerste instantie, neergelegd zijn in zijn 'Beschouwingen over Recht' van 1924 nog hoop konden hebben omtrent de afloop van het hoger beroep, legden zich na het gewijsde van 1931, bij die onherroepelijke uitspraak néér. Het bemiddelend vonnis, dat Langemeijer in 1970 aanbeveelt moet, naar zijn inzicht, ontdaan zijn van het stigma, waarmee Scholten het eenmaal belastte. Het lijkt mij derhalve tenminste de moeite van een poging om het geding te heropenen waard, nu zoveel later blijkt, dat de veroordeelde misschien toch onschuldig is. 'Ne bis in idem' geldt slechts voor vrijspraken. Daarbij is mijn uitgangspunt, dat ook de beste rechter kan falen, anders gezegd: het gaat er niet om Scholtens algemene betekenis voor het rechtsleven in twijfel te trekken.

Dáárin verschil ik overigens evenmin van Langemeijer.[6]

Scholtens uitgangspunt is, dat de rechter, als hem een conflict wordt voorgelegd, daarover een beslissing moet geven. Dat uitgangspunt zou óók juist zijn, wanneer artikel 13 van de Wet AB ongeschreven was gebleven, omdat uitspraak doen en rechter zijn noodzakelijk aan elkaar gerelateerd zijn.

Het is niet toevallig, dat het een der eerste anarchisten van de moderne tijd, de Engelsman William Godwin (1756-1836) is die de verzuchting slaakt: 'wanneer zullen de rechters eens ophouden te beslissen en er mee volstaan raad uit te delen ...' en het pleit voor zijn inzicht, dat hij een paar regels verder al gewaagt van het overbodig worden van de gerechten.[7]

Wanneer het bemiddelend vonnis een raadgeving van de rechter is, stèrker als het iets anders is dan een beslissing-met-gezag in de staat-samenleving, dan verzaakt de rechter door aldus op te treden, zijn plicht.[8] Maar is er ooit iemand geweest, die het bemiddelend vonnis zó heeft opgevat? Kàn het bemiddelend vonnis zelfs wel het karakter van een raadgeving hebben? Als Scholten de vraagstelling definieert, die leidt tot zijn verwerping van het bemiddelend vonnis, worden dan ook niet beslissen en raadgeven tegenover elkaar gesteld, maar luidt de vraag: 'Is dan niet veeleer het standpunt juist van degenen, die beweren, dat in vele zaken de rechter niet beslissen kan, maar moet bemiddelen?'[9]

En dan rijst natuurlijk de tegenvraag: Kan de rechter niet beslissen *en* bemiddelen, sluit het een het ander uit, zoals in één zin (ik spreek liever niet van: uitspraak) niet èn beslissing èn raadgeving gelegen kan zijn. Is de beslissing-niet-bemiddeling misschien niet een speciaal type van beslissing, waarvan de waarde óók voor de rechtspraak niet zo absoluut behoeft te zijn? 'Das Ziel des Rechts ist der Friede, das Mittel dazu der Kampf'.[10] Eist vrede als doel niet soms de beslissing, die bemiddelt? Of

3. E.W. Catz, *Bemiddelende rechtstoepassing bij de nakoming van overeenkomsten*, Groningen 1920.
4. A. Büchenbacher, Het bemiddelend vonnis, *NJB* 1929, afl. 25 en 26, p. 378 v. en 403 v.
5. I.H. Hymans, *De tweesprong der Rechtswetenschap*, rede, Zwolle 1933. Van Hymans moet ik dus eigenlijk zeggen, dat hij zich bij het onherroepelijk vonnis van Scholten niet ten volle heeft neergelegd.
6. De betekenis van Paul Scholten voor het rechtsleven *van nu* komt duidelijk naar voren in het belangrijke artikel: Recht en rechtsbeschouwing in de tweede helft van de twintigste eeuw, verschenen in: *Vooruitzichten van de rechtswetenschap*, Deventer-Antwerpen 1964.
7. In: *Political Justice*, wat een korte, gebruikelijke samenvatting van de zeer lange titel is, 1793.
8. In: *Beschouwingen over recht*, 1924.
9. *Algemeen Deel*, p. 178.
10. Von Jhering, *Der Kampf uns Recht*, 1872. Aanvangszin.

moeten wij met Scholten zeggen, dat vrede soms een hoger goed is dan recht, maar dan ook géén recht?[11]

2.

Mij is het altijd als erg verhelderend voorgekomen, als over zulke problemen van algemene rechtsleer die àllen aangaan en waarover niet-juristen minstens even goed kunnen oordelen, omdat de samenlevingsvormen daarbij onmiddellijk betrokken zijn) van buiten het domein der juristen berichten uit de samenleving te melden zijn. Daarom heeft mij bijzonder geboeid wat een rebels genie als Rabelais ons daarover mee te delen heeft. Rabelais heeft in de Franse rechtspraak der 16de eeuw een steeds weerkerend mikpunt van zijn spot gevonden. Van het recht van zijn tijd weet hij verschrikkelijk veel af, maar hij is, voorzichtig gezegd, niet erg onder de indruk van wat de rechters er mee doen.[12]

Pantagruel gaat zich in hoofdstuk X van de naar hem genoemde roman op schriftelijke aansporing van zijn vader aan de wetenschap wijden en laat 9764 wetenschappelijke stellingen 'aanslaan', die hij tegen alle aanvallen, zelfs van de kant van de Sorbonne, triomfantelijk weet staande te houden. Als de faam van zijn geleerdheid zich over Parijs uitbreidt, wordt bij gemengd in de berechting van een proces, dat voor het gerechtshof dient tussen monsieur de Baisecul, eiser en monsieur de Humevesne, gedaagde. De zaak is zó ingewikkeld, dat 'la Cour du Parlement n'y entendait que le haut allemand'.

Zes en veertig weken lang zijn de knapste koppen onder de juristen aan het beraadslagen zonder enig resultaat, als één hunner op het lumineuze idee komt Pantagruel te raadplegen. Deze krijgt alle procesbescheiden ter inzage, maar zijn eerste eis is, dat al die 'fatrasseries de papiers' verbrand zal worden (wat gebeurt) en de tweede, dat partijen 'sans avocats' hun zaak zullen komen toelichten 'et quand je les aurai ouïs, je vous en dirai mon opinion, sans ficiton ni dissimulation quelquonque'. Bezwaren tegen deze persoonlijke verschijning van partijen worden gemakkelijk weggewuifd en de heren Baisecul en Humevesne steken in hoofdstuk XI en XII hun pleidooi in eigen zaak af, nadat Pantagruel hen te verstaan heeft gegeven, dat ze er hun hoofd bij kunnen inschieten, als zij niet precies de waarheid zeggen. Na afloop van de zitting vraag Pantagruel aan de rechters, wat zij van de zaak vinden, en deze antwoorden, dat zij alles hebben verstaan, maar niets begrepen. Dat verheugt mij om twee redenen, waarvan de eerste is, dat zin en samenhang van die uiteenzettingen ook mij voor het grootste deel onhelder zijn gebleven. De tweede reden is, dat die rechters dan ook, evenmin als vóór de tussenkomst van Pantagruel, in staat zijn iets wat op een oplossing lijkt aan te dragen. Pantagruel is natuurlijk véél knapper: 'je ne trouve le cas tant difficile que vous le faites'. Toch kost ook hem de uitspraak enige inspanning, want hij loopt een paar keer door de rechtszaal rond '*pensant qu'il fallait à un chacun faire droit, sans varier ni faire acception de personne*', maar kort daarop gaat hij zitten en spreekt hij het vonnis uit. Ook daarvan heb ik – en dat zal

11. *Algemeen Deel*, p. 178. Een schikking aanraden kan volgens Scholten verstandig zijn, 'doch niet omdat dit recht zou zijn, maar omdat de vrede soms hoger goed is dan het recht...'.
12. Deskundige critici van dit soort zullen, ook in onze tijd, op den duur het 'gevaarlijkst' of het 'heilzaamst' zijn. Zij worden echter zeldzaam als de kritiek ervan uitgaat dat juist het aanleren van rechtsdeskundigheid het begin van alle kwaad is.

wel de bedoeling zijn geweest – weinig méér begrepen dan dat zowel eiser als gedaagde gedeeltelijk in het gelijk, gedeeltelijk in het ongelijk worden gesteld met compensatie van kosten.[13]

Als dit vonnis is uitgesproken, blijken partijen 'toutes deux contentes de l'arrêt, ce qui fut chose incroyable', want – ik probeer te vertalen – na de grote regens (de zondvloed?) was het niet meer voorgekomen, en het zou binnen 'treize jubilés' niet meer voorkomen, dat twee partijen, gewikkeld in een rechtsstrijd, over een eindoordeel *even* tevreden waren. De bovenmenselijke wijsheid van Pantagruel bracht eiser én gedaagde in een drie uren durende staat van bezwijming. Wie wil weten, hoe zij daaruit werden verlost, leze zelf: Mij, als schoolmeester de lessen verzamelend, rest dit resumé:

a. dat de rechters, die de zaak vóór en na de pleidooien niet begrepen, zomin tot een raad (aan Pantagruel) als tot een beslissing kwamen;
b. dat Pantagruel, die de zaak, na enige inspanning, duidelijk vond, tot een *beslissing* kwam, waarin elk der partijen voor een deel gelijk kreeg;
c. dat de moeilijkheid van de zaak voor Pantagruel hierin gelegen was, dat hij aan elk der partijen recht moest doen.
d. dat beide partijen met deze beslissing even tevrede(n) waren.

3.

Scholten zag de taak van de rechter in het beslissen en achtte dit onverenigbaar met bemiddelen. Het is dus van belang na te gaan wat hij onder bemiddelen (door de rechter) verstond. In zijn Beschouwingen over Recht voert hij drie varianten op:

a. de rechter onderzoekt niet, wie feitelijk of rechtens gelijk heeft, maar legt een schikking op:
b. in gevallen, waar de rechter noch van de feiten, die de ene partij stelt, noch van die, zoals de andere partij ze weergeeft, de indruk heeft gekregen, dat ze geheel juist zijn, vermijdt hij het bewijsrisico en veroordeelt tot een deel van het gevraagde;
c. de rechter vindt, dat voor het standpunt van beide partijen veel pleit en kan niet komen tot een beslissing, dat een hunner gelijk heeft. Hij veroordeelt daarom tot de helft van het gevraagde of geeft op andere wijze een tussenuitspraak.

Nu zou ik bij de bespreking deze typen voorop willen stellen, dat àls de uitspraak in een rechtsconflict als grondslag heeft de conclusie: ik, rechter, wéét niet, wie van de strijdige partijen gelijk heeft, de beslissing krachtens welke een tussenuitspraak wordt gegeven (laten we gemakshalve aannemen, waarin van de gevorderde: f 1000 de helft: f 500 wordt toegewezen) zeker niet irrationeel is. Het alternatief is immers, wie de dobbelsteen, het pure toeval, als winnaar uitwijst en als wij aannemen, dat op den duur een beslissing krachtens puur toeval even vaak verkeerd als goed uitvalt, dan leert ons een verzameling van 10 gevallen, elk strekkende tot een betaling van

13. Ik had deze noot gereserveerd een stuk proza uit het vonnis van Pantagruel. Maar ik zie er van af. Wie nieuwsgierig is geworden zal zelf wel op onderzoek uitgaan.

f 1000, dat beide oplossingen bij de conclusie: ik weet het niet, f 5000 bij de verkeerde en eenzelfde bedrag bij de juiste persoon laten terechtkomen. Daarbij is dan óók nog vóóronderstelling dat in een soort objectieve, verborgen werkelijkheid (bij partijen of in de hemel bekend) vaststaat, dat telkens één der partijen voor de volle 100% gelijk héeft.

Ik zou menen, dat wanneer ik gehouden was een beslissing te geven in een conflict, waarin ik geen notie had van de verdeling tussen partijen van gelijk en ongelijk, een toewijzen voor de helft (mèt zekerheid, dat geen der partijen volledig wordt rechtgedaan) méér in overeenstemming is met de rechtvaardigheid dan een algehele toewijzing aan één der partijen krachtens de uitkomst van de dobbelsteenworp (met 50% kans, dat aan beide partijen volstrekt geen recht en dus onrecht wordt aangedaan).

Slechts als de natuur van de rechterlijke beslissing dwingend zou eisen, dat in elk enkelvoudig conflict alleen maar een algeheel overwinnaar naast een algeheel verliezer kon worden aangewezen, zou niet de middeling, maar de absolute uitspraak krachtens toeval geboden zijn.

Het is nu mijn overtuiging, dat Scholtens verwerping van het bemiddelend vonnis in laatste instantie te verklaren is uit zijn aanvaarding van zodanige natuur van de redelijke beslissing ('tenslotte zeg ik a of b, niet a én b'[14]) en het is eveneens mijn overtuiging, dat die opvatting in haar algemeenheid evenmin theoretisch als praktisch houdbaar is.

Maar eerst moet méér gezegd worden van de drie typen van 'non liquet', ik weet het niet.

4.

In een – op het eerste gezicht – wat ongebruikelijke volgorde, dringen zich de navolgende twee vragen op: màg de rechter op basis van de bevinding: ik weet niet wie gelijk heeft, een uitspraak doen en vervolgens: kàn de rechter tot de bevinding komen: ik weet niet, wie gelijk heeft.[15]

De eerste vraag is tweeledig. In de gevallen omschreven in paragraaf 3a en b is het 'niet-weten' van de rechter heel duidelijk niet toegestaan als basis van een beslissing (wel, maar dat speelt hier niet, als basis voor een *raadgeving* tot bemiddeling in het kader van een verenigingscomparitie als bedoeld bij art. 19 Rv).

Zijn taakvervulling eist, dat, als hij een (eind)beslissing geeft, het conflict aan de geldende rechtsnormen is getoetst en daartegen zondigt de rechter in geval a; en die taakvervulling eist ook, dat de rechtsnormen worden toegepast niet op *mogelijk* vaststaande feiten, maar op *rechtens* vaststaande feiten.

Wanneer de rechter zonder bewijs, op te dragen, feiten, die voor hem niet vaststaan als grondslag neemt van een gedeeltelijke toe- en een gedeeltelijke afwijzing van de vordering, handelt hij niet anders, dan de man, die gesteld voor de vraag of Jan 180, dan wel 190 cm lang is, vaststelt, dat hij dús 185 cm lang is, omdat het risico te groot is, dat noch de 180 cm, noch de 190 cm bewezen kunnen worden. Dat geval verschilt

14. *Algemeen Deel*, p. 179.

15. De volgorde is ongebruikelijk omdat de vragen naar het mogen zin verliezen daar waar de zekerheid van niet-kunnen vooropstaat. Als ik niet kan vliegen, hoef ik mij er niet druk om te maken of ik het mag.

natuurlijk grondig van één, waarbij drie meetdeskundigen volhouden dat Jan 180 cm lang, is drie andere, dat hij 190 cm hoog reikt. Ik zou minstens durven volhouden, dat de rechter, die dan beslist, dat Jan 185 cm lang is, niet hoeft te worden uitgelachen, al is géén der deskundigen het met hem eens, al zijn ze het allemaal zelfs precies even oneens met hem.

Wanneer de rechter echter datgene, wat zijn taakvervulling meebrengt aan normentoetsing en feitenvaststelling heeft vervuld (maar dat is in de gevallen a en b nóóit het geval[16]), dan is uitspraak: de rechter màg niet niet weten wie ongelijk heeft, m.i. onzin. Het enige, wat dan wel zin had, zou zijn te bevelen, dat de rechter, die het niet weet, naar buiten doet, alsnog hij het wel weet en op die basis een niet waarachtige uitspraak doet, die òf a òf b in het gelijk stelt, welke keuze slechts door toeval kan zijn bepaald. Niemand is in staat de rechter innerlijke overtuiging te verbieden, dat hij omtrent gelijk en ongelijk in het onzekere verkeert. Dit is waarschijnlijk het geval, dat Scholten onder c op het oog heeft. Maar het lijkt mij duidelijk, dat hij niet kan verbieden, dat de rechter tot deze conclusie komt, doch slechts te verstaan wil geven:

1. zulke gevallen komen niet voor: de rechter kan niet tot de bevinding komen, als hij alles onderzocht heeft: ik weet niet, wie gelijk heeft. 'Wie in de twijfel blijft steken, en niet tot de daad der beslissing kan komen, deugt niet voor rechter'[17];
2. maar omdat de rechter, die in de twijfel blijft steken en vervolgens een beslissing geeft als onder par. 3c bedoeld, wel degelijk tot 'de daad der beslissing komt', verschijnt ook hier het tweede aspect van Scholtens opvatting weer:
   zelfs als die twijfel er is en in de rechter blijft steken, moet zijn beslissing niet een bemiddelende, maar een absolute zijn (niet a èn b, maar a òf b).

5.

'De rechter... móét beslissen-tenslotte is zijn taak te kiezen. Van den advocaat wordt *het betoog* gevraagd, van den rechter *de daad*. En die daad moet als iedere daad, die

16. Ook Hartzfeld heeft, voorzover ik het zie, de onder a en b aangeduide uitspraken niet als acceptabele bemiddelende vormen erkend. Maar het is soms moeilijk Hartzfelds gedachtensprongen te volgen en zijn voorbeelden munten niet uit door systeem-betrokkenheid. Zo stelt hij b.v. dat de bewijslastregel te kort kan schieten, maar ik zie niet dat hij zegt, dat er gevallen zijn waarin vooraf van bewijsopdrachten door de rechter kan worden afgezien en een vonnis kan worden gewezen als was ieder voor de helft of zo geslaagd in het bewijs.
Hartzfeld kon voor zijn stelling dat bewijslastregels tekort kunnen schieten steun zoeken bij twee bepalingen uit het Duitse burgerlijk wetboek, ook thans nog van kracht:
Par. 929 BGB: Lässt sich im Falle einer Grenzverwirrung die reichtige Grenze nicht ermitteln, so ist für die Abgrenzung der Bezitstand massgebend, kann der Besitzstand nicht festgestellt werden, so ist jeden der Grundstücke ein gleich grosses Stück der streitigen Fläche zu zu theilen.
Een zelfde soort bepaling kent het BGB voor het geval der erflater zijn neef Wilhelm een legaat toebedenkt, terwijl de man twee neven Wilhelm heeft. In zoverre verschilt dit geval van het eerste, dat wel vaststaat dat de erflater *een* van die neven zal hebben bedoeld. Maar als geen der neven de bedoeling kan bewijzen van de erflater, dan kiest de wetgever voor het middelen, niet voor de keuze tussen absoluut gelijk of absoluut ongelijk, hoewel zeker is het middelen niet tot de goede oplossing (dat is: de bedoeling van de erflater) kan voeren.
Par. 2039 BGB: Hat der Erblasser den Bedachten in einer Weise bezeichnet, die auf mehrere Personen passt, *und lässt sich nicht ermitteln,* wer von ihnen bedacht werden solte, so gelten sie als zu gleichen Teilen bedacht. (Hartzfeld, *Het bemiddelend vonnis*, p. 12-15).
17. *Algemeen Deel,* p. 179.

iets anders is dan spel, voor hem op dit ogenblik de eenige mogelijke zijn. Een slecht rechter, of algemeener, een slecht jurist, is hij, die zegt 'ik vind het zoo, maar het kan ook anders'. Een goed rechter kan niet anders... Niet ten onrechte is tenslotte niet de scherpzinnige of geleerde, maar de wijze rechter het ideaal. Wijs is de rechter, die weet en vermag te handelen. [18]

Deze passage bevat *bijna* geen woord, dat niet ook toepasselijk is op de rechter, die een bemiddelend vonnis wijst. Wel allerminst zegt zo'n rechter: 'ik vind het zoo, maar het kan ook anders'. Maar wat Scholten bedoelt is duidelijk: de rechter moet de verantwoordelijkheid op zich nemen òf a òf b gelijk te geven. 'Wijs is de rechter, die weet'. Is dat zo? Hymans heeft het in 1933 bestreden zonder Scholtens naam te noemen:

'Omdat de wijze rechter het ideaal is, zal in vele gevallen een tweezijdig vonnis het juiste, immers het wijze zijn. Het tweezijdig vonnis is een daad: hij, die het velt moet zijn verantwoordelijkheid aandurven'.[19]

Maar ik wil liever niet over wijze rechters, wel over bevredigende rechtspraak nadenken.

Wanneer de rechter steeds in een conflict in staat is het gelijk van één der partijen aan te wijzen – en dat is Scholtens uitgangspunt – kan hij het gelijkgeven aan die partij daarmee verantwoorden.

Maar is het een bezegeling van goede taakvervulling als altijd het gelijk van de een naar boven komt? Het is wel niet toevallig, dat Langemeijer dit bestreden heeft: 'Te ver daarentegen gaat Scholten, naar mijn mening, waar hij (p. 180) zegt, dat een goede rechter nimmer het gevoel zal hebben, dat een andere beslissing even goed mogelijk zou zijn geweest. Ik zou menen, dat de mogelijkheid, dat vóór en tegen van twee beslissingen precies tegen elkaar opweegt, hoe onwaarschijnlijk ook, niet uitgesloten kan zijn.[20]

Het gelijk, dat ik hier aan Langemeijer toeken, berust niet enkel op het feit, dat hij in de rechtspraakpraktijk een flink stuk voorligt op Scholten, maar ook op eigen ervaring (en die is hier ter zake, want het gaat niet over objectieve gelijkwaardigheid): het komt voor, maar: uiterst zelden.

Terloops merk ik op, dat Langemeijer, die in het geval van subjectieve volkomen gelijkwaardigheid der conflicterende belangen een rechter opvoert, die zegt (waarschijnlijk alléén maar dènkt), dat een andere beslissing even goed mogelijk zou zijn (omdat die rechter *niet weet, wie gelijk heeft*) er daarbij van uitgaat, dat zo'n rechter vervolgens een *eenzijdig* vonnis uitspreekt, waarvoor geen rationele basis voor handen is, want als de rechter in deze situatie een bemiddelend vonnis had uitgesproken, zou hij dat niet kunnen zeggen of denken.

6.

Heeft echter zo'n hoogst uitzonderlijke situatie énige praktische betekenis? Op zich genomen amper, maar als uitgangspunt des te meer. Allereerst hierom: als er conflicten zijn, waarin de rechter na behoorlijke taakvervulling, géén ongelijkwaardigheid

18. *Algemeen Deel,* p. 180.
19. I.H. Hymans, *De Tweesprong der rechtswetenschap*, 1933, p. 10.
20. *Inleiding tot de studie van de wijsbegeerte des rechts*, 3e druk, 1973, p. 319, noot 1.

van de rechtsbelangen vermag waar te nemen, als hij dus kàn, màg en móet zeggen: ik weet niet, wie gelijk heeft, dan is dat een heel andere uitspraak, dan die van de rechter, die *zonder onderzoek* zegt: ik weet niet, wie gelijk heeft. Wat in de uitspraken overeenstemt, is dat zij allebei naar waarheid gedaan zijn, maar het zal niemand ontgaan, dat in het eerste geval het adequate antwoord op die verzuchting is: zorg dan, dat je het te weten komt vóór je beslist en in het tweede slechts: toch moet je beslissen.

Mag ik ter toelichting een voorbeeld geven uit een andere sfeer:

De uitspraak: ik weet niet of Jan Jansen een goed voetballer is, kan ik doen, als ik Jansen niet ken en nog nooit heb zien voetballen (3a), ook als ik niet weet, hoe voetballen in elkaar zit, hoe het (goed) gespeeld wordt (3b), maar tenslotte óók als ik al Jansens goede en slechte eigenschappen als voetballer ken en deze afwegende, noch tot een positieve (goed voetballer), noch tot een negatieve (slecht voetballer) uitspraak wil en kàn komen. In de gevallen 3a en 3b is het pure willekeur, als ik op basis van mijn 'niet-weten' het oordeel vel: Jansen is een goed voetballer, even willekeurig als het tegengestelde oordeel en het is óók een slag in de lucht (maar met minder kans op belachelijkheid) als ik zou beslissen: die Jansen is een middelmatig voetbaltalent. Maar in geval 3c zijn uitspraken als: Jansen is een slecht òf Jansen is een goed voetballer wel relevant (want ik ben terzake deskundig, misschien wel trainer), maar beide even intrinsiek onjuist. Relevant en juist is de uitspraak van de deskundig beoordelaar, dat Jansen door de combinatie van goede en slechte eigenschappen als voetballer, die tegen elkaar opwegen (hij heeft een goed schot, maar hij speelt zich moeilijk vrij) wordt gekwalificeerd als een middelmatig voetballer. De beoordelaar heeft bemiddeld. Voor mijn part, zegt men: omdat hij niet wist, of Jansen een goed dan wel een slecht voetballer was, maar het is toch veel nauwkeuriger om te zeggen: omdat hij wist, dat Jansen zo min een goed als een slecht voetballer is. En de uitspraak: Jansen is een middelmatig voetballer is overduidelijk niet uit te leggen als uitkomst van: ik vind het zo, maar het kan ook anders.

Ik vermoed dat Scholten en met hem de overgrote meerderheid van de juristen zou eisen, dat in zo'n geval toch een absolute uitspraak werd gegeven, die naar beide kanten kon uitvallen, omdat eigenlijk altijd of het goede of het slechte overheerst. Dit laatste lijkt mij – met Langemeijer – onjuist. Maar als zelfs bij volslagen opwegen van goed en slecht de beslissing naar één kant moet uitvallen, dan kan van zo'n beslissing met het volste recht gezegd worden, dat zij evengoed anders had kunnen uitvallen. En als men ten einde raad nog opwerpt, dat het bemiddelend vonnis de rechtszekerheid in gevaar brengt, dan heb ik voor één keer een gemakkelijke partij: denkt men, dat de rechtszekerheid veiliger is bij beslissingen, die even goed naar a als naar b kunnen uitvallen?

7.

Wanneer niet-weten wie gelijk heeft, berust op (subjektief) weten van de gelijkwaardigheid der belangen voor het recht, is een bemiddelend vonnis in zijn meest grove vorm (voor ieder de helft) niet alleen het rechtvaardigst, maar óók het meest dienstig aan de rechtszekerheid. Vanuit dit zeldzaam voorkomend uitgangspunt (en hetzelfde geldt als het alleen maar een *denkbare* mogelijkheid in het recht voorstelt), valt nu echter de route af te leggen naar het eindpunt: (subjektief) zeker weten, dat in het conflict alle gelijk bij a of b ligt. In dat geval is een eenzijdig vonnis in zijn meest

grove vorm (algehele toewijzing, algehele afwijzing) niet alleen het rechtvaardigst, maar ook het meest dienstig aan de rechtszekerheid. Maar wat is er aan de hand op de weg tussen deze beide stations? Dat er in het geheel geen weg tussen ligt is in ernst niet vol te houden. Zodra de rechtens beschermde belangen niet meer volkomen gelijkwaardig zijn, zijn zij, zo kan men tegenwerpen, ongelijkwaardig en het meerdere gelijk van de één is voldoende, om hem het pleit te laten winnen, geheel gelijk te geven. Ik ontken niet, dat men in rechte zo kan handelen, noch dat het nogal vaak gebeurt, zelfs niet, dat daartoe gegronde redenen aanwezig kunnen zijn, maar slechts, en dit met klem, dat alle ongelijk gelijk is, dat het dus niet anders kàn dan hiervoor geschetst en dat het niet anders gebeurt. Ik stel, dat het bemiddelend vonnis een bescheiden plaats toekomt binnen het geheel der rechtsbeslissing, daar waar de divergentie van gelijk en ongelijk binnen smalle marges blijft en de eis van het praktische rechtsverkeer zich daartegen niet verzetten, wat zij te eerder zullen doen als de rechtvaardigheid in de onderlinge verhoudingen niet wordt aangetast door een eenzijdig vonnis op grond van kollektieve dekkingen tegen schade. Dit laatste punt spaar ik echter nog even op.

8.

Mijn voorthema is de sinds 1916[21] door onze rechtspraak aanvaarde notie van medeschuld van een benadeelde aan een hem schade-veroorzakende onrechtmatige daad.

In *1915* schreef Scholten hierover: 'Wij staan hier nog aan het begin van een ontwikkeling, die elders (Duitsland, Zwitserland) reeds wettelijk is gesanctioneerd of waar ze dat niet is (Frankrijk) door de rechtspraak wordt aanvaard. Is onze rechter door de ervaringspraktijk eenmaal aan dergelijk *bemiddelende uitspraken* gewend, dan zal hij ze ook op ander gebied wel geven. Een schuchter aanloopje ertoe is thans reeds in de overwegingen van sommige vonnissen te vinden, waar de eigen schuld van de benadeelde grond wordt genoemd niet alleen tot opheffing, maar ook tot vermindering der aansprakelijkheid...'[22]

Opmerking verdient, dat, zoals Scholten meldt, eigen (mede-)schuld van de benadeelde nu en dan werd gezien als grond voor opheffing van de aansprakelijkheid van de pleger ener onrechtmatige daad, terwijl er ook beslissingen zijn, waarin wordt geoordeeld, dat de eigen schuld van de benadeelde, de verplichting tot schadevergoeding niet opheft.[23] De uitspraken wapperen dus van 'uiterst rechts' naar uiterst links' en wat zich aandient en door Scholten als gewenst wordt aangemerkt is de bemiddelende uitspraak. Hartzfeld wijst in zijn boekje: Het *bemiddelend vonnis*, met genoegen op deze uitspraak.[24] Maar enkele jaren later komt Scholten dit genoegen vergallen. Wat slordig zegt hij: 'Mr. Hartzfeld ziet in het betoog, dat ik indertijd in dit Weekblad (2350 v.) aan deze vraag wijdde, een beschouwing van zuiver bemid-

21. HR 4 februari 1916, *NJ* 1916, p. 450. Anders de P.-G. Noyon: 'Voor toepasselijkheid van art. 1401 is dus slechts één alternatief: schuld bij den dader aan het berekenbare gevolg zijner daad, die gehele aansprakelijkheid medebrengt, of afwezigheid van schuld, die de aansprakelijkheid voor de daad en hare feitelijke gevolgen opheft... Het Hof had...*naar gelang van het overwicht van het ene of het andere* de schuld van het personeel moeten *aannemen of verwerpen'*.
22. WPNR 9 januari 1915, no. 2350: De 'schuld' in de leer der onrechtmatige daad XII, p. 17-18.
23. Artikel uit noot 22, p. 19.
24. P. 18.

delende aard' en voert dan aan, dat Hartzfeld niet heeft gezien, dat het bij de erkenning van de medeschuld om iets heel anders ging dan om een bemiddelend vonnis, nl. om rechtsverfijning.

'Bij het eigenlijk bemiddelende vonnis komt de rechter tot een tussenuitspraak, omdat hij òf ten aanzien van de feiten òf ten aanzien van het recht de mogelijkheid mist een oplossing van het geschil te geven... Waar hij het geschil moet oplossen, geeft hij ieder wat. Geheel anders bij de rechtsverfijning. Daar geeft de rechter de tussenoplossing, omdat hij overtuigd is dat zij rechtens geboden is. De rechter, die het procédé der rechtsverfijning toepast, geeft niet zijn beslissing, omdat hij aarzelt en dobbert en dan tenslotte maar halveert, maar omdat deze voor hem de eenig mogelijke, de eenig juiste is' én: 'mijn conclusie is dan dat rechtsverfijning bemiddeling overbodig maakt'.[25]

Ook in zijn Algemeen Deel zegt Scholten, dat zulke uitspraken 'niet bemiddelende vonnissen' zijn.[26]

Naar mijn gevoelen heeft hij zich helemaal vastgebeten in een opvatting omtrent het bemiddelend vonnis, die nooit en door niemand is aangehangen. Hij heeft niet onderscheiden tussen de twee: 'ik-weet-niets', die de rechter kan uitspreken. Niemand heeft ooit beweerd, dat een rechter, die niet weet, omdat hij nagelaten heeft alle onderzoeksmogelijkheden te benutten, een behoorlijk bemiddelend vonnis uitspreekt.

Steeds is bedoeld, al heeft Hartzfeld het soms ongelukkig uitgedrukt, dat een rechter die niet weet, wie gelijk heeft, omdat hij weet, dit is: er na onderzoek subjektief zeker van is dat niemand volkomen gelijk heeft, op die basis beter een tussenvonnis dan een absoluut vonnis kan wijzen.

Is dan niet alles opgelost door vast te stellen, dat wat anderen een bemiddelend vonnis noemen, door Scholten (behalve één keer toen 'de zaak nog niet diende') rechtsverfijning wordt genoemd?

Wie hierover doordenkt, raakt aan subtiliteiten van het recht, die zich moeilijk in woorden laten vatten.

Rechtsverfijning heeft als zodanig met het bemiddelend vonnis niets te maken. Van rechtsverfijning spreken wij als een regel van recht nader wordt geanalyseerd, waardoor de vraag wie gelijk krijgt aan een groter aantal voorwaarden wordt gekoppeld dan rechtstreeks uit de rechtsregel voortvloeit. De derde die het roerend goed krachtens schenking verkreeg van de lener, ziet de oorspronkelijke eigenaar 'potior jure' als gerechtigde met de zaak verdwijnen. Dit is rechtsverfijning, maar er wordt niet bemiddeld. Rechtsverfijning laat de vraag òf bemiddelend zal worden dan wel een eenzijdige uitspraak zal vallen, geheel open.

Als dit begrip nu óók gebruikt wordt voor de door Scholten aanvaarde bemiddeling is de verwarring kompleet. Het is iets heel anders of ik nog een regel kan vinden, die het absolute gelijk bij a brengt, of dat ik op grond van de gelijkwaardigheid der belangen het geringe verschil daarin, niemand absoluut gelijk geef, maar 'middel'. Rechtsverfijning en bemiddeling staan zowat als tegenstellingen tegenover elkaar.

Nemen wij het voorbeeld van Jan Jansen, voetballer, dan is er bij zijn beoordeling van rechtsverfijning sprake als uitgemaakt wordt, dat Jansen een goed voetballer is, omdat bij afweging van twee eigenschappen: een goed schot maar weinig capaciteit

25. *Verzamelde geschriften*, deel III, Spraakverwarring, p. 90 v.
26. *Algemeen Deel* p. 180.

om zich vrij te spelen, de eerste goede eigenschap overheerst. Willen en kunnen wij deze waardering niet meer meemaken, dan resulteert: bemiddeling.

Voegt men daar dan nog bij, dat rechtsverfijning een toespitsing mogelijk maakt van de keuze tussen òf A òf B (die Scholten zo benadrukt) en die keuze maakt tot medeschuld van de benadeelde het aansprakelijk zijn voor de schade zelfs dan nog een zaak van bemiddeling blijft tussen dader en slachtoffer als hun schuldverhoudingen zijn vastgesteld op 90 en 10, dan is wel duidelijk dat rechtsverfijning hier juist niet werkt. Zij gaat pas werken als de schuld van het slachtoffer te verwaarlozen is vergeleken bij die van de dader. Tevoren is er bemiddeling. Het misverstand ligt vast in een volzin van Scholten, die men op het eerste gezicht, maar ook niet langer, als juist zou menen te moeten aanvaarden: 'Wie omdat hij feiten of recht niet met voldoende zekerheid kan vaststellen bemiddelt, weet dat hij een uitspraak geeft die bij meerdere kennis dan hem gegeven is, onjuist zal blijken; wie tot een nieuwe fijnere regel is gekomen, meent dat hij de juiste uitspraak heeft gevonden.'[27]

De zin vóór de komma-punt gaat van een verkeerde vooronderstelling uit ten aanzien van het bemiddelend vonnis en moet aldus luiden: Wie weet, dat hij omtrent feiten of recht niet meer zekerheid kan verkrijgen dan hij heeft, en dan nòg niet kan komen tot het eenzijdig gelijk van òf A òf B, weet ook dat hij geen betere dan een bemiddelende uitspraak zal kunnen geven.

Wat ná de komma-punt komt is niet onjuist. Maar de fijnere regel, waartoe ook de bemiddelende rechter eerst zal wensen te komen, zolang het een verfijning is die haar gevolg kan dragen, zal slechts de mening dat op basis daarvan een juiste uitspraak is gevonden echt schragen, als daardoor op zinvolle wijze het algehele gelijk alsnog kan worden overgebracht van de ene naar de andere zijde. Dat iedere technische rechtsverfijning die functie zou kunnen vervullen is een negatieve utopie. En daarom is er ook plaats voor bemiddeling.

9.

De rechtsverfijner redeneert aldus. Ik moet toch nog *iets* vinden (ik zie toch nog *iets*) aan dit geval, waardoor de oorspronkelijke regel, die mij als beslissend toetsingscriterium niet aanstaat (onjuist voorkomt) wordt 'gesplitst' en waarvan het afgesplitste deel ten opzichte van het geval een zekere algemeenheid behoudt. Lukt dat, dan kan ik het (absolute) gelijk, dat krachtens de oorspronkelijke regel bij A berust, nu krachtens de meer bijzondere regel bij B onderbrengen. Dàt rechtsverfijning (een instrument in handen van wetgever èn rechter) van grote waarde is voor de praktijk van het rechtsleven staat buiten alle twijfel. Het gevaar ervan is echter evenmin te miskennen. Er is een conflict, waarin – volgens de oorspronkelijke regel – de eiser A het gelijk aan zijn kant heeft. Maar de rechter komt tot de conclusie, dat die beslissing *niet* bevredigend is. Hij zoekt naar bijzonderheden van het geval, die nog een zekere generaliserende kracht hebben, en maakt een 'onderregel', verklarende dat in de daartoe behorende gevallen de oorspronkelijke regel niet geldt en dat dus niet A maar B gelijk krijgt. *Omdat* het hem niet juist voorkomt dat A (absoluut) gelijk krijgt, zoekt hij via rechtsverfijning een grond om B (absoluut) gelijk te geven. Want het is: òf a òf b. Het zal echter duidelijk zijn, dat in het proces der rechtsverfijning (uitzondering

27. *Verzamelde geschriften,* deel III, p. 194.

op uitzondering op uitzondering etc.) het rechtsverfijnende element steeds 'dunner' wordt, steeds precieuzer, terwijl het toch steeds opnieuw de weegschaal geheel naar de andere kant laat doorslaan. En het is nu maar de vraag of dit geen fictief doorslaan is of het die kracht wel heeft (rechtens: màg hebben). Anders gezegd: er komt een moment waarop het rechtsverfijnend element pour besoin de la cause gaat dienen: de beslissing volgens de oorspronkelijke regel (die al een vele malen verfijnde regel kan zijn) is niet billijk, maar zulks zonder dat er nog een onder-regel bestaat, die op bevredigende wijze het doorslaan naar de andere kant verklaart. Waarom? Omdat het geheel doorslaan naar welke zijde dan ook zich niet meer láát billijken. Omdat het rechtsverfijnend element even willekeurig werkt als de oorspronkelijke regel: zij voldoen géén van beiden gelet op hun gevolg: òf A òf B, *tenzij* men volhoudt dat: òf A òf B op zich genomen het enige is, dat bereikt màg worden.

Daarmee is, naar ik hoop, enigszins verklaard a. dat er een terrein is voor het bemiddelend vonnis; b. dat dit terrein niet groot is. Niet groot omdat de 'bemiddeling' de concurrentie (misschien moet ik zeggen, tot op grote hoogte: de preferentie) ondervindt van de rechtsverfijning: waar het nòg generaliserend verfijnend element, alle omstandigheden in aanmerking genomen, voldoende *intrinsieke* kracht heeft om de weegschaal geheel te laten doorslaan, is er voor het bemiddelend vonnis geen plaats. Dat door het standpunt van beide partijen wel 'het een en ander' te zeggen valt is dus geen degelijke grondslag van het bemiddelend vonnis.[28]

10.

Maar ook is verklaard, meen ik, dat er een terrein is voor het bemiddelend vonnis. Is dat terrein nader af te bakenen? Hier volgt een poging. Ik onderken twee groepen van gevallen:

1. De rechter moet in een conflict beslissen, waarin hij, na alle mogelijke en nodige onderzoek dat rechtens kan worden ingesteld, tot deze conclusie komt: ik weet, dat ik het niet weet en niet weten kàn.
2. De rechter moet in een conflict beslissen, waarin hij, na alle mogelijke en nodige onderzoek, dat rechtens kan worden ingesteld tot de conclusie komt: ik weet, dat niet aan de ene, noch aan de andere zijde het gelijk ligt. Als dat gelijk toch naar de ene of andere zijde toewijs is dat een daad van 'willekeur', wellicht ingekleed in de vorm van een mislukte, te ver doorgevoerde rechtsverfijning, mogelijk óók verpakt als: ik moet nu eenmaal kiezen.

11.

Over de eerste groep van gevallen zal ik kort kunnen zijn. Er zijn onoplosbaarheden, die de rechter moet oplossen. Wat moet er geschieden als er schade is geleden, maar het beloop daarvan onmogelijk kan worden vastgesteld? Niets geven of àlles wat eiser vraagt? De rechter bepaalt het bedrag ex aequo et bono òf hij legt een schattingseed op. Als het testament de bepaling bevat: ik vermaak mijn nalatenschap aan

28. *Algemeen Deel*, p. 179.

mijn erfgenaam volgens de wet en er zijn twee zulke erfgenamen in gelijke rang, die de erfenis opeisen, is het dan niet redelijk dàt, hoewel de erflater hoogstwaarschijnlijk het bestaan van de een niet kende of vergeten was, en dús de ander bedoelde, elk der erfgenamen de helft krijgt, wanneer er voor de rechter géén aanwijzing is, wie bedoeld werd?

Ik verwijs voorts naar de Duitse gevallen, vermeld in noot 16, waar de bemiddeling zelfs bij wet is geregeld. Daar is, zeker in de legaatsaanwijzing, de werkelijke situatie waarschijnlijk niet in overeenstemming met het resultaat van de bemiddelende wet. Ene Willem is door de erflater natuurlijk bedoeld. Maar de rechter die tot de conclusie komt: ik weet, dat ik het niet weet (de enige wijsheid overigens die volgens Socrates aan mensen eigen kan zijn) zou ook zonder wetsbepaling geen betere oplossing kunnen geven dan: ieder de helft.

Dit soort gevallen zijn echter zeldzaam, niet omdat rechters zo zelden weten dat ze niet weten (iedere strafrechter zou dit dagelijks kunnen onderschrijven) maar omdat het recht hen slechts in uitzonderlijke gevallen toestaat op deze wijze niet te weten bij de berechting van conflicten.

12.

De tweede groep is belangrijker en ik zal daarvan een viertal gevallen behandelen. Dat de mede-schuld van de benadeelde bij een onrechtmatige daad op gezag van Scholten bij de rechtsverfijning is ondergebracht, heeft niet alleen in dit opzicht tot 'spraakverwarring' geleid, omdat aldus twee geheel verschillende rechtsbewerkingen onder één noemer werden gebracht, maar het heeft ook verhinderd, dat het beginsel der bemiddeling, dat aan de aanvaarding van medeschuld ten grondslag ligt, juist op terreinen, waar het maatschappelijk belangrijker is dan in het overgrote merendeel der gevallen van medeschuld tot ontwikkeling kan komen.

Dat de bemiddeling krachtens medeschuld niet zo belangrijk is, en eigenlijk een groot aantal nadelige effecten heeft, komt omdat bemiddeling als oogmerk heeft (*hierin* gelijk aan rechtsverfijning) een zo bevredigend mogelijke beslissing te bereiken. Welnu, bij het overgrote merendeel der schaden uit onrechtmatige daad (verkeersongevallen-schaden) is de verdeling der schade tussen 'dader' en slachtoffer krachtens schuld en medeschuld oorzaak van een onbevredigende uitslag, omdat nu eenmaal:

a. die schaden in hun geheel bij een der partijen 'de dader' krachtens collectieve voorziening, verzekering, gedekt plegen te zijn; bij het slachtoffer vaak niet.
b. de schuld – maar in ons geval is van belang: de medeschuld – slechts in hoogst zeldzame gevallen van dien aard is, dat de objectieve waarnemer moet concluderen: deze (mede) schuld is zo ernstig, dat zij billijkt, dat de daaruit voortvloeiende schade *voor persoonlijke rekening* blijft van het slachtoffer, zelfs als toeschuiving van het aandeel naar de dader deze niet persoonlijk bezwaart.

Ik doel hier op wat in paragraaf 7 aan het einde reeds is opgemerkt. Het bemiddelend vonnis verliest aan waarde en dringendheid, telkens wanneer een collectieve opvang van de schade (verzekering) de persoonlijke gevolgen van een absolute uitspraak opheft of drastisch vermindert. In zulke gevallen geldt, dat de aansprakelijkheid het best daar gelegd kan worden, waar zij het best collectief gedekt kan worden. Daaruit

volgt ook, dat bij gewone schuldgevallen (met soms ongewone schade) zelfs het totaal 'onschuldige' slachtoffer met de schade belast kan worden als het offer, dat hij ter delging van die schade moet brengen (de verzekeringspremie) niet groter is dan dat van alle anderen.[29]

Merkwaardig is voorts, dat in de problematiek van de mede-schuld zich een nogal ver doorgevoerde casuïstiek inzake de schuldverhoudingen heeft ontwikkeld, die als enige basis de intuïtie heeft. Die intuïtie lijkt mij hier een hoogst onzekere zaak als zij verdergaande onderscheidingen in de schuldverhoudingen gaat aanbrengen dan globale: overweging der medeschuld (75%), ongeveer gelijkheid der medeschuld (50%) en ondergeschikte maar niet onbeduidende medeschuld (25%).

Wij dienen ons immers wel te realiseren en te erkennen, dat het bemiddelend vonnis (behalve in de gevallen, dat we het erg goed treffen, waarvan in de volgende paragraaf een voorbeeld wordt opgevoerd) een zekere grofheid, een globaal benaderen van de juiste verhoudingen eigen is. Misschien kan het zo gezegd worden: het offer, dat de rechtsverfijning eist, is dat op den duur minuscule of zelfs moreel niet relevante onderscheidingen het absolute gelijk en ongelijk bepalen. Als die onderscheidingen worden onderkend als te minuscuul of als in werkelijkheid ondeugdelijke beslissingscriteria, dan eist bemiddeling, welke zich ter oplossing van het conflict aandient het offer van een nogal globale benadering van elks deel aan gelijk en ongelijk. Maar laten we niet uit het oog verliezen, dat zoiets in het recht geen zeldzaam verschijnsel is.

13.

Het eerste geval is rechtstheoretisch een bijna volmaakte parallel van de medeschuld, maar desondanks – en ondanks een bemoedigende vingerwijzing van de wet – heeft de rechtspraak hier niet de mogelijkheid van een bemiddelend vonnis aanvaard, hoewel er geen voorbeeld is te vinden, waarin de bemiddeling nauwkeuriger uitkomsten biedt.

A verkoopt aan B voor f 3000 een gebruikt zeer goed fototoestel en garandeert bijzonder eigenschappen, waarvan er één in het geheel niet aanwezig blijkt te zijn. B betaalt daarom de koopsom niet of hij betaalt maar een deel en weigert betaling van het restant. Als A vervolgens de koopsom of het restant (wij gaan er nu verder van uit dat A de hele koopsom nog moet krijgen) opvordert kan B zich beroepen op het feit, dat A ondeugdelijk heeft gepresteerd. Maar volgens onze jurisprudentie moet B nu het toestel ter beschikking stellen van A, wil zijn niet-betaling rechtens aanvaard worden.[30] Dat betekent, dat de verplichting tot betaling slechts (maar dan ook geheel) wordt opgeschort als B het toestel afgeeft. Het opschortende karakter van de exceptio non adimpleti contractus is in dit geval van weinig praktische betekenis: A zal de gegarandeerde maar niet aanwezige eigenschap van het toestel niet alsnog kunnen aanbrengen en maatschappelijk leidt teruggave dus tot een situatie gelijk aan die

29. In Nederland wordt dit met name door Bloembergen bepleit. Aanvankelijk bestond tegen het denkbeeld veel tegenstand. Ik verwacht dat het nochtans op den duur, als het betere, de strijd tegen het bestaande zal winnen.

30. Rotsvaste jurisprudentie met slechts deze rechtsverfijning, dat zo het ondeugdelijk leveren *praktisch* gelijk te stellen is met niet-leveren juridisch van: niet-presteren mag worden uitgegaan. HR 1 december 1932, *NJ* 1933, p. 787; HR 19 juni 1936, *NJ* 1936, no. 1044; HR 16 november 1929, *NJ* 1940, no. 365; HR 21 maart 1941, *NJ* 1941, no. 946; HR 31 januari 1958, *NJ* 1958, no. 97.

bij ontbinding van de koop. Echter: B wil het toestel in het geheel niet meer teruggeven: ook zonder de gegarandeerde eigenschap is het hem lief, maar natuurlijk niet zo lief als wanneer die eigenschap er wel aan zat. Zijn algehele weigering om te betalen kan dan vanzelfsprekend niet aanvaard worden. Maar de rechter zou toch, uitgaande van de koopprijs, een vermindering van die prijs kunnen bevelen, en wel een vermindering met het bedrag, dat het toestel in de werkelijke toestand minder waard is dan in de gegarandeerde.

Ik hoop, dat de parallel niet met de mede-schuld klaar is geworden. Waar in laatstbedoeld geval het bedrag van de schade uitgangspunt is – of liever voorwerp – van de bemiddeling, is dat hier het bedrag van de koopprijs. De schuldverhouding bepaald wie welk deel der schade moet dragen. De wanprestatie-zwaarte bepaalt wie welk bedrag van de koopprijs voor zijn rekening moet nemen. Of a òf b lijkt niet juister in het tweede dan in het eerste geval.

Maar toen Hommeles, hoewel hij jegens Van Beuningen, naar die stelde, wanprestatie had gepleegd, de volle koopsom vorderde, overwoog de Hoge Raad op 6 januari 1967, NJ 1967, no. 59:

dat echter ook indien Hommeles tegenover Van Beuningen wanprestatie heeft gepleegd doordat de door hem aan Van Beuningen verkochte en geleverde vrachtauto niet het laadvermogen bezat, dat volgens Van Beuningen door Hommeles in het vooruitzicht was gesteld, Van Beuningen aan die wanprestatie toch geen aanspraak zou kunnen ontlenen die vrachtauto voor een lager dan de bedongen koopprijs te behouden en Hommeles niet in strijd met de goede trouw handelde door van Van Beuningen de door hem voor die vrachtauto bedongen koopsom, voorzover nog niet betaald, te vorderen.

Waarom niet?, is men geneigd te vragen ten aanzien van die laatste stellige als ongemotiveerde bewering. Want dat zo'n uitspraak niet bevredigt, zullen weinigen tegenspreken. En vraagt men zich af, waarom niet, dan is het antwoord ook al zo moeilijk niet. Het wàs toch wanprestatie van Hommeles waardoor Van Beuningen minder waar en waarde kreeg dan waarvoor hij betaalde! Is er iets eenvoudigers, iets billijkers dan een bemiddelend vonnis in zo'n zaak krachtens hetwelk Van Beuningen zou moeten betalen, natuurlijk, want hij wilde het geleverde houden, maar dan niet meer betalen dan wat overeenkwam met wat hij ontving, moeilijker gezegd: niet meer dan de verhoudingsbreuk aangeeft tussen wat hij genoot en wat hij, als Hommeles het goede laadvermogen had geleverd, zou hebben genoten en rechtens mocht genieten. Die verhoudingsbreuk is in dit soort gevallen vrij nauwkeurig vast te stellen, want elk diertje heeft zijn prijs. Desnoods zijn er, zoals de wetgever van 1838 al wist, altijd nog deskundigen:

In de gevallen bij artikel 1540 en 1542 vermeld (zo leert ons art. 1543 BW handelende over verborgen gebreken bij koop) heeft de koper de keus om of het goed terug te geven en de koopprijs terug te vorderen, *of het goed te behouden en zich zodanig gedeelte van de koopprijs terug te doen geven als de rechter, na deskundigen hierop te hebben gehoord, zal bepalen.*

14.

Ook mag aandacht worden gevraagd voor de problemen, die rijzen bij civielrechtelijke overmacht. Wie zich op overmacht kan beroepen is ontheven van zijn presta-

tieplicht en kan anderzijds natuurlijk de tegenprestatie ook niet opvorderen of behouden. De ontheffing van de verplichting op grond van overmacht kan en zal aan de wederpartij vaak grote schade berokkenen. Wordt geen overmacht aanvaard, dan zal de in stand gehouden verplichting tot nakoming onder zeer moeilijke omstandigheden, die rechtens nòg geen overmacht opleveren, vaak overeenkomstig grote schade berokkenen aan hem die toch moet presteren.

Overmacht is een vorm van verhindering in de nakoming en wel van zodanige intensiteit, dat de nakoming fysiek en objectief onmogelijk is (wat zelden zal voorkomen) òf redelijkerwijs niet meer te vergen is. Niet alleen een rekbaar begrip dus, maar ook een met de typische eigenschap dat het in een vloeiende overgang van juist-nog-niet naar de precies-wel tot stand komt. Bij zulke standen van zaken staat het recht, zeker in de praktijk altijd voor het probleem: wààr is dat punt bereikt, want naar de traditionele opvatting zal dat punt radicaal, over ieder nuance heen, de beslissing bepalen.

Wie zich niet op overmacht kan beroepen ondanks een hoge graad van verhinderingsintensiteit, zal vaak toch niet (kunnen) nakomen. Hij is dan tot schadevergoeding gehouden. Maar is het nu niet redelijk dat globaal rekening wordt gehouden in zulke gevallen met de mate, de intensiteit van de verhindering en op die grondslag vast te stellen welk deel van de schade voor rekening komt van de partij, die toch moest nakomen, welk deel gedragen kan worden door hem, die de schade rechtstreeks lijdt?

Ook als overmacht wel wordt aangenomen is, maar nu vanuit de andere partij bezien, een bemiddelend vonnis vaak te prefereren. De schade, die geleden wordt staat met niemands schuld of laakbare handeling in verband. Zij is voorts een zaak die tussen partijen speelt, welke zich jegens elkaar hadden verbonden. Mij komt het als redelijk en bevredigend voor – en ook niet in strijd met ons recht – die schade tussen partijen gelijkelijk te verdelen.[31]

Overmachtszaken demonstreren ons duidelijk en ruw, dat bij de oplossing rechtsverfijning niet wenselijk, ja zelfs niet mogelijk bleek, maar dat er dan nog volop plaats over is voor de rechtsbemiddeling.

15.

Mijn derde thema is de rechtsverwerking; een, ik erken het, wat hachelijke zaak. Rechtsverwerking vindt plaats als iemand door eigen toedoen (waaronder gerekend met name: niet doen, stilzitten) geen beroep meer kan doen op een hem overigens toekomend recht, ook al zou hij zonder rechtsverwerking gelijk krijgen. Duidelijkst is dat bij uitdrukkelijke en ondubbelzinnige afstand van recht. Duidelijke vormen leveren echter – zoals gebruikelijk – geen problemen op maar ook geen mogelijkheden tot rechtsvorming. In zijn randgebieden is de rechtsverwerking echter een uiterst moeilijk te duiden en gevaarlijk fenomeen. Gevaarlijk omdat 'een beetje rechtsverwerking' zo'n doodgewoon verschijnsel is in het maatschappelijk verkeer vooral aan de kant van de 'zwakkere', degene die met het bijltje niet dagelijks hakt. Bijzonder veel erg ingewikkelde en moeilijk te beoordelen weren kunnen eenvoudig 'ausra-

31. Zo ook met verwijzing naar Hartzfeld: J.J.L. Wery, *Overmacht bij overeenkomsten*, 1919, p. 131-136, en Catz, *o.c.*, p. 135-141, die Star Busmann citeert: 'een beslissing over contractuele rechten en verplichtingen behoeft dus niet eenzijdig te wezen'.

diert' worden in de rechterlijke beslissing wanneer aangenomen wordt, dat het 'beetje rechtsverwerking' juridisch een volkomen rechtsverwerking is, die de weren doet vervallen. Zo wordt de aanvaarding van het beroep op rechtsverwerking – misschien wel het criterium dat de meeste zaken tussen leverancier en koper beslist – in die randgevallen een vorm van rechtsverfijning, die vergrovend en grof werkt. Aldus moet de gedachte aan bemiddeling wel opkomen. Ik heb al weer geruime tijd geleden eens – schrijvend vanuit een praktijk als rechter der eerste instantie – gepleit voor een restriktievere aanvaarding van het beroep op rechtsverwerking in die randgevallen dan te doen gebruikelijk was.[32] Wie er pas na zeven of acht weken formeel over klaagt, dat het door hem gekochte televisie-apparaat 'Nederland-Twee' niet opvoert, is misschien een te beleefd, of een te lui of een te optimistisch mens (wat niet is kan komen) maar als die klacht inhoudelijk juist is, gaat het maar slecht aan, aan te nemen, dat hij met die toestand vrede nam, omdat hij haar nogal geruime tijd liet voortduren.

Maar men moet deze kwestie zeker ook bezien vanuit het standpunt van de andere partij. Want was het voor hem niet een duidelijke zaak, tenzij hij te kwader trouw leverde, dat het televisie-toestel in orde was bevonden?

Op die grond kan men in randgevallen, bij twijfel – welke twijfel, ik herhaal het nog eens, vrucht is van onderzoek – soms tot de conclusie komen, dat de rechtsverwerking op gang was (er was er niet was) en dat de schade, die *zonder* rechtsverwerking ten laste van de leverancier zou komen, *met* rechtsverwerking ten laste van zijn klant, nu het billijkst tussen hen gedeeld kan worden.[33]

16.

Mijn pronkstuk heb ik voor het laatst bewaard. Bij eerste bezichtiging lijkt het echter een twijfelachtig beestje, maar dat komt meer voor met echt ras. Omdat ik moet bemiddelen tussen heel kort aanduiden en lang uitweiden, wil ik mijn beschrijving in een aantal fragmenten opdelen.

a. Hartzfeld noemde als materie van het bemiddelend vonnis met name ook 'bouwquaesties'. Hij dacht daarbij aan conflicten die rijzen wanneer door onachtzaamheid of onwetendheid een klein deel van een (groot) bouwwerk op buurmans grond is terecht gekomen, aldus schendend diens droit inviolable et sacré. Moet nu, zo vraagt hij in vertwijfeling, de rechter de afbraak bevelen van het over de grens gebouwde en daarmede de destructie van het geheel, ook al heeft de buurman geen belangrijke hinder. Het vervelende is, dat de rechter 'ook mensch' is en dus zoiets niet graag zal bevelen. Daarom is er alle kans, dat hij zal zoeken naar een 'formalistische grond' om de vordering af te wijzen, die hij wellicht ook zal vinden. Is het dan niet veel beter, stelt Hartzfeld vast, dat de rechter de slordige bouwer tot betaling

32. *NJB* 23 november 1968, p. 1037 v.: Niet, niet-tijdig en niet-genoegzaam protesteren tegen ontvangen facturen.

33. Een voorbeeld van een vonnis waarbij de uitspraak berust op het aanvaarden van de notie van gedeeltelijke rechtsverwerking, rechtsverwerking in actie, is: Ktg. Amsterdam (mr. Hartzfeld!) 17 december 1928, gepubliceerd in *WvhR* 1929, no. 11916, p. 2-3. De redacteur van het *Weekblad* vond het, blijkens zijn kribbig onderschrift, maar niets. Partijen hadden er daarentegen weinig moeite mee: zij berustten in het vonnis, zoals blijkt uit *WvhR* 1929, no. 11930.

van een geldsom, tot schadevergoeding veroordeelt? 'Van dergelijke tussenmogelijkheden getuigt b.v. ook de jurisprudentie van de Kroon over de Hinderwet'.[34]

b. De voorgestelde bemiddeling, die het vonnis bewerkt, bestaat hier dus niet in de gedeeltelijke toewijzing van een vordering wegens beiderzijds gelijk en ongelijk, maar in de toewijzing van *'iets anders'* dan gevraagd is. Als jurist plegen wij daar mismoedig en afwijzend op te reageren, maar sinds de conversie van nietige rechtshandeling is aanvaard[35] is het maar de vraag of dit plechtanker ons eigenlijk ook al niet aan het ontschieten is. Wat in een geval als Hartzfeld schetste wordt toegewezen is iets wat de eiser, nu de door hem beoogde uitspraak niet bereikbaar is, naar alle waarschijnlijkheid liever dan een algehele afwijzing en wat, aan de andere kant, de gedaagde tocht altijd nog meer op prijs zal stellen dan een algehele toewijzing.

Als dus het *òf a òf b* rechtens niet tot een bevredigende uitkomst leidt, dan is deze vorm van bemiddeling ook voor partijen een aanvaardbare middenweg. Bovendien kan, zoals we straks zullen zien desnoods ook hier alles 'in geld' worden omgezet. De vordering van de buurman betekent voor de slordige bouwer, wòrdt zij toegewezen, een schadepost, die zonder al te veel moeite op geld waardeerbaar is. En dat is juist wat de toewijzing zo hachelijk maakt: die schadepost is waarschijnlijk veel groter dan de winst die buurman opstrijkt als hij zijn zin krijgt.

c. En ja, vijf en vijftig jaar later speelt voor de Hoge Raad der Nederlanden de casus van Hartzfeld als een verwerkelijkte droom: de grensoverschrijdende garage.[36] Deze grensoverschrijding bedraagt in de breedte ergens tussen de 60 en 75 cm en is dus niet *zo* onbeduidend, dat ze daarom kan worden verwaarloosd. Juist voorbij het juridisch onbelangrijke (het punt waarop de praetor begint te curare) begint óók de belangstelling van hem, die zich met het bemiddelend vonnis bezig houdt hevig te worden, want betekent: niet-zo-beduidend dat buurman er daarom naast grijpt, vanaf de eerste overschrijding van *dié* grens dat meteen ook het andere uiterste is bereikt, dus: zó beduidend, dat buurman geheel zijn zin krijgt en dat de garage moet worden gesloopt? Ja,zegt de Hoge Raad, haast schreiend, dat betekent het in dit geval, maar enkel omdat aan mij onvoldoende gegevens zijn verstrekt om te kunnen besluiten tot *misbruik van recht.*

d. En waaruit zou dat misbruik van recht dan hebben bestaan? Het is wat verwarrend hier te spreken van misbruik van eigendomsrecht, zoals nogal is gebeurd, want het gaat over misbruik in de *procesrechtelijke sfeer*: 'Door in plaats van genoegen te nemen met een redelijke schadevergoeding een vordering tot amotie in te stellen', kon mevrouw de Jongh haar rechten in het proces misbruiken.

e. Wat was er voorts aan de hand met de (onvoldoende) gegevens die Kuypers had verstrekt? Hij had niet verteld, welke de omvang van zijn schade zou zijn bij amotie, alleen maar, wat te globaal, dat die schade onevenredig veel groter was dan het voor-

34. Hartzfeld, *Het bemiddelend vonnis*, p. 16-17.
35. HR 21 januari 1944, *NJ* 1944, no. 120. Het *NJB* van 1944, vóór de bevrijding staat vol met artikelen fel voor en tegen. Een bewijs van het feit dat men zich ook onder de moeilijkste omstandigheden druk maakte om 'rechtstheorie'.
36. HR 17 april 1970,*NJ* 1971, no. 89.

deel van De Jongh bij amotie. Erg onder de indruk ben ik niet van deze spil waar rond de uiteindelijke afwijzing draait. Kuypers waarschijnlijk wel.

f. Is het geen stap die zonder moeite of geforceerdheid wordt gezet welke ons voert vàn de vaststelling, dat iemand onder bepaalde omstandigheden het meerdere a niet en met mindere b wèl mag vorderen, náár de vaststelling, dat als hij – onder die omstandigheden – a vordert niet niets naar b behoort te krijgen? Daarvoor moeten wat procesrechtelijke obstakels en vooroordelen uit de weg worden geruimd, wat reeds in veel gevallen gebeurt als het meerdere, dat gevraagd en het mindere dat gegeven wordt, beide geldsommen zijn of soortgoederen. En het is denk ik gezichtsbedrog, dat hier niet van het meerdere op het minder (van f 1000 op f 500) maar *van iets naar iets anders* wordt geconcludeerd. Ook f 1000 is èn iets anders èn meer dan f 500 en bovendien: waarom zou wel a (schadevergoeding) en niet b (amotie) als vordering toelaatbaar zijn, als dat niet juist was omdat *het meerdere* te vorderen *mis*bruik was, *het mindere* gebruik?

g. Nog vier kanttekeningen als slot:

– De reden waarom misbruik van recht niet is aangenomen is in het kader van mijn betoog niet belangrijk (en bovendien weinig overtuigend). De reden waarom wel misbruik *kon* worden aangenomen is des te belangrijker: er is immers heel iets anders aan de hand dan bij misbruik van een materieel recht: wie van zijn eigendom misbruik maakt, verspeelt terzake alle vorderingen en kan een vordering tegen zich zien slagen. Hij is krachtens rechtsverfijning van houder van een vordering tot schuldenaar 'verkeerd'. Maar in ons geval staat op de voorgrond een dilemma: je hebt wel gelijk als eigenaar, maar daarom mag je nog niet alles wat een eigenaar anders mag doen voor de rechtbank, ook nú doen.

Je hebt een beetje gelijk en omdat je teveel vraagt heeft ook de gedaagde een beetje gelijk. En nu kunnen we die wederzijdse gelijken en ongelijken niet delen zoals je een cake, een geldsom of een doos lucifers deelt. Maar wel met hetzelfde effect.
– Reeds de Rechtbank besliste, dat De Jongh wel schadevergoeding en geen amotie kon vorderen.
– Partijen hebben *na afloop* van de procedure, die 'hing' van 1965 tot 1970, toen deze dus door de Hoge Raad in hoogste instantie en onherroepelijk ten voordele van mevrouw De Jongh was beslist, de zaak bij wege van schadevergoeding geregeld.[37] Een eis tot afbraak instellen was voor mevrouw De Jongh natuurlijk iets anders dan een toegewezen eis ten uitvoer leggen. Is het niet een beetje beschamend, dat een belanghebbende, met de hoogste staatsrechtelijke sanctie als steun in de rug, toch wijzer en gematigder bleek dan de rechtspraak? Hier gelden geen overwegingen van proceskosten, tijdverlies en onzekerheid meer. Maar misschien heeft mevrouw De Jongh toch iets meer gekregen. Ik doel niet op geld, maar op vrede tussen de buren.
– Is er wel een duidelijker voorbeeld denkbaar ter illustratie van de mogelijke, gewenste, welhaast maatschappelijk noodzakelijke funktie van het bemiddelend vonnis dan dat van de grensoverschrijdende garage?

37. Zoals wij vernemen van H.K. Köster in zijn annotatie van het arrest in *Ars Aequi* 1970, no. 11, p. 549, 2e kolom.

17.

Mag ik de geduldige lezer nog eenmaal terugvoeren naar Pantagruel, rechter? Hij beheerst de hem voorgelegde zaak tot in de vingertoppen. Maar ook dan blijft er voor hem één moeilijkheid: dat hij de taak heeft aan beide partijen recht te doen en dat er dan een bemiddelend vonnis moet komen, àls beide voldoende recht daartoe hebben.

Het bemiddelend vonnis is dan ook niet dat, waardoor het is doodgeschreven: een gemakkelijke vorm van zich-er-vanaf-maken, maar de van eeuwen her constant voortgezette poging om binnen de rechtspraak iets te verwerkelijken van het: unicuique suum tribuere.

'Wil de rechterlijke macht ook in de toekomst opgewassen blijven tegen de steeds hogere eisen, die aan haar worden gesteld, dan zal een grondige herziening van de wetgeving, waarin haar organisatie geregeld is, moeten plaatsvinden', aldus minister van Agt bij de instelling van de Commissie-Wiersma.

Accoord, maar wetgeving inzake organisatie kan slechts vrucht dragen als binnen die organisatie de middelen om goede rechtspraak te kunnen geven in zo ruim mogelijke mate voorhanden zijn. Bij rechtspraak gaat het ook om vrede-stichten tussen partijen in oorlog. Geen vrede houdt stand als de verslagene blijvend de overtuiging met zich draagt, dat hij verloren heeft *niet* omdat hij ongelijk had, maar omdat hij krachtens een machtswoord ongelijk *kreeg*.

Daarom denk ik dat het bemiddelend vonnis, waarover Van den Steenhoven in niet-Europese verhoudingen in deze bundel behartigenswaardige dingen zegt, méér is dan de in de steek gelaten hobby van een paar frisse geesten, die echter scherpzinnigheid missen.[38] Het is een wijze van berechten, die geleidelijk aan in de praktijk al steeds meer wordt toegepast, maar die niet tot volle wasdom kan komen, zolang zij onder tersluikse vormen moet plaatsvinden. Ik stel voor het bemiddelend vonnis alsnog bij revisie vrij te spreken van de daarop, sinds Scholtens uitspraak drukkende last: een onrecht te zijn en Langemeijers aansporing te volgen: wij zullen er méér maar vooral een béter gebruik van kunnen maken, als wij ons bewust zijn, dat het de gerechtigheid in de onderlinge verhouding der mensen dient, in het bijzonder wanneer andere middelen tekort schieten.

38. P. Scholten, Spraakverwarring in *Verzamelde Geschriften*, deel III, p. 91 v. Ook *WPNR* 1920, no. 2632.

10. Geen alimentatie bij schandelijk levensgedrag

NJ 1985, 545

A.

1. Verzoekster tot cassatie trouwde op 7 juli 1960 met verweerder in cassatie.

2. Hun huwelijk werd op 17 sept. 1971 door inschrijving van het echtscheidingsvonnis in de registers van de Burgerlijke Stand ontbonden.

3. Op 1 okt. 1971 trad het nieuwe scheidingsrecht in werking.

4. Een van de bepalingen van dat nieuwe scheidingsrecht is art. 160 BW. Krachtens een aangenomen amendement Geurtsen, kwam volgens dat artikel óók voor het geval de gescheiden echtgenoot gaat samenleven met een ander, als waren zij gehuwd ('concubinaat'), een einde aan de verplichting die echtgenoot alimentatie te betalen.

5. Een bepaling als die van art. 160 BW bestond onder het oude recht niet, met name niet voor het geval van 'concubinaat'.

6. Voor de vraag of alimentatie verschuldigd is, geldt volgens art. VI Overgangsbepalingen het recht dat op de dag, dat het huwelijk door echtscheiding ontbonden werd, van kracht was, met dien verstande dat het nieuwe recht ook dan geldt als de gescheiden echtgenoot, die alimentatie krijgt, na 1 okt. 1971 *hertrouwt* (art. VII Overgangsbepalingen).

7. Een *'concubinaat'*, aangegaan na 1 okt. 1971 zal volgens deze overgangsbepalingen de alimentatie niet van rechtswege doen eindigen, als de inschrijving van het echtscheidingsvonnis dateert van vóór 1 okt. 1971 (HR 28 nov. 1975, NJ 1976, 504).

8. Het is niet onwaarschijnlijk (hoewel evenmin zeker, zie conclusie van mijn ambtgenoot Van Soest bij HR 1976, 504), dat men vergeten heeft art. VII Overgangsbepalingen aan te passen aan het amendement Geurtsen.

9. Indien de echtscheiding veertien dagen later zou zijn ingeschreven, zou het recht van de vrouw op alimentatie, *als* èn *vanaf* het tijdstip waarop zij met een ander was gaan samenleven als waren zij gehuwd, onherroepelijk geëindigd zijn.

10. Volgens de man was dat tijdstip dáár op 1 sept. 1975.

11. In zijn beschikking van 18 jan. 1984 overwoog het Hof te Amsterdam dat het bewezen achtte, dat tussen de getuige W.S. en de vrouw 'sedert 1974 een intieme relatie bestaat en dat zij sedert 1975 met elkaar in ... samenleven'.

12. Voor de hand liggend is daarom dat het hof een concubinaat in de zin van art. 160 BW zou hebben aangenomen, *ware* daar in dit geval opheffing van de verplichting tot alimentatiebetaling aan te verbinden.

13. De wettelijke (overgangs)bepalingen, die het wegens veertien dagen tijdsverschil wat betreft de inschrijving van het echtscheidingsvonnis onmogelijk maken op deze grond een beslissing te verkrijgen, die in overigens gelijk liggende (of zelfs minder duidelijke) gevallen wel wordt verkregen, zijn moeilijk aanvaardbaar.

14. Het hof komt langs een andere weg tot het wèl aanvaardbare resultaat. De vraag is *of die weg* aanvaardbaar is. Daarop antwoord ik – voortijdig – driemaal met neen, maar vervolgens rijzen nog de volgende vragen: Is die weg *in cassatie* als een dwaalweg aan te vechten *èn* behelst een der middelonderdelen wèl een toepasselijke klacht?

15. Vermeld zij, dat het hof – gelet op de grond waarop het aan de alimentatieplicht van de man een einde maakte (wangedrag van de vrouw jegens de man!!*) – de ingangsdatum zelf kon vaststellen en dat deed per 1 jan. 1983.

Bij vaststellen van *concubinaat* in 1975 zou dat m.i. niet mogelijk zijn geweest omdat het concubinaat de alimentatieplicht van rechtswege doet eindigen. Ook in zoverre is het resultaat van de beslissing van het hof bevredigend: de vrouw behoeft geen onmetelijke som terug te betalen. En toch ...

B.

1. Bij het echtscheidingsvonnis van de Rb. Haarlem van 7 sept. 1971 werd de man veroordeeld om aan de vrouw f 1516,70 per maand te betalen.

2. Ingevolge de bepalingen van een convenant en aanvullend convenant bleef die verplichting bestaan, zolang de vrouw niet meer dan f 10 000 per jaar verdiende 'Alimentatiebedragen en inkomen-franchise jaarlijks te 'indexeren' '. (In het proces kwam vast te staan, dat de vrouw in 1980 en 1981 netto verdiende onderscheidenlijk 23 403,20 DM en 28 784,97 DM; daarvan kreeg de man geen bericht.)

3. Einde 1982 (per 1 jan. 1983 heeft de man zijn betalingen gestaakt) betaalde de man per maand aan de vrouw een alimentatie van ongeveer f 3750. Hij erkent zelf dat dit zijn draagkracht *niet* te boven ging.

4. Op 30 juli 1981 verzocht de man, wonende te ... in België aan de Rb. Haarlem zijn alimentatieplicht jegens de vrouw, wonende te ... in de Bondsrepubliek Duitsland als vastgesteld bij vonnis en convenant(en), per 1 aug. 1981 op te heffen, althans op nihil te stellen.

5. De bevoegdheid van de Haarlemse Rb. zal berusten niet op het bepaalde bij art. 828*a* lid 4 laatste zin in verbinding met het eerste lid van dat artikel aanhef en onder 2e Rv maar op art. 18 EEG-Executieverdrag. Immers nu beide pp. buiten Nederland wonen (dat beiden de Nederlandse nationaliteit hebben doet niet terzake) is ter zake van onderhoudsverplichtingen bevoegd: allereerst, krachtens art. 2 EEX, een Duits gerecht en daarnaast krachtens art. 5 aanhef en onder 2 het gerecht waaronder de woonplaats van de vrouw, ..., ressorteert. Beide mogelijkheden leveren in de praktijk hetzelfde resultaat op. De man had moeten procederen voor de Rb. waaronder ... hoort. (Bremen? waar nu een deel van de rogatoire commissie plaatsvond.) Maar de verschijning van de vrouw voor de Haarlemse Rb. zonder dat zij de bevoegdheid daarvan betwistte, schiep, ingevolge art. 18 EEX competentie.

6. De man baseerde aanvankelijk zijn verzoek op 'gewijzigde omstandigheden' waaronder het concubinaat in de zin der wet, door de vrouw in 1975 aangegaan.

7. Bij tussenbeschikking van 21 mei 1982 liet de Rb. de man toe te bewijzen dat de vrouw met W.S. te ... samenleefde en verzocht daartoe de Pres. van het Landgericht te Bremen een zestal getuigen te doen horen.

8. Vaststond toen reeds dat W.S. vanaf 1 juli 1975 de werkgever was van de vrouw en dat deze vanaf 1 sept. 1975 aan de vrouw te ... (een dorpje op 60 km van de 'werkplaats' te Bremen) een huis heeft verhuurd, waarin hij toen zelf ook is gaan wonen.

9. Bij eindbeschikking van 15 april 1983 overwoog de Rb. (in geheel andere

* Dit is de eerste keer, dat ik in een conclusie van het uitroepteken gebruik maak en dat in dubbele vorm.

samenstelling dan bij de tussenbeschikking) o.m., zakelijk weergegeven, dat de man uiteindelijk primair aan zijn verzoekschrift ten grondslag had gelegd de stelling dat de vrouw zich aan zodanig *wangedrag* had schuldig gemaakt, dat van hem in redelijkheid niet langer gevergd mocht worden dat hij in haar levensonderhoud bijdroeg en dat hij daartoe allereerst aanvoerde dat de vrouw in concubinaat leefde met W.S. en vervolgens een drietal andere in de beschikking opgesomde omstandigheden.

10. Omtrent het primaire verzoek besliste de Rb.:

'... acht op grond van de verklaringen van de gehoorde getuigen niet bewezen dat tussen de vrouw en W.S. een zodanige verhouding bestaat, dat op grond daarvan redelijkerwijs niet van de man kan worden verlangd nog langer in haar levensonderhoud bij te dragen. De overige door de man aangevoerde gronden voor het door hem gestelde wangedrag van de vrouw zijn naar het oordeel van de Rb., ook in samenhang beschouwd, onvoldoende om de door de man primair verzochte beslissing te rechtvaardigen. Een onderzoek naar de juistheid van die stellingen kan echter achterwege blijven.'

11. Op de door de man aangevoerde subsidiaire grond (wijziging in de financiële omstandigheden van de vrouw, op grond waarvan behoefte harerzijds aan een uitkering van de kant van de man niet meer bestond) wees de Rb. vervolgens echter het verzoek van de man toe aldus, dat de door de man aan de vrouw verschuldigde uitkering tot levensonderhoud met ingang van 1 jan. 1983 op nihil werd gesteld.

C.

1. De vrouw ging van die eindbeschikking in appel en voerde daar vijf grieven tegen aan.

2. De man bestreed die grieven en stelde incidenteel appel in.

3. In dat incidenteel appel bestreed hij de afwijzende beslissing van de Rb., gegeven op de primair door hem aangevoerde grond, gebaseerd, kort gezegd, op *wangedrag* van de vrouw jegens hem.

4. Bij het mondeling verhoor heeft de raadsman van de man de grief in het incidenteel appel nader toegelicht en daartoe gesteld dat dit wangedrag stoelde op een vijftal feiten, waarvan het eerste was:

'a. Sinds 1 aug. 1975 leeft de vrouw in concubinaat met W.S.'

5. Bij beschikking van 18 jan. 1984 heeft het Hof te Amsterdam zakelijk o.m. overwogen en beslist, dat ten aanzien van de vraag of op de man de verplichting rust aan de vrouw levensonderhoud te verschaffen het vóór het tijdstip van inwerkingtreden van deze wet geldende recht van toepassing is en dat de man heeft gesteld dat het door de vrouw jegens hem gepleegde wangedrag in de eerste plaats daarin bestaat dat de vrouw sedert 1 aug. 1975 *samenwoont* met een zekere W.S.

6. Vervolgens overwoog het hof dan dat de vrouw heeft betwist dat zij met W. S. samenleeft of heeft samengeleefd.

7. Het hof komt dienaangaande tot een andere beslissing dan de Rb. Uit de getuigenverklaringen en uit de stukken leidt het af (p. 8; 3.20):

'dat tussen de getuige W.S. en de vrouw sedert 1974 een intieme relatie bestaat en dat zij sedert 1975 met elkaar in ... samenleven'

om dan, in einem Gusz, door te gaan:

'Het gaat hierbij om een zodanig intieme relatie en een zodanig nauwe vorm van samenleving dat deze jegens de man wangedrag van de vrouw opleveren en van hem niet langer kan worden gevergd dat hij bijdraagt in haar levensonderhoud'.

8. Zonder dat het hof nog ingaat op de andere volgens de man mede het wangedrag constituerende omstandigheden (zie C-4 van deze conclusie) wordt 'reeds op grond van het bovenstaande' de grief in het incidentele beroep gegrond geacht, met andere woorden: een zodanig intieme relatie van de vrouw met W.S. en een zodanig nauwe vorm van samenleving

met deze als waarvan hier volgens het hof sprake was, levert jegens haar echtgenoot van eerlang een zodanig wangedrag van de vrouw op dat van die man in redelijkheid niet langer gevergd kan worden dat hij aan het levensonderhoud van de vrouw bijdraagt.

9. Aldus kwamen ook de grieven in het principaal appel niet meer aan de orde en werd op het incidenteel beroep de beschikking van de Rb. bekrachtigd, ook wat betreft de ingangsdatum (zie deze conclusie: A-15; B-11).

D.

1. Namens de vrouw werd in cassatie een middel van cassatie voorgesteld, bestaande uit de onderdelen A, B, C en D.

2. Van dit cassatieberoep, dat namens de man is bestreden, zal ik in deze paragraaf alleen de onderdelen B, C en D, die m.i. falen, bespreken. Ik duid ze om verwarring met de indeling van deze conclusie te voorkomen aan als: b, c en d.

3. *ad b:* Hier wordt het hof verweten dat het zich bij zijn beslissing niet heeft laten leiden door overwegingen betrekking hebbend op de vraag of de behoeften van de vrouw niet minstens enige uitkering van de man wettigden.

4. Het stond het hof echter vrij, eenmaal aangenomen dat wangedrag van de vrouw jegens de man daartoe aanleiding gaf, ondanks een bestaande behoefte van de vrouw aan een uitkering van de kant van de man, deze op grond van dat wangedrag stop te zetten. Juist bij onderhoudsverplichtingen tussen gewezen echtgenoten kunnen ook – of bij uitsluiting – andere omstandigheden dan draagkracht enerzijds en behoeften anderzijds een (beslissende) rol spelen, zij het dat, naar boven, de tot alimentatiebetaling verplichte nooit meer zal behoeven te betalen dan zijn draagkracht toelaat en dan nog slechts voor zover de ander aan die uitkering behoefte heeft. Zo was het onder het oude recht (art. 280) zo is het onder het huidige recht (art. 157). Wel minder of niets, niet méér.

5. Toch is het niet geheel zinloos (noch naar wetsbepaling, noch naar redelijke, maatschappelijke zin) onderscheid te maken tussen alimentatie die wordt vastgesteld bij, althans in direct verband met de echtscheiding en die welke een rol speelt bij wijzigingsverzoeken daarna.

6. Ik kan mij voorstellen (al blijft het zedemeesteren) dat gedurende een wettelijk samenlevingsverband een der pp. het jegens de ander zo bont maakt, dat – ondanks de bestaande behoefte daartoe – om die reden een aanspraak op alimentatie vervalt. Maar mijn voorstellingsvermogen wordt al aanzienlijk meer beproefd als het over gedragingen gaat na ontbinding van het huwelijk. Dan toch is elk jegens de ander vrije vrouw en vrije man en bestaan er alleen maar verplichtingen jegens elkaar als tussen andere mensen. Zo zal men elkaar niet constant naar het leven mogen staan en publieke lasterpartijen lijken evenmin geoorloofd, maar dat mag ook niet tussen mensen die nooit getrouwd waren.

7. Waarop, zo vraag ik mij vervolgens af, berust *wettelijk* de mogelijkheid een bij echtscheidingsvonnis gevestigd recht op alimentatie later op te heffen of te verminderen wegens – later – wangedrag?

Onder de vigeur van art. 471 oud BW besliste de HR, dat dat artikel alleen maar betrekking had op gewijzigde *financiële* verhoudingen (HR 10 maart 1950, NJ 1950, 654). Dat is m.i. ook zo met het huidige art. 401. Maar dan moet men uit art. 280/157 niet alleen de regel *halen* dat het recht op alimentatie ook (of zelfs alleen) kan afhangen van *niet*-financiële gedragingen, vastgesteld bij of in direct verband met het vonnis van echtscheiding, maar ook daaruit trèkken als een in dat kader vastgestelde verplichting later opnieuw aan de orde wordt gesteld. Zo duidelijk is dat zonder meer echter niet en vanzelfsprekend al evenmin.

8. Maar de jurisprudentie is wel duidelijk. Er is een arrest van 1943 en voorts HR 28 april 1947, NJ 1947, 402 alsmede

HR 10 maart 1950, NJ 1950, 654 met conclusie Langemeijer, die daarbij (overigens) vaststelt 'dat ten tijde van het wijzen van Uw genoemde arresten de bedoelde grond (sc.: wangedrag, *L.)* voor *wijziging of intrekking* van een zodanige uitkering evenmin als thans door de wet uitdrukkelijk werd voorzien'. En *nu* is het, dunkt mij, nog niet anders. Maar ons moralisme is onstuitbaar en het middel zal in dit onderdeel dus geen succes kunnen hebben.

9. *ad c:* Dit middelonderdeel faalt voor zover daarin wordt geklaagd over het feit, dat het bewezen verklaarde uit de door het hof gebezigde bewijsmiddelen niet behoeft te volgen, reeds daarom omdat in cassatie klachten slechts resultaat kunnen hebben als zij inhouden dat de bewezenverklaring niet uit de feiten *kan* volgen.

10. Dit laatste wordt vervolgens ook aangevoerd, maar ten onrechte. De beslissing had anders kùnnen uitvallen dan die van het hof, maar zij kòn wel zo uitvallen. De speling is hier erg ruim. De cassatierechter kan er slechts in het uiterste geval tussenkomen. Zonder dat het er in cassatie toe doet wil ik toch zeggen, dat ik het standpunt van het hof werkelijkheidsgetrouwer acht dan dat van de Rb. Ergens houdt ook mijn geloof in de mogelijkheid van samenvallende toevallen op.

11. *ad d:* Anders dan dit middelonderdeel wil, kon het hof de inhoud van hetgeen het in zijn beschikking onder 3.22 en 3.23 overwoog, met name dat de huur, die de vrouw moest betalen al die jaren nooit werd verhoogd en dat W.S. in een brief aan de man mede namens zijn vrouw zei te spreken, hoewel hij toen reeds lang van deze gescheiden was, dit laatste als ten opzichte van de man de waarheid verhullende, voor het bewijs van de intieme relatie laten meewegen.

E.

1. Het belangrijkste eerste middelonderdeel (A-a) is niet al te duidelijk onder woorden gebracht. Daarin toch leest men niet onomwonden dat volstrekt onbegrijpelijk moet zijn in ons tijdsbestek het oordeel van het hof, dat het enkele feit van het bestaan van de intieme relatie van de vrouw met W.S. – en haar samenleven met deze – jegens de man zo grievend zou kunnen zijn, dat van hem alleen daarom niet gevergd kan worden dat hij voor haar alimentatiebedragen blijft betalen.

2. Wat heeft wèlke man dan ook (maar het mag ook welke vrouw dan ook zijn) er mee te maken dat de vrouw (man) met wie hij ooit gehuwd was, drie, nee vier jaar na de ontbinding van dat huwelijk door echtscheiding (vgl. na ontbinding van dat huwelijk door de dood) een intieme relatie aangaat met een andere man (vrouw) en met deze gaat samenleven, samenwonen, samen fietsen en wat er al meer samen kan?

3. Is het denkbaar (of oirbaar), dat – onder die omstandigheden – de mate van intimiteit (zódanig intieme relatie) en de vorm van die samenleving (zódanig nauwe vorm van samenleven) bepalend zijn voor de vraag of de ex-man nog moet betalen? Onder die omstandigheden, dat betekent dus: als het van al dan niet bestaande wangedrag moet afhangen of alimentatie verschuldigd is.

Moet je het, als die regel geldt, dan maar een beetje slapjes aan doen met de nieuwe relatie, omdat je anders bij constatering van te hevige liefdesnachten, je alimentatie verspeelt?

4. Als ik zeg dat ik nog nooit over een beslissing zo 'upset' ben geweest als over deze, voeg ik daar direct aan toe, dat ik ook wel weet dat het allemaal is gedaan terwille van de goede uitkomst (zie deze conclusie A). Maar dat maakt het, gelet op het vrijheidsbeginsel, het recht op eigen plaatsbepaling van elk individu, óók uiteraard van de eertijds gehuwde vrouw, niet minder onaanvaardbaar.

5. Het is dan ook niet toevallig dat namens de man, wiens standpunt moeilijk sterker kon worden verdedigd dan is ge-

beurd, tot tweemaal toe in hoger beroep het wangedrag van de vrouw wordt gegrond op concubinaat in *samenhang met andere feiten:*

I. verweerschrift, p. 28, nr. 23

II. mondelinge toelichting, p. 3 in het midden.

Ook van die zijde heeft men zich ongetwijfeld niet kunnen voorstellen, dat het enkele feit dat de vrouw, ruim vier jaar gescheiden, (maar eigenlijk is dàt maar bijzaak) een intieme relatie aanging (hoe 'verschrikkelijk' intiem dan ook) wangedrag van welke aard ook jegens haar ex-man zou kunnen opleveren.

Heeft wellicht in deze visie de man zich niet – en nog wel anterieur – geweldig misdragen tegenover zijn ex-vrouw door te hertrouwen (brief van de vrouw aan de man van 1 april 1975). Maar misschien stonden in dat huwelijk de intieme relaties en de vormen van samenleving op een laag pitje. Ik bedoel maar, zó kan het niet.

6. HR 22 sept. 1961, NJ 1961, 565 ging over een vergelijkbaar geval. Daar voerde de man als grond voor het niet langer verschuldigd zijn van alimentatie aan, dat de vrouw in concubinaat leefde met een kostganger en aldus jegens hem als haar vroegere man wangedrag pleegde. Toen besliste het hof, dat nu zulks niet inhield, dat die kostganger in het levensonderhoud van de vrouw bijdroeg, het verzoek van de man moest worden afgewezen. Aan wangedrag dacht het hof dus amper of niet maar ik haal deze beslissing, die de HR billijkte, vooral aan wegens een passage, voorkomend in de conclusie aan het arrest voorafgaand, afkomstig van mijn leermeester, ik gebruik dat woord niet slordig, Langemeijer:

'dat hierbij mag worden opgemerkt dat het hof te gereder tot dit oordeel kon komen omdat, hoe streng men overigens ook over gedrag als door verzoeker aan zijn vrouw ten laste gelegd, moge denken, zulk gedrag na echtscheiding, anders dan na scheiding van tafel en bed, niet meer is een tekortkoming jegens de gescheiden echtgenoot en dus in het algemeen deze nog slechts aangaat, in zover in verband daarmede de behoefte van de andere partij aan onderhoud wordt verminderd.'

7. Niet als wangedrag dus, maar hoogstens als (mogelijke) omstandigheid die de behoefte aan een onderhoudsbijdrage vermindert of wegneemt kan een 'intieme relatie' met een 'andere' man na huwelijk worden beschouwd. En wòrdt zij – mits zij het karakter draagt van 'concubinaat' – sinds 1 okt. 1971 beschouwd. Inde lacrimae.

8. Is echter, zo moet men zich afvragen, de rechter die – in laatste, feitelijke, instantie over de feiten oordeelt, niet volstrekt vrij om te beslissen dat bepaald gedrag of zelfs dat bepaalde feiten voldoende zijn om een uitkering in te trekken? Dat hoeft helemaal geen 'wangedrag' in de gebruikelijke zin des woords te zijn, want de bevoegdheid van de rechter om een uitkering toe te kennen is, zoals blijkt uit art. 280 oud en 157 nieuw BW, discretionair.

9. Pitlo, die zich meestal nogal kras uitdrukt schreef in 1950 (Het Personenrecht, 2e dr., p. 296): 'Hij (de rechter, *L.)* geniet hierin een grote mate van vrijheid, aangezien de wettekst hem immers nimmer tot het toekennen noch tot het afwijzen van een dergelijke eis dwingt. De HR wordt in deze kwestie dan ook nooit voor het geven van een oplossing geplaatst, aangezien de lagere rechter hierin geen rechtskwestie heeft beantwoord'. Mijn bewondering voor Pitlo neemt niet weg, dat ik dit een abominabele uitspraak vind.

10. Bij beschikking van 1 juli 1953, NJ 1953, 596 gaf de HR een beslissing waarover annotator Veegens berichtte:

'Dit arrest vormt een nieuwe bijdrage aan de jurisprudentie, dat beslissingen die aan het vrije inzicht van den rechter zijn overgelaten, in cassatie kunnen worden getoetst, indien zij berusten op een onjuiste voorstelling bij den feitelijke

rechter over het bestaan of de omvang van zijn discretionaire bevoegdheid.'

11. Ik zou nu menen dat de feitelijke rechter, wiens oordeel hierop neerkomt, dat het aangaan door een gescheiden vrouw van een intieme relatie met een (andere dan die) man zodanig wangedrag jegens die man pleegt dat *daarom* en daarom alleen van hem niet gevergd kan worden, dat hij alimentatie blijft betalen, de omvang van zijn discretionaire bevoegdheid miskent. Geen enkele hoe discretionaire bevoegdheid ook, mag naar willekeur worden uitgeoefend, niet door hen die het recht zoeken, de 'justiciabelen', niet ook door hen die het recht moeten vinden, de rechters (Van Dunné, Normatieve uitleg van rechtshandelingen, diss. 1971, passim en p. 52).

12. In mijn opvatting kon het hof in redelijkheid niet tot het oordeel komen, dat het bewezen verklaarde gedrag van de vrouw, op zich genomen, zo grievend was jegens de man dat deze daarom zijn alimentatiebetalingen kon stoppen. Dit gedrag was nl. jegens hem zeker *niet* onrechtmatig. Zelf meende hij ook dat pas de omstandigheden waaronder het aangaan van die relatie zich voltrok (verzwijging, beïnvloeding van de kinderen etc.) dat gebeuren grievend maakte jegens hem, niet – vanzelfsprekend – de relatie zelf.

13. Daaruit vloeit voort, dat, alweer in mijn opvatting, dit oordeel van het hof in cassatie kan worden getoetst en, bij toetsing, niet kan worden aanvaard als grondslag van de stopzetting van alimentatiebetaling.

Men stelle zich voor dat drie niet godgelovige rechters de omstandigheid dat een eertijds atheïstische vrouw na de echtscheiding voortdurend een katholieke mis of een protestantse dienst bijwoont jegens de atheïstisch gebleven man zo grievend vinden dat deze zijn alimentatiebetalingen mag stopzetten wegens wangedrag. Of iets dergelijks.

14. Maar, àls het oordeel van het hof in beginsel al toetsbaar is zoals ik hiervoor aannam, kan het dan ook in *dit* geval, gelet op art. 419 lid 2 jo. 429 lid 2 Rv, worden getoetst?

15. De inhoud van middelonderdeel A-a moet daarover beslissen. Dat dit niet regelrecht op de zaak ingaat, heb ik al betoogd (E-1).

16. De tekst van dit middelonderdeel luidt, wat het begin betreft, als volgt:

'Het hof heeft blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting leidende tot het oordeel in r.o. 3.20, dat het hierbij gaat om een zodanige intieme relatie en een zodanige nauwe vorm van samenleven dat deze jegens de man wangedrag van de vrouw opleveren.'

17. De vervolgens opgegeven reden waarom het hof hier blijk heeft gegeven van een verkeerde rechtsopvatting, spreekt mij niet erg aan: het gaat er volgens dit middelonderdeel niet om of dit gedrag van de vrouw in het algemeen als wangedrag valt te beschouwen, maar of het *jegens de man* wangedrag oplevert, en wel van zodanige aard dat van hem in redelijkheid voortzetting van alimentatiebetalingen aan de vrouw niet kan worden gevergd. Noch in het algemeen nog jegens de ex-man lijkt mij dit gedrag wangedrag. Het is gewoon: *gewoon, menselijk* gedrag.

18. Toch hoor ik hier een echo van Langemeijer's opvatting doorklinken. Zie E-6 ('hoe streng men overigens ...'), waarbij men bedenke dat Langemeijer toen ruimschoots voor de 'sexuele revolutie' aan het woord kwam (1961).

19. Naar hedendaagse staatkundige opvatting in Nederland is, ook objectief, een intieme relatie tussen niet-gehuwden, al dan niet van heterofiele aard, niet alleen geen wangedrag, maar juridisch tegemoet te treden als niet wezenlijk ongelijkwaardig aan een huwelijksrelatie.

20. Wat daar echter van zij, ik meen dat in dit middelonderdeel toch voldoende onder woorden wordt gebracht, dat het hof in redelijkheid niet tot het oordeel

kon komen dat het bewezen verklaarde gedrag van de vrouw jegens de man wangedrag, als eerder omschreven, oplevert. Daarbij herhaal ik dat het hof alle, aangevoerde, bijkomende omstandigheden buiten beschouwing heeft gelaten.

21. Ik acht dit middelonderdeel dus gegrond.

F.

1. Naar de heersende opvatting hoort deze (korte) paragraaf in een conclusie niet thuis. Ook bij mij zal zij uitzondering blijven.

2. Ik heb met deze zaak erg getobd. De verleiding, waar ik vaak aan toegeef, om gladjes over alle echte moeilijkheden heen te schrijven was des te groter, omdat weinigen zullen bestrijden, dat datgene waar het hof op *uitkomt*, minst genomen, acceptabel is. En gáát het daar nu eigenlijk niet om?

3. Juist omdat ik dit niet onder *alle* (niet onder déze) omstandigheden kan onderschrijven, is dat getob begonnen. Het klinkt wat pathetisch (maar dat neem ik maar op de koop toe): men moet in welk ambt dan ook zijn ziel niet verkopen.

G.

Deze conclusie strekt ertoe dat de HR, wegens gegrondheid van middelonderdeel A, de beschikking van het Hof te Amsterdam zal vernietigen, en de zaak zal verwijzen naar een aangrenzend hof teneinde deze op het bestaande hoger beroep opnieuw te berechten en af te doen.

Anders de Hoge Raad.

11. Sluip- en dwaalwegen naar de gerechtigheid

Toen vijf en twintig jaren geleden het Tijdschrift voor Privaatrecht voor het eerst verscheen, bevatte die eerste aflevering een verantwoording, die ook nu nog het lezen meer dan waard is. De befaamde, uitvoerige rechtspraakoverzichten die het tijdschrift steeds heeft opgenomen en die soms meer dan honderd bladzijden besloegen werden erin voorspeld en die grote aandacht voor rechtspraak werd aldus gerechtvaardigd.

> 'omdat de rechtsproblemen zich daar het scherpst stellen in hun werkelijke- zij het dan pathologische-verhouding.'

Die beeldspraak – rechtspraak – als ingeschakeld bij pathologie ziekteverschijnselen van het recht is, vergis ik me niet, ontleend aan de rechtssociologie, die juist rond 1964 een bloei begon te beleven, waarvan nu niet veel meer te merken valt. Van die bloei getuigt niet alleen de verantwoording maar ook het eerste artikel uit het tijdschrift. Dat dat geschreven is door J.M. Polak zal alleen diegene nog verwonderen, die niet doorheeft dat J.M. Polak in het Nederlandse taalgebied bij alle nieuwe initiatieven op het gebied van het recht in het eerste gelid stond en staat. Het artikel ging over het recht van voorkoop van de pachter in België en Nederland en de auteur stelde vast dat er alle reden was de beoefening van het privaatrecht te verruimen door daarin het rechtssocioligsch gezichtspunt te betrekken.

Wanneer rechtspraak nodig is, is het recht ziek, aldus de rechtssociologen. Hun gedachtengang is helder als glas, wat hen, vreemd genoeg, juist door juristen, die helder als glas zouden móéten zijn in hun gedachtengangen, vaak verwijtend wordt voorgehouden: dat wisten we ook zo al. Het gezonde recht voltrekt zich zonder inmenging van rechters in en door het maatschappelijk leven zelf met een hoge mate van vanzelfsprekendheid. Er waren en zijn er zelfs die als de Oostenrijker E. Ehrlich ook het geschreven recht voor gevallen van nood reserveerden. De samenleving nam genoegen met een soort gewoonterecht dat desnoods rechtstreeks indruiste tegen het geschreven wettenrecht, pas als er ruzie kwam, werd dat laatste toegepast. In het verzekeringsrecht vindt men ook thans hiervan nog wel aspecten terug: de betaling vanuit service-gedachten, ook al is er strijd met de verzekeringsbepalingen, berust niet enkel op goedertierendheid.

Als het niet vanzelfsprekend was dat de koper de overeengekomen koopprijs moet betalen – en dat in werkelijkheid ook pleegt te doen – zou de rechtspraak in de kortste keren over de kop gaan. De regelingen van het strikte recht worden pas ingeroepen als de maatschappelijke ziekte zich reeds heeft gemanifesteerd in koorts-verschijnselen. Pas in het proces wordt erover geklaagd, dat de betaling vier dagen te laat plaats had; dat de verkoper niet in de afgesproken drie, maar in vier zendingen heeft

geleverd. Pas in de rechtspraak kan zo'n strikte regel van belang worden. En als dat niet het geval is, als de rechter uitmaakt dat de eiser zich op zo'n regel van strikt recht onder de gegeven omstandigheden te goeder trouw niet mocht beroepen, wat doet hij dan anders dan de maatschappelijke werkelijkheid die even uit het zicht verloren was, weer, als het konijn van de betreurde Rotterdamse hoogleraar ter Heide uit de hoed tevoorschijn toveren?

Bezien vanuit dit aspect heeft rechtspraak tot taak de opgetreden ziekte te genezen. Het is immers een ziekte waar men de dokter niet meer buiten kan of wil houden. Ik ga niet al te lang op deze beeldspraak door maar stel toch nog even vast dat wij slechts dóórdat er ziekten optreden, weten – althans enig besef hebben van wat gezond zijn is en voorts dat het optreden van de geneesheer niet alleen tengevolge kan hebben dat de ziekte overgaat, maar ook dat de bron van de ziekte wordt ontdekt en – en al is dat helaas niet hetzelfde – allengs ook het geneesmiddel daartegen gevonden wordt. Zo werkt rechtspraak in haar beste vorm niet alleen conflict-beslechtend maar ook conflict-voorkomend.

Daarmee schep ik een ideaalbeeld van de civiele rechtspraak dat weliswaar niet misstaat op een feestzitting, maar dat toch de rechtssociologen, die ik ten tonele voerde, weinig zal bevredigen. Men zou de rechtspraak ook kunnen zien níet als de gezamenlijkheid der geneesheren, maar als de verschijningsvorm van de ziekte zelf. Het recht dat tot het uiterste gehandhaafd wil zijn is ziek en *leidt tot een koortsige oplossing*. Waar twee kijven hebben er twee schuld, is een te gemakkelijk gezegde en daarom misschien geen rechtsadagium, maar een stevige kern van waarheid zit er wel in. De rechtspraak echter is niet in staat op die kern van waarheid in te spelen. Voor de beslissing gesteld zal zij die zo gewone condition humaine – volgens welke in conflict zelden iemand ten volle gelijk of helemaal ongelijk heeft – niet kunnen honoreren. Eén draagt de zegepalm weg, de ander zit met de stukken. Paul Scholten heeft het in zijn Algemeen Deel zo gezegd:

> Een bemiddelend vonnis geeft de rechter als hij zegt: voor beiden is wat te zeggen, ik weet niet wie gelijk heeft, dan los ik Uw strijd op door beiden gedeeltelijk gelijk, gedeeltelijk ongelijk te geven. Ik aarzel niet te zeggen dat dit onrecht is.

Deze opvatting – ook nu de heersende – heeft één zwakke kant: Zij eist, dat de uitspraak: ik weet niet wie gelijk heeft, een onbestaanbare is, want als ze wel bestaat is de door Scholten voorgestane oplossing duidelijk nòg onaanvaardbaarder dan die van het bemiddelend vonnis:

> Voor beide standpunten is evenveel te zeggen: ik weet dan ook niet wie gelijk heeft en kan daar ook niet achter komen. Dan los ik Uw strijd op – omdat dat moet – door, willekeurig, een van U gelijk te geven.

Ik, op mijn beurt, aarzel niet dàt onrecht te noemen.

Behalve aan de rechtssociologie wilden de oprichters van dit tijdschrift ook veel aandacht besteden aan rechtsvergelijking. Daarbij kan men het oog hebben zowel op vergelijking van het regelbestand in bepaalde landen als op dat van de rechterlijke uitspraken. Op dit laatste terrein is tot nu toe opvallend weinig gedaan. Uiteraard is rechtsvergelijking een zaak die de gerechtigheid van wetgeving en rechtspraak aan een zware vuurproef onderwerpt. De verbrokkeling van het recht over vele staten heeft evenals de verdeling der mensen over vele godsdiensten (en nega-

ties daarvan), de gerechtigheid als het ware 'genationaliseerd' en gecompartimentaliseerd.

Zoudt U menen, dat de oproep om de schrijver Rushdie tegen een hoge beloning te vermoorden, ook door hen die die oproep gaven en hen die haar ondersteunen, als puur en schandelijk onrecht wordt onderkend? Als tussen mensen de verschillen zo hoog oplopen, hoe zal dan de rechtspraak, gebaseerd op een van de regelsystemen, aanspraak kunnen maken op de eretitel van gerechtigheid?Dat kan alleen maar in die super-optimistische en elitaire visie uit de oudheid, die als recht omschreef: quod naturalis ratio inter homines constituit.

Mag ik een paar andere, wat minder schokkende voorbeelden geven?

In het Nederlandse recht kennen wij bij de vaderschapsactie de zogenaamde exceptio plurium concubentium. Als de vader van een niet-erkend onwettig kind wordt beschouwd – mèt verplichting in de kosten van opvoeding en onderhoud van dit kind bij te dragen – hij die in de conceptie-periode met de moeder van dat kind naar bed is geweest. Maar kan zo iemand aantonen, dat de moeder in die periode ook met een of meer anderen gemeenschap heeft gehad, dan behoeven ze geen van beiden (of geen van allen) voor het kind te betalen. Is dat zo rechtvaardig?

De wettelijke regeling in Oostenrijk is misschien logisch wat minder vuurvast maar werkt billijker uit: beide (alle) mannen zijn hoofdelijk voor alle onderhoudskosten aansprakelijk. Of de betaler een (gedeeltelijk) regresrecht heeft op de andere mogelijke vader(s) moet ik nog onderzoeken.

In Nederland werden wij op 4 juni 1982 opgeschrikt door een beslissing van de Hoge Raad volgens welke, kort gezegd, in afwijking van de wet, minderjarigen zich niet meer voetstoots behoefden neer te leggen bij de weigering van hun ouders om in hun huwelijk toe te stemmen. Die weigering kon voortaan, ook als zij afkomstig was van een ouder die het gezag had over de minderjarige, worden vervangen door die van de kantonrechter. Daarna is onze wet aangepast. In België kan, zoals een zeer gedocumenteerd artikel van Van den Bossche in het Tijdschrift voor Privaatrecht leert, in ieder geval al sinds de wet van 8 april 1965 de jeugdrechter zo'n vervangende toestemming geven. Waren de beslissingen van de Nederlandse rechters tot 1982, waarbij elke weigering van de ouders zonder meer werd aanvaard, een uiting van gerechtigheid?

In 1965 verscheen in het Tijdschrift voor Privaatrecht een artikel over het begrip gemeenschappelijke woning. Daarin komt de vraag aan de orde waarom het er op nahouden van een bijzit precies in de echtelijke of gemeenschappelijke woning moet geschieden om strafbaar te zijn of om als grond voor echtscheiding te kunnen gelden.

Die vraag is ook in Nederland, al bestond daar zo'n bepaling niet, wel gerezen. En als men daar dan bereid was die vraag genuanceerd te beantwoorden en niet vanuit een vermeend zuidelijk macho-element met haar af te rekenen dan was het wel vanuit de gedachte, dat het zo grievend voor de echtgenote moet zijn, dat zij in haar eigen huis een rivale naast zich moet dulden, dat dit wel grond tot echtscheiding moet opleveren, ook al zou de man overigens ongestraft en blijvend gehuwd te keer mogen gaan. Het is een ook in de roman-literatuur terugkerend thema, dat het echtelijk bed in de echtelijke slaapkamer zich slechts krachtens uiterst beledigende grofheid leent voor extra-maritale avonturen.

Maar laat men ons nu komen vertellen, dat Tronchet, Monseignat en Haus unaniem leren, dat de ratio achter deze regel hierin is gelegen, dat overspel van de man bui-

tenshuis zo verschrikkelijk moeilijk te bewijzen valt. En is er dan gerechtigheid geschied wanneer de echtscheiding wordt afgewezen in geval het overspel van de man wel komt vast te staan, hoewel hij dat buitenshuis pleegde? Nee, oordeelden de Belgische rechters, en dus vestigden zij een rechtspraak die de tekst van de wet omkeert: iedere plaats waar de man vertoeft met zijn bijzit, moet geacht worden de echtelijke of gemeenschappelijke woning te zijn. De fictie als ultieme vorm van rechtvaardigheid.

Een van de redenen waarom rechtspraak en gerechtigheid vaak met elkaar op gespannen voet staan is gelegen in de noodzakelijke onvolmaaktheid van de fact-finding. In het strafproces heeft de overheid een heel apparaat ter harer beschikking om de feiten en daarmee 'de ware toedracht van zaken' te achterhalen en toch faalt zij daarin nog herhaaldelijk.

In het civiele recht bemoeit de overheid zich niet spontaan met de toedracht van zaken. Wie in het civiele recht iets wil – heel beeldend: de eiser geheten – zal feiten hebben te stellen waarop de door hem gewenste verandering – in persoonlijke status, in vermogensrechtelijke relaties – kan steunen. De partij die geen verandering wil – de gedaagde, niet de bedaagde – stelt zich afwachtend op. Slechts onder bepaalde omstandigheden moet ook hij met zijn toedracht van zaken voor de dag komen om te voorkomen dat zijn ontkenning als niet of te weinig gemotiveerd ter zijde wordt geschoven. Het is mijn vaste overtuiging dat de vaststaande feiten in het proces maar al te vaak niet de feiten van de werkelijkheid zijn, dat de civiele rechter moet oordelen op grond van een (ten dele) fiktieve situatie. Of om met het lid van de Hoge Raad Mr. M.P.J. Verburgh te spreken: er is een te groot verschil tussen de partijwaarheid en de proceswaarheid, en hij knoopt daar de vraag aan vast is de lijdelijkheid van de civiele rechter als systeem nog wel vol te houden?

Deze opmerkingen plaatst hij in zijn voorwoord bij een opvallend boekje van de rechtssociologen Freek Bruinsma en Reinoud Welbergen: de Hoge Raad van onderen. Van bekende arresten van de Hoge Raad – leer- en struikelstof voor vele generaties rechtenstudenten – zochten zij de partijen in persoon op om te weten hoe die er over dachten. De euforie die in Nederland heerst met name ten aanzien van de (hoogste) civiele rechtspraak, komt er een beetje door onder druk te staan als men zo'n passage leest als die van de vader van Mia Versluis, die schadevergoeding eiste omdat hij was ingestort na wat zijn dochter Mia, die ruim vijf jaren in coma lag, medisch had moeten meemaken:

> Als er al iets onrechtmatigs gebeurd zou zijn, dan zou mijn instorting daarmee geen verband hebben, gezien het tijdstip daarvan. Ik geloof dat ik wat eerder had moeten instorten... hier komt de onbillijkheid van het recht naar voren...

De onbillijkheid van het recht. Was dat maar een paradox of nog liever een contradictio in terminis. En toch: het zou ondragelijk zijn voor allen die aan de rechtspraak deelnemen te moeten beamen dat het recht daarmee getypeerd is. Het is ook niet nodig. Maar het is goed dat wij ons ervan bewust blijven, dat we alle ziekten van het recht nog lang niet onder de knie hebben.

Behalve de moeilijkheid van vaststelling der juiste feiten, is daar ook het probleem van de reproduktie der feiten in hun oorspronkelijke samenhang. Juist vastgestelde

feiten kunnen door de manier waarop zij geselecteerd worden, door sommige bijzonder te benadrukken en andere – even juiste feiten – in de schaduw te laten staan – toch een volstrekt vals beeld van de echte werkelijkheid geven. Woorden hebben betekenis in een bepaalde kontekst die niet zonder meer herhaalbaar is.

Ik heb mij onlangs erg verbaasd. Terwijl ik iets zat te lezen hoorde ik een stem in de radio zeggen: dat zie je toch zelden: een haas in een lange broek. Ik dacht meteen; ik heb het zelfs nooit mogen zien. Het raadsel werd snel opgelost. Het ging over de gangmaker van een coryfee bij een lange afstandsloop: zo iemand maakt geruime tijd het tempo maar verlaat, halverwege, uitgeput en voldaan, de renbaan. De laatste druk van Van Dale kent als vijfde deze betekenis van het woord haas. De vorige kende haar nog niet.

Dat rechtspraak soms meer het doorhakken van een of meer knopen dan met het tastend zoeken naar de meest billijke oplossing te maken heeft, blijft, naar het mij voorkomt ook dan waar als de rechtspraak zich uitermate inspant om tot een aanvaardbare oplossing te geraken. En waarom is die inspanning in zulke gevallen zo groot? Omdat er eigenlijk geen oplossing is die markant billijker is dan een andere. De rechtspraak omtrent artikel 2014 B.W. is daar eigenlijk al een voorbeeld van: als A zijn fiets aan B uitleent en deze verkoopt die aan de eerlijke C, wie moet dan bij insolventie van B de strop dragen? A, roepen de gewiekste juristen want die lijdt vrijwillig bezitsverlies. Het is, vanuit diezelfde A bekeken, een nonsens-argument. Maar ik dacht eigenlijk nog meer aan die serie arresten, waarin het er in splinterdunne varianten steeds om gaat, wie uit een faillissement iets terug kan halen als de failliet voor hij in die staat geraakte, zijn spullen om krediet te krijgen twee of meer keer in eigendom aan iemand overdroeg, wat natuurlijk alleen maar kon, omdat hij die zaken niet feitelijk leverde maar – als lener – onder zich hield.

Al die moeilijke, knappe, elkaar nu eens een beetje tegensprekende dan weer aanvullende arresten: het Sio-arrest van 1953, het Pluvier-arrest van 1970, het Van Gend-en-Loos-arrest van 1976 bieden de verslaafde jurist ongetwijfeld enig intellectueel en soms zelfs aesthetisch genot en houden het ontzag voor het vak er een beetje in bij die zich willen aansluiten, maar voor mij kan dat alles niet verhelen dat veruit de meest billijke oplossing zou zijn de beide kemphanen de helft van de beschikbare pot te geven. Soms moet men even stom durven zijn als de wijze Salomo.

Rechtspraak en gerechtigheid kunnen het ook op andere terreinen met elkaar te kwaad krijgen. Ervan uitgaande dat de feiten waarheidsgetrouw zijn achterhaald èn zuiver zijn weergegeven, komt het probleem opdagen waarom de rechtsregels die wij erop moeten loslaten, tot een billijke oplossing zouden *moeten* leiden. Het voor de hand liggende antwoord is: omdat (en voorzover) de toegepaste regel een rechtvaardige beslissing teweeg brengt.

Is dat niet het geval dan kan de uitspraak van de rechter slechts in overeenstemming zijn met de gerechtigheid als zij daadwerkelijk van de ordening die de regel geeft afwijkt. Ieder rechtssysteem gaat echter fundamenteel uit van de rechtvaardigheid van zijn rechtsordening. Dat behoeft natuurlijk niet juist te zijn, heel soms zelfs niet voor het geheel, vaak niet voor onderdelen.

Dit is reeds de eerste breuk tussen rechtspraak en gerechtigheid bij de toepassing van recht. De vooronderstelling van gerechtigheid is zeker niet juist en toch zullen wij als rechters en berechten met die vooronderstelling moeten leven en werken. Tenminste binnen de rechtspraak. Regels die niet of niet meer deugen zullen reeds lang niet meer in de maatschappelijke werkelijkheid worden nageleefd vóór ze binnen de rechtspraak in opspraak komen en zeker voor ze zijn afgeschaft. Hoe gaat de recht-

spraak te werk bij een dergelijke – ten lange leste onderkende – discrepantie tussen regeltoepassing en redelijkheid of billijkheid?

Artikel 6.1.1.2. Nieuw B.W. bepaalt – in het kader van het verbintenissenrecht – dat een tussen de schuldeiser en de schuldenaar *krachtens de wet geldende regel*, niet van toepassing is, indien dit in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid onaanvaardbaar zou zijn.

E.M. Meijers had in zijn inleidende titel voor het Nieuw B.W., die bedoeld was voor het *hele* wetboek, een wat strenger geformuleerde, soortgelijke regel opgesteld in artikel 3, luidende:

> Een regelende wet of gewoonte wordt niet toegepast, wanneer haar toepassing in het gegeven geval op grond van bijzondere omstandigheden in hoge mate onbillijk zou zijn.

Steeds is daarbij uitgangspunt: de regel is op zich genomen juist (fundamenteel uitgangspunt) maar zij kàn in bijzondere omstandigheden een onbillijke uitkomst bieden en dat dient te worden voorkomen. (Is de regel fundamenteel onjuist dan zal zij echter juist onder gewone omstandigheden een onbillijke uitkomst geven). Die inleidende titel van Meijers is onder het verwoestend geweld van de kritiek van Kisch bezweken, maar dat artikel 3 èn artikel 6.1.1.2 van het toekomstige nieuwe B.W. zijn eigenlijk wettelijke *meta*-regels die meer en duidelijker dan grondwettelijke regels boven de wetgeving staan, in feite het oordeel over het rechtvaardigheidskarakter van de wet aan de rechter overlaten, *en hem toestaan naar dat oordeel recht te doen.* Want of er sprake is van buitengewone omstandigheden, van een hoge mate van onbillijkheid, staat óók ter beoordeling van de rechter:

(1) Volgens de wet rechtsprekend komt de rechter tot uitkomst A.
(2) De billijke uitkomst is echter B.
(3) Gelet op de (hoge mate van) onbillijkheid van uitkomst A, wordt uitkomst B in de rechterlijke uitspraak in de plaats gesteld van uitkomst A.

Deze drie uitspraken worden gedaan door de rechter. Alleen de eerste is, naar de leer van Montesquieu, een typisch rechterlijke. De andere passen in het Turkije van zijn dagen, waar de rechter zichzelf tot regel is: le juge est lui même sa règle (L'Etat despotique).

Deze in de wet verankerde *meta*-wettelijke correctie-methode acht Schoordijk een verfoeilijke. Hij gewaagt van zijn afkeer van artikel 6.1.1.2., waarin deze handelwijze haar quasi-wettelijk steunpunt vindt. Schoordijk wijst, in vaktaal gezegd, de derogerende werking van de goede trouw af, want

> 'wanneer de rechter wettelijke bepalingen in bepaalde gevallen *buiten werking zou kunnen stellen*, staat de rechtsstaat op de tocht.'

En toch wenst ook Schoordijk alleen maar diezelfde goede beslissing. Met een zekerheid, die wel leuk overkomt, verklaart hij:

> 'Gelukkig zal artikel 6.1.1.2. in de toekomst geen toepassing vinden. De bepaling miskent dat een goed rechter een wetstekst *allen maar* juridisch – het oog gericht op een rechtvaardig oordeel

– leest en nooit aan zal (mogen) nemen, dat een bepaling in een bepaald geval, zo zij een onredelijk resultaat zou opleveren, desniettemin zal gelden, om haar daarna buiten gevecht te stellen.'

Schoordijk heeft Jozef Essers' leer ten einde toe doorgedacht: de wet *kan* niet beogen een slechte oplossing voor een konflikt aan de hand te doen. Het toe te passen recht kan niet iets 'ungerechtes und unvernünftiges' verlangen en *eist* een zodanige uitleg van zijn inhoud dat daaruit steeds 'gerechte Lösungen' ontstaan.

Beide opvattingen getuigen – hoe verschillend hun uitgangspunt moge zijn – van een grenzeloos vertrouwen in de condition humaine, van een optimisme dat door de wereldgeschiedenis en de geschiedenis van het recht alle eeuwen door is gelogenstraft. Ten eerste weten wij – inclusief alle rechters ter wereld – niet tenaaste bij wat goed en rechtvaardig is, ten hoogste wat – in brede kring nu en hier voor goed en rechtvaardig wordt gehouden. En ten tweede is er geen reden in aan te nemen dat wetten als zodanig alleen maar beogen het fundament te vormen van rechtvaardige beslissingen. Hierover zeer principieel G. Langemeijer in: De Gerechtigheid in ons Burgerlijk Vermogensrecht, waar hij zich afvraagt hoe ons de vraag naar een rechtvaardige uitspraak van de rechter zo kan passioneren, ook al zijn wij ervan overtuigd, dat het burgerlijk vermogensrecht op zichzelf geen rechtvaardige goederenverdeling kan verzekeren.

Ik zal maar weer eens het voorbeeld van die rechtbank in Düsseldorf geven die in een uitspraak van 1938 de Wet op de Feiertagslohnansprüche niet meer van toepassing achtte op Joden, want:

'Es muss als ausgeschlossen angesehen werden der Gesetzgeber wollte die Juden auch heute noch von einem Nachteil bewahren oder ihnen eine Wohltat zukommen lassen.'

Deze uitspraak zou zowel toepassing kunnen zijn van de 6.1.1.2.-leer als van de Esser-doctrine, ware het niet dat zij zo immens *on*rechtvaardig is. Maar de rechters uit Düsseldorf waren – zo'n vijftig jaar geleden – in het land van Beethoven en Goethe en in de stad waar Heine geboren werd – van mening dat hun uitleg resp. hun terzijdestelling van het wetsartikel voor dit bijzondere geval vanzelfsprekend was.

Wat zal van dit alles de conclusie moeten zijn? Ik meen haar zo te kunnen samenvatten: Als de rechtspraak, uitgaande van de algemene gerechtigheid van de regel, haar in uitzonderlijke gevallen aan de kant zet wegens onredelijk geachte uitkomst bij wet-toepassing, streeft zij na wat ooit zou zijn aangemerkt als summum jus: de opperste gerechtigheid. Helaas is die altijd verbonden met: summa iniuria, het diepste onrecht. Voorzover die koppeling te begrijpen is moet zij de paradox onder woorden brengen, dat waar in een verre van volmaakte wereld met onvolmaakte wetten, een kleine groep van mensen – de rechters – in hun oordeel het volmaakte nastreven, zij als Icarus, plat gezegd, neer zullen storten, op hun bek vallen. Rechtspraak hoort tot het mensenwerk. Gerechtigheid – de opperste – is niet van hier.

Al die relativering ten spijt, blijft het de opgave van de rechtspraak de gerechte beslissing zoveel mogelijk na te streven, aan de rechtsregeling de betekenis en verfijning toe te kennen die haar op de met zorg en eerlijkheid vastgestelde feiten doet passen als de deksel op de doos. Soms lukt het, meestal lukt het niet, overwoog lang geleden de dichter Bertus Aafjes in zijn 'Voetreis naar Rome'. Ik zou dat willen variëren. Meestal lukt het in de rechtspraak nogal redelijk. Soms wonderbaarlijk goed. En die hoogtepunten van rechtspraak, daarmee zou ik deze voordracht toch maar liever willen besluiten. Het decor van de alledaagsheid – het gewone vakwerk – in een

oogwenk, in een bliksemschicht is het aan onze ogen onttrokken. Welke mystieke macht is het, die het goede oordeel toch liet doorbreken? Wie ontstak tussen de regels door der dorre juristentaal – de sprankelende vonk der gerechtigheid?

In het gerechtsgebouw fladderen geen schichtige roofvogels meer rond. Ridders zijn het, ridders der gerechtigheid in een droompaleis. En waar rechtvaardigheid heerst, bloeit vrede.

12. Palestina en de Staat Israël

NJ 1984, 601

1. Aan verzoeker tot cassatie is bij inleidende dagvaarding ten laste gelegd, dat hij, heel kort gezegd, met anderen op één mei 1980 te Breda kaarten heeft verspreid of ter verspreiding in voorraad heeft gehad, wat door de daar op voorkomende voorstelling (waarin de staat Israël door middel van een hakenkruis wordt verbonden met en vergeleken bij nazi-Duitsland)... te zijnen aanzien oplevert het misdrijf: plegen of medeplegen van het bepaalde bij art. 137*e*, aanhef en onder 2*e* Sr, dat als volgt luidt:

hij, die, anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving, een voorwerp, waarin naar hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, zulk een uitlating is vervat, verspreidt of ter openbaarmaking van die uitlating of verspreiding in voorraad heeft, wordt gestraft met gevangenisstraf van ten hoogste zes maanden of geldboete van ten hoogste vijfduizend gulden.

Onder 'zulk een uitlating' dient volgens dat artikel onder 1e, te worden verstaan:

een uitlating, die, naar hij weet of redelijkerwijs moet vermoeden, voor een groep mensen wegens hun ras, hun godsdienst of hun levensovertuiging beledigend is of aanzet tot haat tegen of discriminatie van mensen of gewelddadig optreden tegen persoon of goed van mensen wegens hun ras, hun godsdienst of hun levensovertuiging.

2. Nadat verzoeker door de Rb. Breda bij vonnis van 21 april 1981 na – gedeeltelijke – bewezenverklaring van het ten laste gelegde, was veroordeeld tot een geldboete van honderd gulden of twee dagen vervangende hechtenis, heeft hij hoger beroep ingesteld. Daarop heeft het Hof 's-Hertogenbosch bij arrest van 22 sept. 1982 – omdat het tot een andere bewezenverklaring kwam – dat vonnis vernietigd, maar vervolgens verzoeker opnieuw veroordeeld tot honderd gulden boete of twee dagen vervangende hechtenis.

3. Tegen dat arrest heeft verzoeker zich van beroep in cassatie voorzien. Er is namens hem een schriftuur ingediend, behelzende zes middelen van cassatie maar deze is pas op 5 april 1983 – dag van behandeling van de zaak –, op de griffie van de HR binnengekomen, zodat de HR daar volgens constante jurisprudentie geen acht op zal slaan. Ik zal inmiddels wel over deze middelen rapporteren.

4. In *zijn eerste middel* maakt verzoeker op twee punten bezwaar tegen de door het Hof aan de telastelegging gegeven uitleg. Volgens het artikel, strikt uitgelegd, moet de dader van het feit *twee* dingen weten of redelijkerwijs vermoeden a. dat de uitlating voor een groep mensen beledigend is enz. b. dat zulk een uitlating is vervat in het voorwerp (in dit geval: op de kaart) dat hij verspreidt. Dat zijn twee zaken, die gescheiden *kunnen* voorkomen: A. weet heel goed dat het voor een groep mensen wegens hun ras

beledigend is hen met bepaalde overdrijving of misvorming van lichamelijke eigenschappen af te beelden. Maar als hij gesloten enveloppen verspreidt, waarin kaarten met die voorstelling zijn opgenomen, is het mogelijk dat hij dàt niet weet of behoeft te vermoeden.

De telastelegging bevat alléén de vermelding: 'in welke kaart – naar hij ... wist of redelijkerwijs moest vermoeden – ... uitlatingen waren vervat, *welke beledigend waren ...* '

Veiliger was geweest als er had gestaan: welke, naar hij wist of redelijkerwijs moest vermoeden, beledigend waren enz.

5. Het Hof overwoog op dit punt: dat het de telastelegging aldus verstaat dat de daarin gebezigde passage: 'naar hij en/of zij mededader(s) wist(en) of redelijkerwijs moest(en) vermoeden' geacht wordt te zijn gebezigd zowel met betrekking tot het, in voege als is telastegelegd, vervat zijn in de in de telastelegging bedoelde kaart van de daarin omschreven uitlatingen of uitlating als met betrekking tot het in voege als is ten laste gelegd beledigende danwel tot haat aanzettend karakter van die uitlatingen of uitlating.

6. Dat is een erg nauwkeurige maar wat moeilijk leesbare variant op het bekende probleem of het in het begin van de telastelegging neergezette woord 'opzettelijk' de hele telastelegging beheerst en niet alleen het *direct* daarop volgende. Ik denk dat de HR deze (corrigerende en de dagvaarding 'reddende') uitleg van de feitenrechter, die niet onbegrijpelijk is, moet eerbiedigen. (Hierover: D.H. de Jong: de macht van de telastelegging, o.m. p. 17-18, Von Brucken Fock en Van Dorst, cassatie in strafzaken, p. 86).

Ik acht dit middel dus niet gegrond, al moet ik daartoe ook nog even vermelden, dat niets het Hof (be)lette om de in de telastelegging gebezigde woorden 'de Joden' te begrijpen als 'de Joden in het algemeen'.

7. Vervolgens wil ik het *zesde middel* bespreken omdat dat evenals het eerste enigszins buiten de kern van de zaak omgaat.

Het bevat twee onderdelen:

a. ten onrechte zou het Hof hebben overwogen, dat het telastegelegde feit niet bevat een opzettelijke belediging maar een handeling met betrekking tot een stuk ten aanzien waarvan naar objectieve maatstaven moet worden vastgesteld of daaraan een beledigend karakter moet worden toegekend.
b. ook bestrijdt het middel de juistheid van het oordeel van het Hof waar dat vaststelt, dat het beroep op het bepaalde in art. 261 lid 3 en art. 266 lid 2 Sr reeds dient te worden verworpen omdat in de systematiek van dat wetboek bij toepassing van art. 137*e* Sr een beroep op die bepalingen niet openstaat.

8. *Ad a.* Met het Hof zou ik menen, dat het ten laste gelegde strafbaar feit niet eist *opzet om te beledigen.* Duidelijk is dat iemand, of een groep mensen heel goed beledigd kan worden door een gedraging die de steller ervan niet als belediging heeft bedoeld. Het is zelfs een gewoon verschijnsel, bron van veel conflicten. Maar verzoeker moest wel weten of redelijkerwijs kunnen vermoeden dat de uitlating – de tekening op de kaart – voor een groep mensen wegens hun ras en hun levensovertuiging beledigend was. Nu kan ik niet inzien hoe iemand die *weet,* dat een tekening op een kaart voor een groep mensen beledigend is, het minst genomen voorwaardelijk opzet kan missen die mensen te beledigen als hij zo'n kaart ter verspreiding in voorraad heeft. Maar dat is dan ook niet bewezen verklaard, wèl het redelijkerwijs moeten vermoeden, schuld dus aan het feit, dat de kaart beledigend was, omdat verzoeker gemakkelijk had kunnen en dus moeten beseffen, dat die kaart een voor de Joden beledigende tekening bevatte. Wat het Hof verder vaststelt is, zoals ik het zie, dat het redelijkerwijs moeten vermoeden dat de kaart beledigend was, twee ele-

menten bevat: een schuld-element aan de zijde van verzoeker (en niet een opzet-element) maar voorts ook iets dat, een uitlating, die – objectief gezien – als beledigend voor de groep kan worden aangemerkt. Die twee hangen overigens nauw samen: men kan eigenlijk alleen redelijkerwijs moeten vermoeden dat een uitlating voor een groep beledigend is, als deze dan ook naar objectieve maatstaven beledigend is. Maar ook al is dat laatste het geval, dan nog zijn er wel mensen die niet redelijkerwijs moeten vermoeden, dat er sprake is van belediging. Op p. 9 van het arrest verantwoordt het Hof dan ook uitvoerig de bewezenverklaring voorzover die de meergenoemde omstandigheid inhoudt, dat verzoeker *redelijkerwijs moest vermoeden,* dat in de kaart een voor de Joden c.q. het Joodse volk beledigende uitlating was vervat. Het is dus zeker niet juist, dat het Hof, zoals de toelichting op het middel aanvoert, heeft verzuimd nader te motiveren, waarom verzoeker tevens naar subjectieve criteria redelijkerwijs had moeten vermoeden dat aan de uitlating een beledigend karakter moet worden toegekend.

9. *Ad b.* Het oordeel van het Hof op dit punt komt mij rechtens juist voor. Dat in de art. 266 lid 2 Sr bij eenvoudige belediging en 261 lid 3 Sr bij smaad en smaadschrift een strafuitsluitingsgrond is opgenomen op de daar vermelde, nauwkeurig omschreven, gronden kan niet betekenen, dat die strafuitsluitingsgronden of een deel daarvan per analogiam ook toepasselijk zijn op het strafbare feit van art. 137*e* Sr. Ik moet toegeven dat het in het middel ingenomen standpunt enige steun ondervindt van het feit, dat sinds de Wet van 25 maart 1978, Stb. 155, óók de eenvoudige belediging een strafuitsluitingsgrond kent, gebaseerd op behartiging van het algemeen belang. Maar toch komt het mij voor, dat deze strafuitsluitingsgronden, tenzij zij vanuit een welhaast onontkoombaar beginsel hun weg naar de wet hebben gevonden, niet in een soort algemene vorm elders, en met name niet bij art. 137*e* Sr, analogisch toepassing kunnen vinden. Bovendien is voor mij amper voorstelbaar hoe die grond op dit soort belediging (van een groep wegens haar ras enz.) toepasselijk kan zijn. Ik acht dit zesde middel daarom niet aannemelijk.

10. *Het vijfde middel* sluit ten dele nauw aan bij onderdeel a van het zesde middel. Betoogd wordt, dat het Hof niet bewezen heeft kunnen verklaren, dat verzoeker redelijkerwijs moest vermoeden dat de afbeelding op de kaart beledigend was voor de Joden omdat bij verzoeker schuld in de zin van onachtzaamheid of verwijtbaarheid heeft ontbroken. Daarmee raken wij de kern van de zaak, want die komt er op neer, dat beslist moet worden of een groep – de Joden – beledigd kan worden doordat de staat Israël (of misschien zelfs: de huidige regering van die staat) wordt bejegend op de wijze als in de afbeelding op de kaart gebeurt. Betekent dit niet – aldus het hoofdmoment in deze procedure – (lees ook het belangrijke schriftelijk rekwisitoir van de OvJ bij de behandeling voor de Rb.) dat kritiek op een staat, op een regering niet meer kan worden uitgeoefend, als en omdat daardoor een groep, die niet is de staat Israël of de regering van die staat, zich beledigd voelt? En houdt dat weer niet in, dat een zo belangrijk facet van de vrije meningsuiting als dat wat betrekking heeft op de beoordeling van buitenlandse politiek en politici ('Johnson moordenaar') in gevaar wordt gebracht? Is het juist, dat hier – in het arrest van het Hof – de formule wordt beleden volgens welke belediging van de staat Israël belediging van het Joodse volk impliceert en dat er bij Joden dus – zoals vroeger en ook nu nog wel de katholieken wordt verweten – sprake is van een dubbele loyaliteit?

11. Ik heb mij dezer dagen daarmee lang bezig gehouden. En ik kwam er aanvankelijk niet uit. Dan neem ik wel mijn toevlucht tot lezen, tijd of geen tijd. Ik

bedoel dat wel anders dan voor de hand ligt: juristen, die bij rechterlijke beslissingen betrokken zijn, zoeken in moeilijke zaken vaak – tot in de verste uithoeken – naar precedenten en autoriteiten, die hun mening kunnen staven of zelfs vormen. Maar die lectuur heb ik hier niet op het oog, al heb ik ze uiteraard ook wel gezocht (maar amper gevonden).

12. Ik weet niet precies, hoe ik het moet uitdrukken, maar de getuigenverklaringen van R.M. Naftaniël en S.A. Soetendorp acht ik mèt het Hof (p. 7 van het arrest) wel zwaarwegend, maar toch óók wat erg toegesneden op deze zaak. Zou het niet zo zijn, dat ook Joden – binnen en buiten Israël – het verschrikkelijk zouden vinden als zij geen – felle – kritiek (meer) zouden mogen uitoefenen op de staat Israël, zoals die thans reilt en zeilt? (Zie o.a. de verklaring van Aäron Reindorff, p. 4 van het vonnis van de Rb: 'dat de staat Israël daden stelt die raakvlakken hebben met nazi praktijken'.

Is het dan niet beter zich ook te verdiepen in wat iemand uit het Joodse volk wiens oordeel in deze zaak niet is gevraagd, op dit punt te zeggen heeft?

Ik zal zó kort mogelijk citeren (de cursiveringen zijn van mij):

'De recente resoluties van de Unesco en de VN *om Israël en indirect alle Joden* de onterende benaming van racist toe te kennen, waren voor mij een bitter symbool van dat bankroet. (van de VN, *L.)*... De internationale organisaties die de kern van mijn bestaan als jong advocaat hadden gevormd, hadden mij ten onrechte als facist gebrandmerkt *samen met het volk* dat meer van racisme te lijden had gehad dan enig ander in de wereldgeschiedenis.

Deze brutale aantijging, die in de richting ging van de valse, pseudowetenschappelijke pogingen om de stelling geloofwaardig te maken, dat de Holocaust nooit heeft plaats gehad, dat het niets anders is geweest dan een enorme mystificatie – alsof mijn moeder, mijn vader, mijn zusje en mijn schoolvrienden nooit hadden bestaan. Het werd steeds moeilijker voor mij om de droeve, knagende gedachte van mij af te zetten, dat ik, *ondanks mijn afkeer van nationalisme,* in een tijd van toenemende gevaren *voor mijn* volk het recht niet had me aan iets anders te wijden, mij bezig te houden met wereldproblemen.'

13. Het is een citaat uit het beroemde boek van Samuel Pisar, in het Nederlands vertaald: Bloed en Hoop, een man die na 1945 zowat overal een rol heeft gespeeld maar nooit in Israël is gaan wonen. Zo'n citaat toont m.i. – niet geforceerd – aan dat een – ongetwijfeld ijdele man als Pisar, die met alle groten der wereld heeft verkeerd een belediging, Israël aangedaan, dàn als Jood niet kan verkroppen en als belediging van de groep waarvan hij deel uitmaakt ziet, als de vergelijking wordt getrokken met een racistisch regiem als dat van Hitler, dat tot de Holocaust heeft gevoerd.

14. Ik ben er diep van overtuigd dat mensen en staten, ook als zij het barste onrecht hebben moeten doorstaan en hebben overleefd, toch gecorrumpeerd kunnen worden en dat dus het *enkele* (maar wat een woord is dat in dit verband) feit, dat die mensen en dat volk meer van racisme te lijden hebben gehad dan wie ook in de wereldgeschiedenis hen niet vrijwaart voor het gevaar zelf aangetast te worden. Maar ik ben er óók van overtuigd, dat de zaken dan anders liggen dan hier. Wie de staat die nog een déél van het volk bevat, dat ten naaste bij werd uitgeroeid door het racisme van een Unterwelt-regiem verwijt dat zij daarmee vergelijkbaar is, de staat, die nu juist is tot stand gekomen opdat dit – deze Holocaust – nooit meer zou gebeuren, die kan en moet weten dat hij het overgrote deel van de overlevenden – ook hen die desnoods zware kritiek hebben op het huidige regeringsbeleid van Israël – door een dergelijke aantijging afschuwelijk treft. Misschien lijkt dit laatste overdreven en zal men denken dat alleen mensen van

mijn leeftijd of daaromtrent – de ouderen – die het hebben moeten zien gebeuren en het niet verhinderd hebben, zo redeneren. Maar toch minstens kan men – wil men ze blijven respecteren – ook van jonge mensen – hoezeer ook bekommerd om het lot van de Palestijnen – verwachten dat zij begrijpen dat in hun strijd tegen Israëls vasthoudendheid en vóór de Palestijnse eisen nu juist *dit* middel – deze vergelijking – niet enkel grof is – zoals de raadsman erkent – tegen Israël, maar ook grof, ja weerzinwekkend tegenover de Joden in het algemeen.

15. Hoewel ik toch wèl weet, dat in cassatie 'de feiten geen rol meer spelen' is – voor mij – het lot van de andere middelen bezegeld door het zoëven – onder 14 – weergegevene. Zij betreffen immers in hun verschillende aspecten alle dit hoofdmoment, door Pisar samen gevat als een zaak van *'Israël en indirect alle Joden'*. Ik realiseer mij dat die vereenzelviging slechts gegrond is wegens de historische oorzaken die tot de stichting van de staat Israël hebben geleid *èn* nu juist déze uitzonderlijke vorm waarin de belediging van die staat heeft plaats gevonden als gevolg waarvan zij ook terugslaat (letterlijk) op 'de Joden'. Met andere woorden het is een vereenzelviging, die zich alleen realiseert in deze kontekst (Joden en de staat Israël) en dan nog slechts onder zeer uitzonderlijke omstandigheden. Die zijn hier aanwezig.

16. Het vijfde middel, waarvan ik ten dele de inhoud zakelijk reeds weergaf in nr. 10, faalt naar mijn mening, allereerst omdat het de weerlegging door het Hof van het te dier zake in appel gevoerde verweer onvolledig weergeeft. Weliswaar wordt in het middel óók gesteld dat het Hof niet bewezen kon verklaren het element van het strafbaar feit: 'anders dan ten behoeve van zakelijke berichtgeving', welke bewezenverklaring door het Hof nader wordt geadstrueerd op p. 9, laatste overweging, maar uit de toelichting blijkt op geen enkele manier dat en hoe dit punt een rol speelt in het middel. Het komt mij in ieder geval voor, dat het Hof kon beslissen, dat het ter openbaarmaking en verspreiding in voorraad hebben van de onderhavige kaart en de daarop voorkomende afbeelding *gelet op de aard van die afbeelding* klaarblijkelijk niet de strekking hadden om te dienen ten behoeve van zakelijke berichtgeving. Dat uit de inhoud van een uitlating zelf onder omstandigheden reeds kan blijken dat zij niet de strekking heeft te dienen tot zakelijke berichtgeving, heeft mijn ambtgenoot Mr. Remmelink reeds betoogd in zijn conclusie voorafgaande aan HR 15 juni 1976, NJ 1976, 551 (p. 1656, l.k. bovenaan). Dat is hier, zo ooit, het geval. In redelijkheid kan men niet volhouden, dat dit soort berichtgeving van zakelijke aard is: integendeel het tracht door het opwekken van zeer sterke emoties een politiek doel te bereiken. Dat mag, zolang het niet tevens in de zin van art. 137*e* Sr beledigend is voor een groep mensen.

Wat betreft het in de toelichting wel uitgewerkte bezwaar nog het volgende: aangevoerd wordt dat juist daarom verzoeker niet redelijkerwijs moest vermoeden, dat de afbeelding beledigend was voor de Joden omdat hij juist als actief lid van het Palestina-comité (afd. Breda, het landelijke comité heeft zich van deze handelwijze gedistancieerd, *L.)* en deskundige inzake de problematiek rond de stichting van de staat Israël, in de afbeelding op die kaart moest zien en heeft gezien (ik parafraseerde wat vrij) 'de bedoeling om op ongezouten, wellicht grove, manier kritiek te leveren op het politieke handelen van Israël, in de vorm van haar staatsapparaat: het leger, gepersonificeerd in de vorm van een soldaat met helm en geleid door mannen als Begin'.

Aan dat alles doet echter niet af, dat het Hof, naar mijn overtuiging, op de in het arrest aangevoerde gronden bewezen kon achten, dat verzoeker wegens zijn voorkennis en ondanks zijn betrokkenheid, redelijkerwijs had moeten vermoe-

den, dat deze wijze van kritiek uitoefenen op Israël ook het Joodse volk, de Joden, als groep diep zou krenken. In de toelichting wordt vermeld dat een kaart uit de serie is gehaald waarop het portret van Begin als Jood en regeringsleider staat afgebeeld naast het portret van Hitler, zulks om te voorkomen dat personen of groepen zich beledigd zouden voelen. Verzoeker die dus kennelijk aan de mogelijkheid dat groepen beledigd zouden worden heeft gedacht, had redelijkerwijs moeten vermoeden dat juist de afbeelding op de onderhavige kaart, die *niet* uit de selectie werd genomen, door haar weergaloze grofheid, niet jegens een regeringsleider maar tegen de staat Israël, de Joden als groep zou beledigen en krenken. Dat er toch wel Joden zijn die daar anders over denken, zoals de getuigen deskundigen, in de toelichting op het middel genoemd, doet er niet aan af, dat het Hof tot zijn bewezenverklaring op dit punt kon komen.

Ik acht het middel ongegrond.

17. Het *tweede middel* houdt in dat het Hof heeft geschonden art. 7 Gr.w., art. 10 Verdrag van Rome en art. 19 Verdrag van New York, alle betreffend het grondrecht van vrije meningsuiting. Zij maken echter ook alle drie een voorbehoud: 'behoudens ieders verantwoordelijkheid volgens de wet; ... 'onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, welke bij de wet worden voorzien ...', ... de uitoefening (van het recht op vrijheid van meningsuiting) kan ... aan bepaalde beperkingen worden gebonden, doch alleen beperkingen die bij de wet worden voorzien en nodig zijn ...' Met name houdt de vrijheid van meningsuiting op, waar men een ander of anderen door die mening te uiten in zijn eer en/of goede naam krenkt. Als men dit doet – en daarvan ga ik bij de bespreking van *dit* middel uit – door déze vorm van kritiek op Israël te uiten, betekent dat dat deze vorm van kritiek niet wordt beschermd door het grondrecht van vrije meningsuiting. Het is natuurlijk waar wat de deskundige Mr. J.A. Peters op dit punt heeft gezegd (p.-v. hofzitting, p. 4) dat indien personen zich vereenzelvigen met een staat, en men daardoor die staat niet zou mogen beledigen, de vrijheid van meningsuiting ernstig in het gedrang zou komen. Dat is ook de reden waarom dit zo'n moeilijke zaak is. Maar het is niet waar, althans uit wat het Hof heeft overwogen volgt niet, *dat* de Joden zich vereenzelvigen met de staat Israël *en dat daarom die staat niet beledigd mag worden.* Het gaat erom, dat een bepaalde vorm van belediging van deze bijzondere staat Israël, door Joden wordt gevoeld en kan gevoeld worden – ook al zijn zij nog zo internationaal georiënteerd als Pisar – als een belediging van hen zelf, dat wil zeggen van de groep waarvan zij deel uitmaken: de Joden. Andere kritiek – ook zeer felle – blijft onaantastbaar voor de rechter.

18. De overweging van het Hof, dat de strafbaarverklaring van het ten laste gelegde feit de vrijheid van meningsuiting niet op ontoelaatbare wijze aantast, maar slechts beperkt in die mate als nodig is ter bescherming van het in art. 137*e* bedoelde rechtsgoed, te weten dat de daar bedoelde groepen gevrijwaard blijven van beledigende uitlatingen als de onderhavige, komt mij dan ook juist en overeenkomstig het recht voor. Dat aldus noch art. 7 Gr.w. noch de betreffende artikelen van de genoemde Verdragen zijn geschonden kon het Hof op de in het arrest voorts vermelde gronden beslissen.

19. In de toelichting wordt opnieuw vermeld, dat het niet 'de bedoeling van de kaart' is geweest om bepaalde groepen te beledigen of te diskrimineren, maar slechts om een politieke discussie op gang te brengen. Mijn antwoord is weer: dat eerste moge juist zijn (Hof *en* Rb. zijn daar bij de bepaling van de straf zelfs van uitgegaan) maar als men op deze wijze beoogt een politieke discussie op gang te brengen (ik dacht overigens dat dat reeds lange tijd daarvoor was gebeurd) dan kan

van iemand als verzoeker gevergd worden, dat hij vermoedt dat dat voor die groep, ondanks het ontbreken van zijn oogmerk, toch grievend en beledigend is.

20. Het *derde middel* bestrijdt een drietal overwegingen van het Hof, maar de toelichting sluit daar eigenlijk amper op aan. Om niet tè veel in herhalingen te vervallen (ook volgens de schriftuur gaat het bijna steeds om de vraag: of (deze) kritiek op de staat Israël een belediging van de Joden kan zijn, en wordt dit punt steeds weer te berde gebracht) zal ik de drie overwegingen, als aangevochten, nader beschouwen, desnoods los van de toelichting:

21. Het Hof heeft in deze *eerste overweging,* opgenomen *in middel drie,* het voor de Joden beledigend geacht wegens hun afkomst of nationale of ethnische afstamming dat zij worden vereenzelvigd met een hun vijandig systeem. Het middelonderdeel bestrijdt dat dit oplevert belediging van een groep mensen *wegens* hun ras (daaronder begrepen afkomst of nationale of ethnische afstamming) en hun levensovertuiging.

Ik geloof niet dat dit middelonderdeel opgaat, ook al geef ik toe dat hier de grenzen van de strafbaarheid ex art. 137*e* dicht zijn genaderd. De vergelijking van de staat Israël met het nazi-systeem, verbeeld in het hakenkruis, is een vergelijking die – indirect (zie hiervoor) Joden gelijkstelt met nazi's en hun barbaarse systemen. Men kan m.i. op goede gronden beweren dat daarom een groep mensen *wegens* hun ethnische afstamming (en die mag begrepen worden onder de term 'ras') door de afbeelding beledigd zijn. Kenmerkende eigenschap van Israël en van de groep, waar het hier om gaat: de Joden dus, is volgens de afbeelding dat zij zich gedragen zoals hun grootste vijanden jegens hen deden in de tijd dat Dachau nog geen pelgrimsoord was.

22. Over de *tweede in het middel aangehaalde overweging* van het Hof heb ik reeds voldoende gezegd: het betreft de binnenste kern van de zaak en naar mijn mening kon het Hof op grond van de in de bewijsmiddelen aangehaalde getuigenverklaringen (en op grond van wat het dienaangaande voorts overwoog) tot de beslissing komen, dat Joden – ook buiten Israël en in ieder geval in Nederland – zich zo nauw verbonden voelen met zowel het begrip Israël als de staat Israël dat zij de onderhavige afbeelding ervaren als een niet uitsluitend tegen de staat Israël doch ook tegen hen gerichte aantijging.

23. *De derde in dit middel bestreden overweging* van het Hof betreft weer de tegenstelling tussen de hier door het Hof veronderstellenderwijs aangenomen strekking die verzoeker met betrekking tot de kaart had (alleen bestrijding van de staat Israël en de door deze bedreven politiek) en de uitwerking daarvan op de groep, die hierdoor, naar verzoeker redelijkerwijs moest vermoeden, beledigd zou worden: de Joden. Ook in mijn opvatting houdt die tegenstelling niet in, dat er geen sprake kan zijn van: beledigd *worden* en van het misdrijf van art. 137*e* Sr.

Ik acht het middel in geen van zijn onderdelen aannemelijk.

24. Het *vierde middel* tenslotte bestrijdt, vanuit een andere gezichtshoek, de op p. 10 van het arrest bovenaan, weergegeven beslissing van het Hof en voert aan: de belediging van een vreemde mogendheid als zodanig wordt in de wet nauwelijks aan een beperking onderworpen en het Hof heeft toch overwogen dat kritiek op een buitenlandse staat aan beperkingen onderhevig kan zijn indien de gewaarborgde bescherming van art. 137*e* in het geding komt.

Het woord 'nauwelijks' lijkt mij hier juist op zijn plaats. Indien door belediging van een buitenlandse mogendheid tevens art. 137*e* Sr wordt overtreden – het zeer uitzonderlijke geval, dat zich hier voordoet – dan zal in zoverre een beperking van de mogelijkheid om die kritiek uit te oefenen aanwezig zijn. Een andere gedachtengang zou meebrengen, dat men steeds

groepen straffeloos zou kunnen beledigen als men het klaarspeelde dat te doen door hun staat, hun kerkelijke overheid, hun regeringsleiders zo grof mogelijk te bejegenen. En ongetwijfeld kan men nu weer zeggen, dat de konsekwentie juist anders moet liggen, dan ik ze leg: dat hieruit namelijk blijkt, dat een dergelijke belediging van staat, kerkelijke overheid of regeringsleiders als zodanig nooit een groep kan krenken en dat daarom hier geen strafbaar feit is gepleegd. Maar dan zijn we weer terug bij de kernvraag, die opgelost moet worden en waaromtrent ik, wel beseffend, dat men daar anders over kan denken, als mijn vaste overtuiging heb te kennen gegeven en nogmaals te kennen wil geven, dat zij niet alleen kòn worden opgelost in de zin van het Hof, maar ook zo behóórde te worden opgelost.

25. Nog een keer Pisar, p. 319:

'Mannen als Dayan en Weizmann, die ondanks hun afkeer van oorlog in het leger zijn gegaan, en mannen zoals Ben en ik, die andere wegen hebben gekozen, vertegenwoordigen twee aspecten van eenzelfde lotsbestemming – die van een volk dat is gevormd door eeuwen van leed en vervolging. Degenen onder ons die werden omgebracht in de doodsfabrieken van de nazi's rechtvaardigen eens te meer – als dat al nodig was het bestaan van dit soort mensen op het grondgebied van onze voorouders, mensen die vastbesloten zijn om Joden, overal waar zij zich bedreigd gevoelen, een plaats van toevlucht en van hoop te garanderen, mensen die Eichmann naar Jeruzalem hebben gebracht om er berecht te worden ... Als in deze tijd het Joodse volk opnieuw bedreigd zou worden met uitroeiing, zou ik niet minder bereid zijn om te vechten en te sterven ...'

26. Mijn conclusie strekt ertoe, dat de HR het beroep in cassatie zal verwerpen.

Hoge Raad: peek.

13A. Het genie van de eenzijdigheid

De advocaat als tegenspeler

Het thema luidt 'de advocaat tussen twee vuren'. Het ene vuur is de cliënt, meer algemeen genomen het publiek, het ander de rechter en in het algemeen de rechterlijke macht. Het is de bedoeling, dat ik het tweede vuur wat opstook: welke zijn 'de verwachtingen en ervaringen van degenen, die recht moeten doen' ten opzichte van de Balie? Wat de verwachtingen betreft zou ik zeggen dat deze kunnen worden samengevat in het rijtje: integriteit, deskundigheid, toewijding en vasthoudendheid. Maar direct daarop lijkt mij de vraag voor de hand liggen: wat heb je aan zo'n opsomming van algemene ethische waarden, die van iedere beroepsgroep door allen verwacht kunnen en mogen worden? Verwachten wij soms van onze bakker, dat hij ons afzet, dat hij slecht brood bakt, dat hij te laat in de winkel komt, enz.? Worden door advocaten niet precies dezelfde eisen gesteld aan rechters? Misschien is er met die vierde eigenschap: 'de vasthoudendheid' iets bijzonders aan de hand. Er kan twijfel opkomen of rechters concrete vasthoudendheid van advocaten wel zo erg op prijs stellen: is de terrier onder de advocaten bij rechters zo geliefd, of houden zij meer van het makke schaap? En zeker, omgekeerd, zijn advocaten weinig gesteld op vasthoudende rechters wanneer dat vasthouden betreft de procesdossiers waarop al maar geen vonnis wordt gewezen. Maar dat is een zaak, waarop Uw Deken nog onlangs in de Vereniging van Rechtspraak een hartig woordje heeft laten vallen.

Begrijp ik het thema van vandaag goed, dan gaat het niet over de algemene waardering, gegrond op algemene eisen of verwachtingen, die de ene beroepsgroep – de rechters – opbrengt voor de andere: de advocatuur. Het is een heel andere zaak, die ons moet bezighouden: stellen rechters vanuit hun eigen taak: het rechtspreken, eisen aan de advocaat, die voor deze taak een positieve opbrengst opleveren: de best mogelijke beslissing. En zijn die eisen verenigbaar met wat van elders van hem verwacht wordt: van zijn cliënt en van zijn potentiële cliënten, het publiek? Zo nee, dan bevindt hij zich tussen twee vuren en zal hij altijd moeten branden, tenminste als die tegengestelde verwachtingen, eventueel eisen, beide legitiem zijn.

Maar laat mij eerst iets zeggen over die algemene waardering. Stel dat een rechter publiekelijk afscheid neemt. Namens de Orde neemt een advocaat, nadat hem daartoe ten laatste de gelegenheid is geschonken, het woord en zegt o.m.:

'Het rechtersambt is zeer moeilijk. Door die moeilijkheden heen is Uw ministerie in de rechtsgeschillen van gewichtig belang, een onmisbare hulp in de rechtsbedeling. Een goed bezette rechterlijke macht is een volstrekte behoefte in de rechtspleging. Zeker kunnen de misbruiken grof zijn, die in de praktijk van de rechtspraak kunnen insluipen, maar niet minder zeker is, dat een kundig en rechtschapen rechter een zegen is. De rechter dient zich wel rekenschap te geven van de waarde van zijn stand, immers daar ligt de beste opwekking om dien stand te doen zijn, wat hij kan zijn, wat hij moet zijn.'

Ik twijfel er ernstig aan of zo'n toespraak ooit in een rechtszaak is gehouden door een advocaat en ik weet zeker, dat hij – als het ooit gebeurd is – er behoorlijk last mee zou krijgen. Maar als U in plaats van rechtspraak en rechter leest: Balie en advocaat, is dit de vrijwel letterlijke weergave van een passage uit de afscheidsrede van een president van een Hof. Geen recente afscheidsrede, ik geef het toe, al zou ik ook uit sommige daarvan kunnen citeren. En men dient zich wel te realiseren, dat in de tijd toen deze passage werd uitgesproken, het aantal misbruiken, dat in de rechterlijke macht was ingeslopen, zo niet grof dan toch minstens zeer bedenkelijk was: ik noem er enige, die ook toen reeds werden onderkend: stokoude rechters, die doof en seniel aanbleven; (De president in kwestie nam vrijwillig afscheid, omdat hij door zijn hoge leeftijd wel eens 'onberekenbaar' kon worden) een wervings- en benoemingsbeleid, dat alle redelijkheid tartte (een vooruitstrevende minister heeft toen reeds met behulp van de overgrote meerderheid van de Tweede Kamer de rechterlijke voordrachten willen afschaffen) een occupatie van rechters en leden van het O.M. met directe politiek (als lid van één der Kamers van de Staten-Generaal), die wij nu niet alleen zeer ongewenst maar zelfs volstrekt onaanvaardbaar zouden achten en last but not least: een veel te groot aantal slechte, onoordeelkundige beslissingen.

Dat rechters zich in het openbaar kritisch uitlaten over de moraliteit en deskundigheid niet van één advocaat maar van dè advocatuur, terwijl dat omgekeerd niet gebeurt, is een opvallend verschijnsel. In 1964 schreef de Noorse rechtssocioloog Vilhelm Aubert een artikel over 'De jurist en zijn beroepsrollen'. Daarin staat onder meer:

'De belangrijkste taak van de jurist is wel het nemen van beslissingen... Als we het recht bestuderen vanuit het beroep van de jurist, wordt de beslisser gezien in relatie tot andere juristen... elke beroep kan gezien worden als een systeem van sociale rollen. De beslisser is slechts één van deze rollen, maar in het recht geeft de beslisser nu eenmaal de toon aan.'

Nu zal iedere advocaat Aubert tegenwerpen, dat hij zelf iedere dag beslissingen neemt: òf er een eis in rechte zal worden ingesteld, òf er verweer zal worden gevoerd, wáárop de eis zal worden gebaseerd, welke verweren wel, welke niet gevoerd zullen worden, enz. Maar het typische van de rechtsbeslissingen, waar Aubert op doelt, is dat zij *buiten het systeem* niet meer getoetst kunnen worden: er vindt geen terugkoppeling plaats van de werkelijkheid en háár toetsing. Ik bedoel daarmee dit: wanneer de arts een bepaalde behandeling van een zieke voorschrijft, of wanneer de advocaat besluit een rechtsvordering in te stellen, zal het *resultaat* van de medische behandeling, de afloop van de rechtszaak aan ieder en speciaal aan de betrokkenen een beoordelingsmaatstaf geven. Hielp de behandeling niet, werd het proces verloren, dan zal de zieke, de verliezende procespartij grote moeite hebben om die beslissingen als goed aan te merken en zelfs sterke neiging om ze als verkeerd te brandmerken. Vanuit het oogmerk van de patiënt en de cliënt is dat volkomen begrijpelijk: ik onderging die behandeling om beter te worden en ik werd niet beter; ik ging procederen om te winnen en ik verloor.

Maar, zo zal worden opgemerkt – en ik beperkt mij nu tot de cliënt van de advocaat – hij zal toch geweten hebben, hem zal bovendien te verstaan gegeven zijn, dat het risico van verlies er in zat.

En mogelijk zal hij achteraf erkennen, dat zijn advocaat alles gedaan heeft wat hij kon, misschien zal hij zich zelfs laten overtuigen, dat hij eigenlijk het proces had moeten winnen, enz. Maar wat wil juist die houding van die redelijke cliënt, die zijn

proces verloor, anders zeggen dan dat de beslissingen van zijn advocaat getoetst worden aan een soort onherroepelijke werkelijkheid: de beslissing van de rechter.

Hoewel wij allen zeer wel weten, dat de beslissing van de rechter fout kan zijn èn, wat veel belangrijker is, niet per se beter hoeft te zijn dan een beslissing die precies andersom uitvalt, bestaat toch van oudsher de diepgewortelde behoefte aan rechtvaardiging van rechterlijke beslissingen niet enkel, niet voornamelijk als beslechting van het conflict, als het oplossen van een conflictsituatie, waar partijen zelf niet uit konden komen, maar ook als *de goede, rechtvaardige* oplossing. Elk rechtssysteem heeft minstens de pretentie een, ja zelfs dè rechtvaardige ordening der maatschappelijke verhoudingen te zijn. Wie van zo'n regeling in haar geheel of in haar grondbeginselen méént, dat zij wel gedragsvoorschriften aandraagt voor de mensen en beslissingscriteria voor rechters, maar dat die onjuist, onrechtvaardig zijn, moet óók menen dat hij daar niet aan gebonden is; slechts door dwang en onderdrukking daaraan gebonden kan worden. Ik ga daar nu niet op door. Ik wil slechts betogen dat een globale onderschrijving van de rechtsorde door de overgrote meerderheid der bevolking altijd en ook nu nog voorwaarde is voor het rustig voortbestaan van de samenleving. Noodzakelijk element in dit geheel is de overtuiging dat men in het algemeen gesproken een beroep op de rechter kan doen om zijn recht te verkrijgen: freedom under the law.

Daaruit vloeit dan weer voort dat de beslissing van de rechter niet alleen bindend is, maar ook als de best mogelijke, de meest rechtvaardige wordt beschouwd. Als wij nu trachten de draden van dit weefsel in een patroon te brengen zien we het volgende: er is een conflict tussen twee mensen, dat zij zelf niet kunnen of willen oplossen. Er zijn mensen wier taak en bevoegdheid het is dat conflict te beslechten, zonder dat beroep op een andere instantie of op de afloop in een daarvan onafhankelijke werkelijkheid mogelijk is. Zo'n beslissingsbevoegdheid is slechts aanvaardbaar vanuit de zo lang mogelijk volgehouden vooronderstelling, dat de beslissingen juist gewezen worden en de rechtvaardige oplossing aanbieden. Ik denk dat hiermee het grondtype van de rechterlijke werkzaamheid door alle tijden is geschetst. Er volgt voor de rechter tweeërlei uit: ontzag en schroom voor de opgaaf, die op zijn schouder wordt gelegd, maar óók de idee, dat in zijn beslissingen de rechtvaardigheid verwerkelijkt wordt. Daartoe is nodig zowel de hoogste deskundigheid met betrekking tot de regels van het rechtssysteem als volstrekte moraliteit ten aanzien van de partijen en hun stellingen. Vanuit dat grondpatroon van het juridisch beslissingssysteem en daarin aan de rechter toegewezen rol is m.i. te verklaren de neiging van de rechter zich een oordeel aan te matigen over de kundigheid en de moraliteit van mensen, die een andere rol hebben in het rechtsbedrijf: de advocaten.

Wáárdoor wordt in dit patroon de positie van de advocaat als procesvoerder bepaald? Ik zou menen, dat dat wel duidelijk is: de advocaat maakt recht de weg van de heren. Hij is de voorbereider van die rechtvaardigheid: hij brengt de bouwstenen aan. Hij is een hulp bij de rechtsbedeling de slimme knecht van de rechter. En ja, dat die rechter twéé knechten heeft, die hem verschillend adviseren, dat is soms wel wat vervelend, maar als ze beiden nu maar het oog gericht houden op de rechtvaardige beslissing dan worden die verschillende gezichtspunten toch beide door dit zonnelicht gevangen. Voor de rechter kan het dan niet zo moeilijk meer zijn om uit te maken wie er naast zit, wie zich vergist, de wet en de jurisprudentie niet voldoende onder de knie en in het hoofd heeft. Vanuit de verwachting van de rechter bezien is de advocaat een medespeler, niet een tegenspeler. Een medespeler in een redelijk belangrijke rol weliswaar, maar niet één van de hoofdrolspelers. Ik zeg niet dat deze

argumentatie waardeloos is. Het op een rijtje zetten van de juridisch relevante zaken in het proces, met gematigdheid en rust bezien vanuit twee verschillende gezichtshoeken zal er zeker wel voor zorgen, dat de rechterlijke beslissing beter gefundeerd kan zijn. Het juridisch proces is immers een voorbeeld van reductie van complexiteit, om met Luhmann te spreken. Het maatschappelijk gebeuren dat tot het rechtsconflict leidt is in hoge mate onoverzichtelijk. Iedere advocaat zal wel de ervaring hebben, dat óók in hun eigen beroep zeer capabele mensen, die in een rechtsconflict verzeild geraken, daarvan een verslag doen, waarin de juridisch relevante momenten niet of slechts terloops aan de orde worden gesteld. De kern van de zaak ligt voor hen heel ergens anders dan bij de jurist.

Maar toch moet onder het oog gezien worden òf deze verwachting van de rechter ten opzichte van de advocaat wel aansluiting vindt op diens taak. Of het – er globaal gezegd – niet veeleer de taak van de goede advocaat is om het de rechters zo moeilijk mogelijk te maken in plaats van stut en steun te zijn.

Ik zou die opvatting vanuit twee geheel verschillende gezichtshoeken willen benaderen: allereerst zal ik kijken naar het produkt, dat de rechter aflevert en de kwaliteit daarvan; vervolgens naar de positie van de advocaat in het geding.

Allereerst dus het vonnis. U zult begrijpen dat dit een soortnaam is van de rechterlijke beslissing, die bindend is geworden.

Ik ga nu bijna tersluiks voorbij aan gewoon verkeerde beslissingen, waarbij de deskundigheid tekort is geschoten. Het recht is wel zo'n gecompliceerd verschijnsel bij al zijn reductie dat fouten van dien aard allerminst zeldzaam zijn, zelfs niet bij bekwame rechters. En er zijn natuurlijk ook minder bekwame en nogal onbekwame rechters, zoals elke beroepsgroep van enige omvang zijn zwakke broeders kent. Maar het merkwaardige van die fouten is, dat zij slechts als zodanig gelden en meestal ook slechts aan het licht komen als de zaak, wat procenstgewijze weinig gebeurt, haar vervolg krijgt in een hoger beroep en/of cassatiegeding. Dan blijken zulke eenvoudige zaken als de navolgende:

1. dat een Hof zonder meer beslist dat nu een scooter niet met te hoge snelheid had gereden om tijdig achter een bus tot stilstand te kunnen komen de bestuurder daarvan aan een toch gevolgde aanrijding geen schuld kon hebben, daarbij vergetend dat ook de mogelijkheid bestond, dat de bestuurder niet of te laat geremd had;

2. dat een Rechtbank de vervaltermijn van art. 31 W.V.W. zonder meer op één jaar na het ongeval stelt en de vordering dus te laat ingesteld acht, hoewel het een geval betrof waarbij de autobestuurder na de aanrijding was doorgereden, in welk geval de termijn pas aanvangt, volgens uitdrukkelijke wetsbepaling, in hetzelfde artikel 31 vermeld, nadat de identiteit van motorvoertuig en bestuurder is vastgesteld.

Ik ga daaraan voorbij, niet echter dan na gememoreerd te hebben dat in onze rechtspraak ook verkeerde beslissingen recht worden, en dat dit niet een buitengewoon verschijnsel is. Belangrijker in ons verband is echter dit: het niet foute produkt van de rechtspraak, ik zou het willen noemen: het aanvaardbare, is géén verwerkelijking van de rechtvaardigheid (ook niet àls men dit begrip ontdoet van meta-fysieke of natuurrechtelijke trekken en het plaatst in het kader van een gegeven rechtsorde met háár visie op wat rechtvaardig is) maar bestrijkt het brede vlak vanaf de niet duidelijk onredelijke tot de evident redelijke, de voor de hand liggende beslissing. Nog onlangs heeft in het laatste Advocatenblad (A.B. nr. 7, sept. 1974, blz. 318, 319, 'Kenmerk van het baliegajes') Grosheide geschreven – en ik ben het er helemaal mee eens – 'rechtvaardig is steeds die beslissing die naar omstandigheden zo rechtvaardig mogelijk is. En tot die omstandigheden behoren ondermeer de presentatie van het

conflict aan de rechter, de inhoud van het geldende recht, en de persoon van de oordelende rechter.' Voor advocaten is dus deze wat fors klinkende uitspraak, dat óók recht worden en aanvaardbaar zijn nog net niet onredelijke beslissingen, waarschijnlijk niet zo verrassend.

Het zou mij veel te veel tijd vergen deze stelling aan de hand van voorbeelden te verduidelijken. Maar mijn omgang met het recht in conflict heeft mij naast veel twijfels deze ene betrekkelijke zekerheid gegeven: it ain't necessarily so. Eigenlijk is dat ook heel begrijpelijk: in een proces waarin de feiten vaststaan, waar het dus gaat om de toepassing van recht, zullen de regels, die de beslissing moeten dragen, vaak juist een te grote algemeenheid hebben om eenvoudig naar hun gangbare strekking te worden toegepast. Als het conflictsgeval geen feitelijke twistpunten bevat en de geldende regels er duidelijk op kunnen worden toegepast, behoeft er niet geprocedeerd te worden. Gebeurt dit toch, dan is het om een titel te verwerven of om uitstel van betaling te verkrijgen. Maar in de andere gevallen doet zich aan het werkelijkheidsgebeuren een bijzonderheid voor, die in de regeling niet werd voorzien en die toch juridisch relevant kan zijn. Kan de werkgever door hem aan een derde vergoede schade terugvorderen van de werknemer, door wiens onrechtmatige daad de schade veroorzaakt werd? Is de vriendelijke automobilist ook aansprakelijk voor de schade die de lifter door een kleine fout van hem opliep? Kan men zich vrijtekenen voor eigen grove schuld, ben je ook strafbaar als je opzettelijk de delictsinhoud van een strafrechtsartikel vervult, maar daardoor het rechtsgoed, dat die norm wil beschermen, niet schaadt of zelfs bevordert?

Welnu, het is wel eenvoudig om te zeggen, dat de rechter dan de norm moet uitleggen naar haar meest redelijke zin in deze context, maar om uit te maken wat die redelijke zin is, dat wordt met het aangroeien van het bijzondere steeds moeilijker. En in flink wat processen staat juist dat op het spel. Er is geen sprake van dat het zonneklaar duidelijk is, welke de redelijke oplossing is. En het is, dunkt mij, één der taken van de advocaat om op dit terrein zeer zelfstandig, zeer eigengereid al die momenten aan te dragen, die de rechter kunnen doen besluiten van twee beslissingen, die geen van beide meer als de vanzelfsprekende, de redelijke, kunnen worden beschouwd, die te kiezen, welke hij voorstaat.

Juist als we aanvaarden, dat rechterlijke beslissingen geen natuur-noodzakelijkheden, geen vanzelfsprekendheden zijn, komt die geheel eigen waarde van de beroepstaak van de advocaat aan bod. Hij voert de spanning op: hij levert de argumenten waarom niet waar is wat zo waar lijkt, hij vecht om het stuk redelijkheid, dat hij heeft aan te voeren tot recht te maken. Hij maakt het de rechter zo moeilijk mogelijk om op eenvoudige oplossingen terug te vallen.

Bij dit alles – en ik kom nu aan mijn tweede gezichtshoek toe – is het enige wat hem naar mijn mening zou moeten drijven het belang van zijn cliënt en dat belang zal er zeer vaak in bestaan, dat de cliënt het proces wint, dat hij wordt vrijgesproken, ontslagen van rechtsvervolging of een zo gering mogelijke straf krijgt. De advocaat is naar mijn gevoel partijdig, de rechter onpartijdig.

Ik wil hier graag wat verder op doorgaan. In het reeds genoemde artikel van Aubert krijgt de advocaat de beroepsrol van dienstverlener toegewezen. Dat behoeft enige toelichting. Economisch gezien behoren alle juristen, voorzover ze niet werkeloos zijn tot de dienstverlenende sector, eenvoudig omdat ze geen rol spelen in het materiële produktieproces. Als dus binnen het door Aubert geconstrueerde juridische heelal de advocaat als prototype van de dienstverlener wordt beschouwd en als zodanig gesteld wordt naast de juridische wetenschapsbeoefenaar, de leraar en de beslisser

(voor welke laatste de rechter staat) dan moet het begrip dienstverlening een engere betekenis hebben. Die betekenis moet bovendien zó specifiek zijn, dat zij zich onderscheidt van het dienstverlenend karakter, dat ook aan het rechtersambt is verbonden. Dat dienstverlenend karakter van het rechtersambt zou ik willen omschrijven als rechtstreeks gericht op het bevorderen van een leefbare gemeenschap door onrecht te straffen en conflicten die mensen zelf niet tot een oplossing kunnen brengen te beslechten, liefst op een bevredigende wijze. Diensten aan het individu zijn daarmee slechts middellijk beoogd. Voor zover het werk van de advocaat ertoe bijdraagt deze dienstverlening van de rechter te bevorderen heeft het geen zin van een specifieke beroepsrol van de advocaat te spreken: zomin als men de medische assistent die ten behoeve van de chirurg het voorbereidende werk voor de operatie verricht een bijzondere medische beroepsrol toekent. De taken liggen in elkaars verlengde met een duidelijk overwicht aan betekenis voor de rechter en de chirurg, al zal hun werk vaak mislukken als de helper faalt.

Het bijzondere van de dienstverlening van de advocaat is echter, dat hij hoewel toegerust met hetzelfde gereedschap, daarmee iets anders beoogt te bereiken dan de rechter. Zijn taak is: helper te zijn van het individu in nood, positief gezegd, bevorderaar te zijn van het welzijn van het individu. Waar het op aankomt is dit: de advocaat is er om iemand te helpen, wanneer zo iemand binnen de orde van het recht iets wat hij wenst niet zelf kan krijgen of iets wat hij houden wil dreigt kwijt te raken. Naar de medische wereld verplaatst zouden we zo iemand ziek noemen. Hij wil ademhalen maar hij kan bijna niet wegens een astma-aanval, hij kan lopen, maar een beenontsteking bedreigt die vaardigheid. De arts als dienstverlener gaat het in zulke zaken maar om één ding: gezond maken. Hij weet, dat hij dat doel niet met alle middelen mag nastreven. Hij zal niet licht van een slapende treinpassagier een dosis bloed afnemen, al heeft hij juist diens zeldzame bloed zo nodig voor zijn patiënt.

Ik denk nu, dat wij de advocaat als dienstverlener op één lijn kunnen stellen met de arts. Ook hij heeft één duidelijk doel voor ogen: zijn zieke patiënt – cliënt – er weer bovenop te helpen. Dat bereikt hij natuurlijk niet doordat de nog ziekere patiënt van een collega genezen wordt, ook niet als de gezondmaking van de ander alleen zijn beslag kan krijgen als zijn zieke ziek blijft. En dat is de gecompliceerde situatie waarvoor de advocaat als dienstverlener in het proces komt te staan, een situatie die de arts meestal bespaard blijft. Maar de advocaat als dienstverlener wordt door die situatie niet aangetast. Dat komt ter sprake bij de rechter die het meerdere recht van de één ten laste moet laten komen van het mindere recht van de ander. Voor de advocaat is er nog geen sprake van meer of minder recht in objectieve zin. Voor hem is er alleen dat stuk recht dat zijn cliënt in zijn ransel meedraagt en dat voor hem àlle recht is. Zo dit stuk recht ontbreekt heeft de cliënt geen rechtvaardige zaak. De advocaat zal zijn zaak dan niet op zich kunnen nemen. Maar er zijn weinig zaken waaraan alle recht ontbreekt. En de advocaat zal dat stuk recht gemakkelijk ontdekken. Als hij daar vaak moeite mee heeft zal hij zich over zijn beroepskeuze moeten beraden: hij mist dan het genie der eenzijdigheid. Dat iemand, een beslisser, straks met gezag kan zeggen jouw zieke moet dood, want die ander heeft meer recht op leven, en ze kunnen niet allebei blijven voortbestaan, dat kan alleen maar een reden zijn om de dienstverlening te verhevigen.

Er is nog iets bijzonders aan de hand met de dienstverlening van de advocaat. Zij is zozeer gericht op de persoon, die de hulp nodig heeft, dat hij, als dat helpt, de ene keer het geneesmiddel ter hand neemt, waarvan hij de vorige keer met vuur betoogd heeft dat het vergif is. Dat was natuurlijk ook zo, want de eerste keer had hij een

geheel andere ziekte voor zich dan de tweede. Beroept dezelfde advocaat zich, optredend voor de werkgever, op een dringende reden tot ontslag, waaraan de werknemer zich schuldig gemaakt heeft, dan lijkt het wat vreemd als hij bij een volgende gelegenheid, optredend voor een werknemer, tegen wie precies zo'n feit als dringende reden tot ontslag wordt aangevoerd, met verve die kwalificatie van dat feit als dringende reden ontkent. Maar de rechter, die dit de advocaat zou verwijten, bewijst alleen dat hij van de taak van de advocaat helemaal niets begrijpt. Dien gaat het er steeds alleen om zijn zieke te helpen. En vanuit de werkgever bezien is 'hetzelfde' natuurlijk iets heel anders dan vanuit de werknemer bezien. Deze schijnbare schizofrenie is een teken van geestelijke gezondheid. Zij bewijst dat de eenzijdigheid functioneel is en niet een karaktertrek.

Het is zonneklaar dat de rechter in deze zin nu juist geen dienstverlener is. Zouden wij ons de rechterlijke beslissing voorstellen als geïnspireerd door hulp aan het individu in nood, dan kwam er van rechtsbedeling niets terecht, want als de advocaat die nood niet heeft weten te lenigen, is de nood juist een uitdrukking van gebrek aan recht. Wie zou de rechter, die de verdachte tot straf veroordeelt, zijn helper willen noemen? Maar ook de rechter die vrijspreekt, is naar intentie en opzet geen helper. Dat is wellicht te demonstreren aan de uiteenlopende reactie van advocaat en rechter, als een vrijgesproken verdachte hen voor de vrijspraak bedankt. De advocaat, die bescheiden zou zeggen: ik heb niet meer dan mijn plicht gedaan, zou toch dien dankbaarheid niet af behoeven te wijzen, want die plicht was gericht op het verkrijgen van vrijspraak.

Als de rechter daarentegen al bereid zou zijn de dankwoorden te verstaan, en wat onwennig en kregelig eveneens zou zeggen: ik heb niet meer dan mijn plicht gedaan, bedoelt hij, dat hem die dank niet toekomt. De vrijspraak die de verdachte als dienst ervaart, is voor de rechter niet als voor de advocaat doel en oogmerk van zijn werkzaamheid, maar slechts gevolg. De rechter voelt zich door zo'n compliment eerder verontrust dan gevleid: heeft hij misschien toch te veel op de persoon en zijn nood, te weinig op de zaak en haar belang gelet.

Zit er niet een wat vreemde paradox in de zo geschetste verhouding tussen advocaten en rechters binnen het rechtsgeding? Ik betoogde, dat de advocaat het de rechter zo moeilijk mogelijk moet maken om in andere zin te beslissen dan zijn cliënt tot voordeel strekt. Dat is tegenspel leveren, niet meewerken. Maar betekent het ook niet, dat op deze wijze de best mogelijke beslissing tot stand komt en dat objectief gezien sprake is van medewerking? Dat zou het geval zijn, denk ik, als de meest redelijke oplossing voortspruit uit de sterkst mogelijke weergave van de beide elkaar bestrijdende standpunten. Ik ben er nog niet zo zeker van, dat dit regelmatig het geval is. Maar veel belangrijker is dat de advocaat er helemaal geen behoefte aan heeft, dat ook de wederpartij, de andere advocaat, de vertegenwoordiger van het O.M., zo sterk mogelijk voor de dag komt. Sterker nog, zijn tot het uiterst gaande bijstand aan de eigen cliënt is ook een strijd tegen de positie van de tegenstander en als die succesvol is, ondermijnt hij die positie. Het is een zeldzaamheid dat de advocaten beiden een optimale positie tot het einde toe kunnen behouden. Wat de één wint, verliest de ander. Hoe komt het, dat een bekwaam en befaamd strafpleiter klaarspeelt wat de gewone of zwakke strafpleiter niet kan opbrengen: hij demoraliseert allereerst zijn tegenstander, het O.M., hij zaait twijfel aan de geldigheid of noodzakelijkheid van diens argumenten, hij brengt de rechters bij, dat het misschien niet zó hoeft te zijn, als het naar alle waarschijnlijkheid leek. Men kan zeggen, dat zo mensen worden vrijgesproken, die wellicht feitelijk schuldig zijn; men kan daartegenover stellen, dat in het andere geval misschien mensen veroordeeld worden, die niet schuldig zijn.

Natuurlijk is deze bijna noodzakelijke werking van de dienstverlenende houding van de advocaat niet in overeenstemming te brengen met medewerking aan het door de rechter gewenste oordeel. Wij kunnen de zaak scherp stellen: wanneer de advocaat bemerkt dat een collega die voor de wederpartij opkomt, uit zorgeloosheid of onkunde belangrijke gegevens in het voordeel van diens cliënt niet aan de rechter overlegt, zou hij, in een lineaire opvatting van zijn taak, zelf die voor zijn eigen cliënt nadelige gegevens aan de rechter moeten aanbieden ter verbetering van diens beslissingsmateriaal (hij zou eventueel, vóór de officier gaat requireren, op de fouten in de tenlastelegging moeten wijzen) en als hij op die gronden het proces verloor zou dat hem tot tevredenheid moeten stemmen want de beslissing waaraan hij aldus meewerkte, was toch een betere dan die welke gevallen zou zijn als die feiten ongekend waren gebleven, waarna een overwinning voor zijn cliënt was gevolgd. Het ligt toch wel voor de hand, dat zijn cliënt het met zijn toelichting: de beslissing waarbij U het proces door mijn toedoen hebt verloren, is de betere, maar moeilijk eens zal zijn. Dat de cliënt ging procederen betekent immers in de normale gevallen reeds, dat hij zich ten doel stelde het proces te winnen. Het proces winnen is voor hem zonder meer het betere.

Dat noch de cliënt noch de advocaat *ieder* middel te baat mag nemen om die overwinning in het proces te bereiken, en dat de advocaat zoals ik al zei zou weigeren omgekochte getuigen voor te brengen, is iets heel anders dan dat hij voor *iets anders* dan een overwinning voor zijn cliënt mag vechten. Aan de ingang van het proces vindt hij een barricade voor de onbreidelbare zucht tot overwinnen van zijn cliënt: hij heeft de eed gezworen of de belofte afgelegd bij zijn aanstelling tot advocaat, dat hij geen onrechtvaardige zaken zal verdedigen (Advocatenwet), maar dan en daarna is het ook zijn taak de niet-onrechtvaardige zaak van de man of vrouw, de vereniging of de N.V., die hun belangen aan hem toevertrouwden, tot een overwinnende zaak te maken, niet om de objectief best mogelijke beslissing te bevorderen.

Niet anders is het naar mijn mening gelegen in het strafproces. Het gaat er de advocaat niet om dat zijn cliënt de straf krijgt, die hij verdient, maar dat hij geen straf krijgt of een zo licht mogelijke straf. De advocaat is niet het hulpje van de rechter, maar machtig helper van de verdachte in zijn eenzaamheid. Het systeem van de advocaat als lineair helper in het geheel van een 'goede' rechtsbeslissing treffen wij b.v. aan in Sovjet-Rusland. Ik wil niet beweren, dat het dáárom verkeerd is, wel dat zo'n opvatting van de advocatuur typisch past in een gemeenschap, waarvan de doeleinden niet meer ter discussie worden gesteld en waarin men de waarde van het individu afmeet aan zijn betekenis voor de collectiviteit en haar onbestreden doeleinden.

Een misschien wat vreemd voorbeeld als nadere adstructie: de medicus krijgt een patiënt te behandelen met beenklachten. Hij kan die ziekte verhelpen met medicamenten. Hij weet echter dat de man met dat been veel onheil aanricht: hij schopt er regelmatig zijn vrouw en kinderen mee. Zal hij nu maar beslissen om dat been te amputeren? Ik hoef het antwoord niet te geven. Toch zou in primitieve strafwetgeving het 'oog om oog, tand om tand' zich misschien ook tot dat been uitstrekken. De advocaat, die deze straf zou voorstellen of daarmee zou instemmen, kan moeilijk geëerd worden als een dienstverlener aan zijn cliënt, zelfs niet als hij ervan overtuigd is dat er opnieuw met dat been naar vrouw en kind geschopt zal worden.

Wat betekent nu eigenlijk die dienstverlening van de advocaat als 'tegenspeler' in de praktijk? Ik zou dit willen toelichten door wat mij onlangs tijdens een strafzitting in appèl is opgevallen als telkens weer opnieuw ontbreken van dat tegenspel, vanuit een overheersend idee van medewerking. Laat me eerst trachten de sfeer te schetsen, zoals ik die heb ondervonden.

Het was een rustige zitting zonder opzienbarende zaken. Als je dat niet uit je zelf ontdekte kon je het hieruit afleiden, dat er geen Pers was en ook geen Pers kwam. Toch was er een afschuwelijke zaak bij: een verkeersongeval met twee doden en vier gewonden. Dat zo'n zaak voor het gerecht geen aandacht meer trekt is minstens veelzeggend. Er traden zes advocaten op, waaronder vier jeugdige. Geen hunner bleef beneden de maat, enkelen waren goed. De verdachten gedroegen zich uiterlijk rustig, soms te rustig, de meesten zeiden niet veel. de Advocaat-Generaal was ook kalm. Hij geraakte tijdens de behandeling nu en dan in een gewoon gesprek met een verdachte, en als dat niet lukte voelde hij zich ongelukkig en zei bij herhaling: maar U bent toch hier om U te verdedigen. Zijn requisitoiren waren kort en stemverheffingen bleven uit. Maar nimmer was zijn eis lager dan de uitspraak in prima en één keer vorderde hij verdubbeling van een bijkomende straf. De voorzitter leidde de zitting zonder dat ik één typische autoriteitsuiting gewaar werd, in een vreemde mengeling van gemoedelijkheid, ernst en bezorgdheid, allerminst gejaagd en toch werd het tijdschema niet verstoord. De mensen die terecht stonden sprak hij aan als 'verdachte', een gewoonte die mij altijd als aanvechtbaar is voorgekomen, want iemand die aan het eten is, spreek je toch ook niet aan als 'eter', al is dat dan nog zo'n belangrijke verschijningsvorm van die persoon op dat moment. Over de bijzitters past het mij te zwijgen.: zij zàten er bij en deden zo nu en dan hun stuiver in het zakje.

Ik denk, dat velen deze schets van een gewone zitting als gewoon zullen ervaren. Alleen zult U één aspect missen denk ik: achter al dat herkenbare, ja routine-matige bedrijf met zijn vaste clausen, gaat onmiskenbaar spanning schuil. Ik spreek nu niet over die dubbele spanning waarin de verdachte verkeert: de spanning over zijn rol in een stuk, dat hij niet begrijpt en die om wat er met hem en de zijnen straks zal gaan gebeuren. De advocaat heeft aan die spanning naar mijn mening geen deel, al zal hij er weet van en begrip voor moeten hebben. Geen lichtend voorbeeld kan voor hem zijn die oud-confrère van mij, die, geruime tijd geleden gelukkig, wat trots vertelde, dat hij als verdediger aan zijn cliënt altijd allereerst mededeelde welke de maximum-straf op het vergrijp was. Want, zo zei hij, dan kan het later nooit tegenvallen.

Maar ook bij de advocaat heerst spanning, dacht ik. Wat mij daarbij als indicatief voorkomt is de volgende gewaarwording: als advocaat heb ik mij in de zittingszaal altijd als een soort bezoeker gevoeld: ik mocht er komen maar het was niet mijn leefruimte. Toen ik rechter was geworden kreeg ik het gevoel van vertrouwdheid, van thuis zijn in die zittingszaal, de ervaring van een gewone situatie. Nadenkend over dat verschil verklaar ik het zo: het ritueel van de rechtszitting (waarmee ik niet bedoel het plechtigheidsvertoon, dat meestal tegenwoordig ook zo'n vaart niet meer loopt, maar de ordening van de rollen) geeft aan de advocaat, in het bijzonder in het strafproces, een moeilijke positie. Hij en zijn cliënt hebben het laatste woord, dat wel, maar heel vaak bestaat er méér behoefte aan één of meer éérste woorden. Behalve bij getuigen à decharge komt de advocaat ritueel altijd het laatst aan het woord en vaak is dat te laat. Als hij dat inziet en in het belang van zijn cliënt wil handelen, moet hij door het ritueel heen breken en dat is erg moeilijk, omdat hij er geen recht op heeft. Die plaats van de advocaat in het strafproces heeft te maken met het nogal inquisitoriale karakter van ons strafproces. Maar ook met onvoldoende erkenning van de taak van de verdediger, die niet voor niets, naar zijn laatste rol, vaak als *strafpleiter* wordt aangeduid. De advocaat, ik zeg het misschien wat te scherp, vertroebeld door voortijdige tussenkomst het heldere water, waarin de vervolging rustig voortstroomt. En daarom geven we hem 'een plaats' achteraan: dan blijft het water zo lang mogelijk doorzichtig.

En de spanning van de advocaat, zoals ik die heb ervaren en bij anderen heb waargenomen, ook toen ik rechter was, is daarop gebaseerd: zal ik voor deze mens in nood, wiens nood mijn zaak is *in deze constellatie*, kunnen doen, wat eigenlijk gedaan kan en moet worden? Zal ik op tijd aan het woord kunnen komen om te voorkomen dat er voor de hand liggende misverstanden zich vastzetten, zal ik door vooroordelen heen kunnen breken? Kan ik met het gebrekkige hulpmiddel van de taal – die ik op mijn beurt ook maar weer gebrekkig hanteer – de werkelijkheid overbrengen in een toespraak alleen aan het slot?

Maar nu de gevallen.

Een jongeman rijdt 's nachts op zijn fiets naar huis zonder licht. Hij wordt door twee politieagenten op heterdaad betrapt. Zij houden hem aan in de tuin van zijn ouderlijke woning. Hij meent, dat zij daar niet mogen komen en deelt dat ongetwijfeld onvriendelijk mee. De sfeer is beroerd. Er vallen woorden over de haardracht en verstandelijke vermogens, wederkerig. De jongeman weigert zijn naam op te geven, denkt dat dat niet hoeft. Hij wordt daarop tegen zijn zin naar de politiewagen gebracht en vandaar naar het politiebureau. Hem wordt wederspannigheid ten laste gelegd, het misdrijf van art. 180 W.v.Sr.: hij ontkent. 'De politiemensen hadden mij aanstonds zó in de houdgreep, dat ik met mijn neus haast op de grond geen enkel verzet kòn plegen'. De politieambtenaren verklaren als getuigen dat de jongen wel in de befaamde andere richting heeft geduwd en getrokken; over de plaats waar dit gebeurde stemmen zij niet precies overeen.

De advocaat zegt in een overigens goed pleidooi: ik weet niet of ik verdachte moet steunen in zijn ontkenning tegen twee beëdigde verklaringen in; de mogelijkheid is klein, dat hij geen verzet heeft gepleegd.

Ik ga geen lange commentaren geven op deze zaken. M.i. is een kleine mogelijkheid voldoende om de verdachte te steunen, maar de raadsman conformeerde zich, dacht ik, bij voorbaat, aan een oordeel dat hij bij de rechters aanwezig achtte: dat de getuigen niet alleen niet opzettelijk onwaarheid zouden spreken, onder ede, maar zich ook niet in hun waarneming konden vergissen. Ik zou menen, dat de advocaat als tegenspeler tot taak heeft een vooronderstelde mening bij rechters op allerlei manieren te ondergraven, als dat zinvol is, juist niet van dat waarschijnlijk oordeel als onherroepelijk uit te gaan, zolang er een kans is dat niet zonder enige redelijke twijfel komt vast te staan, dat verzet is gepleegd.

Een volgende verdachte wordt oplichting ten laste gelegd. Hij heeft, zo zegt hij zelf, van een oud echtpaar, dat hij goed kent, geld losgekregen door een onwaar verhaal op te hangen – samenweefsel van verdichtsels. Maar het was niet zijn bedoeling dat geld niet terug te geven, hij wilde het lenen, omdat hij drinkgeld nodig had en pas de volgende dag een sociale uitkering zou krijgen. De verdediging voert aan: 'mensen als mijn cliënt beschouwen het niet als oplichting als zij een smoesje verzinnen om geld te lenen. Zij menen dat het pas fout is, als niet de bedoeling voorzit om het geld terug te geven. Die bedoeling had mijn cliënt wel en hij heeft het geld ook kort daarna teruggegeven', om dan te vervolgen: 'ik kan niet achter mijn cliënt gaan staan om vrijspraak te vragen'. De vraag die toen bij mij rees was: 'waarom niet'? Is die volksovertuiging niet verdedigbaar, eist oplichting niet het oogmerk om zich wederrechtelijk te bevoordelen en is dat oogmerk aanwezig als men onder valse voorwendsels eens iets leent?

De zaak lag moeilijker omdat de politie heel snel tussenbeide was gekomen en de terugbetaling pas daarna had plaatsgevonden, maar dat was niet de reden waarom de vrijspraak niet werd gesteund: had het er niet veel van weg dat de verdediging zonder

meer aannam, dat de rechters de handelwijze van die cliënt wel een gemene streek zouden vinden en dus strafwaardig? En dat confrontatie bij voorbaat aan een verondersteld oordeel bij de rechters plaatsvond, een oordeel dat in deze vorm – ik kan er verder niet veel over zeggen – wellicht in het geheel niet bestond.

Over het derde geval dan nog. Het betrof 36 lid 1 en 2 W.V.W.: het ernstige ongeval waarover ik U sprak. Drank was niet in het spel. In eerste instantie was 6 weken onvoorwaardelijk en een stuk voorwaardelijk uitgesproken plus een jaar ontzegging. Terecht m.i. bestreden verdachte en advocaat de grove schuld van eerstgenoemde niet. Tegenspel leveren buiten de grens van het redelijke is onzin. Het ging over de strafmaat. Het O.M. eiste verdubbeling van de ontzegging; de raadsman gaat daarmee accoord. De man kan zijn auto desnoods missen, al is dat lastig, het feit is immers ernstig. Ik verwachtte dan dat dit accoord ingegeven was door de gedachte een tenminste gehele voorwaardelijke gevangenisstraf te bepleiten. Maar nee: 'een geheel voorwaardelijke gevangenisstraf kan ik wel niet bepleiten', zegt de verdediger zo ongeveer en vraagt vermindering van die onvoorwaardelijke straf. Waaròm niet? Omdat de rechters het gebeurde wel afschuwelijk zullen vinden? Daarin komen zij dan overeen met allen, die in de rechtszaal aanwezig waren, ook met de verdachte zelf, een man zonder strafblad, die zegt, zonder dat er enige reden is om aan zijn oprechtheid te twijfelen: 'ik zou graag een zwaardere gevangenisstraf accepteren als het gebeurde daarmee ongedaan kon worden gemaakt.' Ik zag, vanuit die verdediging bekeken, een groot aantal redenen om te trachten deze man uit de gevangenis te houden. Men zou alleen al kunnen denken aan het feit dat in een naburig land alle gevangenisstraffen van minder dan drie maanden onmogelijk gemaakt zullen worden en vervangen door geldboete. En het blijft toch altijd een door het gevolg bepaald delict. Wat deze man deed gebeurt in Nederland per dag talloze malen, meestal ongestraft omdat het ongemerkt blijft, soms bij betrapping als er geen ernstig ongeluk gebeurt volgt er een straf van een geldboete en eventueel een kleine ontzegging. Generale preventie? Maar het is bij uitstek niet de taak van de advocaat zijn verdediging door dat vanuit het individu zo aanvechtbare instituut mee te laten bepalen? Daar zijn toch anderen voor?

Het zijn drie gevallen, allen uit een zeer beperkt waarnemingsveld, waarin het tegenspel van de advocaat naar mijn gevoel volstrekt niet vanuit rabulistiek, chicaneus gedoe of formalisering zijn oorsprong zou nemen, maar vanuit een ander inzicht in de taak van de verdediging. Dat ik er op kwam, dat ik van zulk een verdediging op die punten meer verwachtte dan de werkelijk gevoerde, betekent niet, dat ik zou menen dat de rechter er door overtuigd zou worden, maar wel dat de rechter, als zo de verdediging gevoerd was, daarmee rekening had moeten houden; hij zou het niet als praat voor de vaak naast zich neer hebben kunnen leggen. Het tegenspel maakt de beslissing van de rechter moeilijker, maar zijn beslissingsmateriaal volledíger. Wat hij, de rechter, van de advocaat verwacht, zal van zijn instelling afhangen, van wat hij gewend is als rechter. Maar doet die verwachting zo veel ter zake? Gaat het er niet veel meer om wat de cliënt mag verwachten, omdat dat het beslissingspatroon van de rechter, ook voor zover het voor de cliënt van positief belang is, beïnvloedt?

Er is niet geringe aandrang op mij uitgeoefend een aantal stellingen op papier te zetten. Aan dit verzoek heb ik geen gevolg gegeven. Ik betuig mijn spijt en geef de reden.

Enige tijd geleden kwam er in Nijmegen een gast-hoogleraar, woonachtig achter wat vroeger meer dan nu het IJzeren Gordijn wordt genoemd, een filosoof. Ik er naar toe, want ik dacht: als ik ooit zekerheid te pakken kan krijgen, hetzij in positieve,

het zij in negatieve zin, dan toch wel nu, nu een marxistisch hoogleraar in de wijsbegeerte, die uitgezonden wordt naar een kapitalistisch land met een imperialistisch verleden te aanhoren valt. Ik ben nooit zo beschaamd geweest als toen en zelden zo tevreden, want het gastcollege van deze wijsgeer, dat een vol uur duurde – zij kennen daar onze kwartieren niet – bestond enkel en alleen uit welgeteld en door hem keurig opgesomd 74 vragen. Meer dan de helft ervan begreep ik niet eens, maar dat is een andere zaak. Ik bedoel te zeggen, ik heb er niets tegen als anderen stellingen aanplakken of uitspreken, maar als ik zelf ooit een stelling opstel – een stellige stelling, een die iets flinks, iets kordaats te bieden heeft – zie ik bijna steeds direct daarna dat ik het met die stelligheid van die stelling niet helemaal eens ben. Zelfs wat ik U nu heb voorgehouden in deze, hoop ik, wat wikkende vorm, komt mij hier en daar al als rijkelijk stellig voor. Het is hoogstwaarschijnlijk ook weer niet noodzakelijk zo, als ik veronderstelde.

Ik zou nog graag één zaak in mijn verhaal betrekken. In onze gecompliceerde maatschappij met zijn snelle veranderingsprocessen groeit de hoeveelheid rechtsregelingen onrustbarend. Te zeggen dat niemand dat geheel meer kan overzien, ook geen jurist, is allang overbodig. Maar al die regelingen binden wel, zij het vaak maar op deelterreinen of voor bepaalde groepen. Gelijktijdig, en m.i. zeker niet alleen als reactie daarop, groeit in onze maatschappij het individuele vrijheidsbesef. Er is wel gezegd, ook in juridische verhandelingen van de laatste tijd, dat de tijd van het individuele, van het liberale, voorbij is, dat nu ook in het Recht het collectivum, de gemeenschap, het geheel, de eerste aandacht dient te krijgen. Is dat wel zo waar, kan het niet zo zijn dat dit individualisme en liberalisme, dat men bestrijdt, het individuele vrijheidsbelang van *weinigen* was en dus een egocentrisch gericht eigenbelang dat tegenover alle anderen werd doorgevoerd? Om daaraan paal en perk te stellen werden die anderen, als individuen machteloos, tot collectiva, tot machtsgroepen. Maar op het moment dat zulke groepen de solistische macht van de kleine bevoorrechte groepen enigszins hebben geliquideerd, als de politieke democratie middels collectivering van eerst machteloze en dus ontrechte groepen doorbreekt, ontstaat in die gecollectiveerde samenstellen het besef van ieders eigen individualiteit, de idee van de maatschappelijke democratisering. Uiteindelijk gaat het om het welzijn, de ontplooiing in vrijheid van het individu, maar dan van elk individu. Het is een paradox van onze samenleving dat dit groeiend besef van velen, dat zij mede moeten kunnen bepalen in welke sfeer zij zullen leven, wonen en werken en vrij zijn, pas kan beginnen te ontstaan in een welhaast overgereglementeerde samenleving. Maar het leven zit nu eenmaal vol van dergelijke tegenstrijdigheden. Wij moeten er mee leren leven, zegt men, maar dat gebeurt in ieder geval niet door voor één van die aspecten de ogen te sluiten. De rechten en vrijheden van weinigen, welke weinigen zich dan soms weer in *economische* collectiviteiten verenigden, hebben altijd bij de advocatuur steun en stut kunnen vinden. Van de anderen waren de rechten lang zo minimaal, dat de advocatuur lange tijd, tot na de oorlog, de verdediging daarvan als een erezaak kosteloos op zich kon nemen. Maar thans hebben ook de anderen rechten en groeit bij hen het besef daarvan. Die rechten liggen vaak op een ander terrein: ik hoef ze niet op te sommen. De advocaat als deskundig dienstverlener zou wel grotelijks tekortschieten als hij ook de belangenbehartiging van deze individuen in nood niet op zich nam en daarvoor gemakkelijk bereikbaar was. Die befaamde drempelvrees heb ik altijd nogal belachelijk gevonden. Zitten de wachtkamers van onze huisartsen niet dag aan dag vol, ook met mensen, die allerlei geringe klachten hebben, waarom zou daar de drempelvrees niet bestaan? Zijn de huizen waarin de artsen hun

praktijk uitoefenen zoveel simpeler en uitnodigender dan de kantoren van de advocaten? Is het niet gewoon een zaak van organisatie en financiering van die rechtshulp, die geboden is? Moet iemand met een huurprobleem niet even gerust naar zijn advocaat kunnen stappen als iemand met buikpijn naar de huisarts? Onverschillig of hij boven of beneden de loongrens zit? Waarschijnlijk komt die buikpijn trouwens van het huurprobleem, en zo zou de advocaat de arts zelfs enigszins kunnen ontlasten. Maar de huidige regeling van wat nu nog Pro Deo-zaken heet, is wel in het geheel niet in staat deze nood adequaat op te vangen, allereerst omdat zij hoofdzakelijk gericht is op hulp bij procedures, alsof men pas bij de medici terecht zou kunnen komen als men een operatie moet ondergaan. En vervolgens niet omdat zij een soort financiering heeft, die – ik praat niet eens over de hoogte ervan – in strijd komt met iedere moderne regeling van financiering en organisatie van algemene en gevaarlijke euvels. Onder afschaffing van de naam of verbetering zal ook, denk ik, de advocaat fondspatiënten als een gewoon verschijnsel moeten gaan zien.

Ik denk dat de Orde terwille van het individu in rechtsnood – waartoe in de toekomst meer en meer van tijd tot tijd een ieder zal gaan behoren – aan die opgaaf hard en zonder afhouden zal moeten gaan werken. Ik acht dat belangrijker dan de herziening van de organisatie van de rechterlijke macht, tenzij men dat als een onderdeel ervan zou beschouwen en dan zou het het belangrijkste onderdeel zijn.

Ik vrees dat ik maar weinig opzienbarends heb medegedeeld en zelfs helemaal geen stellingen. U kent allemaal het boekje van, Calamandreï: Lof der Rechters. Het is geschreven door een advocaat en gaat dus, de titel ten spijt vooral over advocaten. Daarvan is niet zo lang geleden een Duitse tegenhanger verschenen: Kunst des Rechtsanwalts, geschreven door H.J. Maier, rechter. U begrijpt dus, waar hij in hoofdzaak over spreekt.

Maar van de advocaten zegt hij toch dit:

Der Richter steht in der Totalität des Rechts... Für ihn gilt nur das schreckliche Wort: Rechtsstandpunkt. Der Verteidiger hingegen verkörpert den freien Menschen schlechthin... Er hat offenbar den Spannungsfeld zwischen Ordnung und Freiheit verlassen und sich ganz auf die Seite der Freitheit gestellt.

Zo is het steeds opnieuw de taak van de advocaat de rechters te overtuigen van 'die Fragwürdigkeit und Bedingtheit des Rechts selbst', en dat kan hij, de advocaat, omdat hij 'im Recht steht... und ausserhalb des Rechts'.

Is dat, zo vraag ik, een vaststelling of een durende opgaaf?

13B. De onafhankelijke advocaat als werknemer

1. De Consumentenbond, gevestigd te 's-Gravenhage stelt zich ten doel de belangen van de consument te verdedigen. De Bond is, juridisch, een vereniging met rechtspersoonlijkheid. De leden betalen een bescheiden jaarlijkse contributie. Consumentenvoorlichting door middel van publikatie van vergelijkend waren- of dienstenonderzoek is een der langzaamaan wel algemeen bekende activiteiten van deze Bond. Daarnaast heeft zich behalve individuele informatieverschaffing inzake aankopen, sinds 1968 op vrij grote schaal ontwikkeld een juridische service ten aanzien van individuele klachten over afwikkeling van contracten in de consumentensfeer. In 1971 kwamen bij de Bond ruim 8000 van zulke klachten binnen. In de helft van die gevallen bereikte de Bond buiten rechtsgeding een bevredigend resultaat voor het klagende lid. In de andere helft van de gevallen wordt soms geprocedeerd. Dit gebeurt op naam van de cliënt, maar op kosten van de Bond en met juridische hulp, die ofwel door het daartoe bevoegd personeel van de Bond wordt geboden, of – als dat nodig is – door een advocaat die de Bond aanwijst, terwijl de juridische afdeling van de Bond de gehele procedure ook van zeer nabij begeleidt. Onderscheiden wordt dus tussen *juridische ledenservice,* waarop de leden *recht* hebben, als zij schriftelijk advies aanvragen onder betaling van f 1,50 voor kosten, en *rechtsbijstand,* die voor de leden een gunst is. Het merendeel van de consumentenklachten ressorteert in eerste instantie, *als* het tot een procedure komt, onder de Kantonrechter, met name sinds de verhoging van diens competentiegrens tot f 1500. Niet zo vaak is dus de hulp van een advocaat formeel vereist.

Waarom verleent de Bond in sommige gevallen rechtsbijstand?

Een van de redenen is de onoverzichtelijkheid van en de moeilijke toegankelijkheid tot het verkrijgen van recht in op zichzelf niet onbelangrijke consumentenkwesties.

Het *voornaamste* doel is echter het verkrijgen van meer jurisprudentie in consumentzaken, opdat zowel het publiek als de leveranciers een duidelijker beeld zullen krijgen van wat mag en niet mag, kan en niet kan, behoort en niet behoort.

De Bond kiest zelf de gevallen uit, waarin een proces zal worden gevoerd en gebruikt daarbij toetsingscriteria door een Begeleidingscommissie uit het bondsbestuur opgesteld.

Zij heeft in een brief aan de Commissie-Wiersma de wens geuit om in ruimer bestek dan thans blijkens wet en rechtspraak mogelijk geacht moet worden, als organisatie *op eigen naam* te kunnen optreden teneinde de belangen van bepaalde leden/consumenten in het bijzonder en/of van de consument in het algemeen in rechte geldend te maken.

Zie ik het goed dan zou optreden op eigen naam van de Bond ten behoeve van de belangen van de *consument in het algemeen* aanvaarding van een soort class-action

vereisten. Daarover is het laatste woord voorlopig nog niet gesproken. Integendeel, wij zijn pas aan de beginwoorden toe.[1]

2. Het voorgaande diende om wat helderder te maken binnen welke contouren het verzoek van mej. E.M.S. – in dienst bij de Consumentenbond en verder te noemen: verzoekster – tot inschrijving als advocaat en procureur (met behoud van haar dienstbetrekking en ter uitvoering daarvan) alsmede de verdere lotgevallen in deze zaak moeten worden gesitueerd.

Die lotgevallen zijn de volgende:

De Raad van Toezicht, die het aanging, verzette zich tegen deze inschrijving, daar hij gegronde vrees aanwezig achtte, dat verzoekster als advocaat inbreuk zou maken op de voor advocaten geldende wetten, verordeningen en besluiten of dat haar inschrijving uit anderen hoofde de eer van de stand der advocaten zou schaden (art. 4, lid 2 sub b Advocatenwet; art. 64 verklaart dit artikel m.m. toepasselijk op inschrijving als procureur).

Verzoekster, voor wie als raadsman mr. Martens optrad, deed beklag tegen dit verzet. Bij beschikking van 25 maart 1974 heeft het Hof van Discipline dit beklag afgewezen. Aan verzoekster is de inschrijving dus geweigerd.

3. Wat was de grond van die weigering?

De Raad en het Hof zijn hierin niet eenstemmig.

Na aandachtige lezing en analyse van de beslissing van de Raad ben ik tot de slotsom gekomen, dat deze zijn verzet grondt op het feit, dat uitoefening van de praktijk (ik zeg er voor het laatst bij: als advocaat en procureur) *ter vervulling van de verplichtingen,* die voor de betrokkene voortvloeien uit een dienstbetrekking met personen of instellingen buiten de balie, op zich genomen reeds de gegronde vrees, bedoeld bij art. 4 lid 2 sub b Advocatenwet oplevert en dus als zodanig grond is voor weigering van de inschrijving. In een eerdere opzet van dit artikel had ik dit nogal omstandig toegelicht. Ik twijfel nu echter aan het nut daarvan, want de zaak is eigenlijk nogal duidelijk en zelfs als ik mij vergis blijft staan, dat het Hof er wezenlijk anders over oordeelde.

Ik volsta nu met citering van een deel van de laatste overweging van de Raad:

> dat aan het voorafgaande niet kan afdoen, dat (verzoekster) van de Bond de toezegging heeft verkregen, dat deze Bond haar werkneemster ... ten aanzien van het verlenen van rechtshulp in de kwaliteit van advocaat en procureur geheel vrij zal laten in de beslissing òf en hoe zij bepaalde zaken voor de leden van de Bond wil behandelen al was het maar omdat daarmede de uitoefening van de praktijk toch niet volledig uit het dienstverband van (verzoekster) resp. van de vervulling van de daaruit voor laatstgenoemde voortvloeiende verplichtingen is losgemaakt op een wijze dat zij met de uitoefening van een zelfstandig beroep is gelijk te stellen...

Dit mag men toch wel zo vertalen: doe wat je wilt (geef verzoekster alle vrijheid als advocate) wie in 'vreemde'[2] loondienst de advocatuur uitoefent kan haar toch niet als ware het een zelfstandig beroep uitoefenen, want 'never the twain shall meet'.

1. Dit is een soms vrij letterlijke weergave van gegevens uit het Maandblad van de Consumentenbond en uit publikaties in het Rapport Wiersma: Gedachten over de toekomst van de rechtspleging, afkomstig van woordvoerders van de Consumentenbond. De wens van de Consumentenbond op eigen naam te kunnen procederen in zaken die het belang van de consument in 't algemeen raken moet m.i. geheel los gezien worden van de kwestie, die in dit artikel besproken wordt.

2. Wij spreken namelijk niet over de advocaat in loondienst bij andere advocaten noch over de advocaat die een (al dan niet juridische) dienstbetrekking vervult naast zelfstandige uitoefening →

Diep in mijn hart voel ik wel iets voor dit eenvoudig standpunt, al was het maar omdat het hooggestemde verwachtingen, die toch niet vervuld worden, kan voorkomen. Maar dat de roerselen van mijn hart hier bijzonder weinig terzake doen, zal ik ze niet uit de diepte opgraven.

4. Het Hof van Discipline acht 'in afwijking van een vroeger vrij algemeen in de balie gehuldigde opvatting ... *niet on*aanvaardbaar':

> uitoefening van de praktijk als advocaat en procureur ter vervulling van verplichtingen, welke voor de betrokken advocaat en procureur voortvloeien uit een dienstbetrekking met personen of instellingen buiten de balie.

Aan de voor advocaten geldende wetten, verordeningen en besluiten en aan de ereregelen voor advocaten ligt dus volgens het Hof niet de *vooronderstelling* ten grondslag, dat praktijkuitoefening ter vervulling van verplichtingen uit dienstverband ongeoorloofd is, zoals de Raad meende. Is zo'n dienstverband geconstateerd, dan is daarmee de inschrijving niet van zo'n dienstverband geconstateerd, dan is daarmee de inschrijving niet van de baan. Deze beslissing is *als principe-uitspraak* belangrijk. De figuur van de advocaat-werknemer wordt in hoogste instantie gesanctioneerd.

De verdere gedachtengang van het Hof ontwikkelt zich in beperkende zin en wel als volgt:

Het dienstverband van de advocaat *kan* zijn onafhankelijkheid ondergraven, maar dat behoeft niet het geval te zijn, zeker niet als er waarborgen zijn voor het behoud van die onafhankelijkheid.

Wij moeten twee gevallen onderscheiden:

a. de verhouding van deze advocaat tot zijn cliënt, als die tevens zijn werkgever is.

b. de verhouding van deze advocaat tot zijn cliënt, als die niet is zijn werkgever en als de belangen van de cliënt 'niet dezelfde zijn' als die van de werkgever van de advocaat.

Over *a* behoeven wij niet veel te zeggen. De Ereregelen 1968 verklaren in regel 25 ongeoorloofd het optreden van de advocaat in rechte voor de persoon of instelling, tot wie of waartoe hij in dienstverband staat. Het vermoeden van ondergraving der onafhankelijkheid van de advocaat ten opzichte van zulk een cliënt wordt in dit geval zo sterk geacht, dat het niet weerlegbaar is. De beslissing van het Hof kan dan ook slechts betrekking hebben op de advocaat in de sub *b* bedoelde gevallen. In ons geval klopt dat met de feiten, want vaststaat, dat verzoekster, wèrd zij ingeschreven, niet als advocate zou optreden van de Bond als procespartij.

In de sub *b* bedoelde gevallen acht het Hof de onafhankelijkheid van de advocaat-werknemer bedreigd, als de belangen van de werkgever, die hij dient, *niet samenvallen* met die van de cliënt. Een speciale bedreiging van de onafhankelijkheid van de advocaat in zijn verhouding *tot de cliënt* bestaat dus niet. Men zou zelfs kunnen zeggen, dat hier in het geding is, de *onafhankelijkheid van de cliënt jegens zijn advocaat,* op die terreinen waar de zelfstandige advocaat geen dominus litis is: het aanspannen der procedure, voortzetting daarvan, aanvaarding van schikkingsvoorstellen enz.

→ van de praktijk, noch over samenwerkingsverbanden waarin beoefenaren van andere vrije beroepen zijn opgenomen noch over n.v.'s of b.v.'s die de uitoefening van de advocatuur ten doel hebben. Al deze vormen van beroepsuitoefening zijn onder omstandigheden geoorloofd.

Op grond van de verwerping van een *mondelinge* toezegging als onvoldoende wegens het gewicht van de zaak ('mijn werkgever is bereid mij geheel vrij te laten in de beslissing of en hoe ik bepaalde zaken voor leden wil behandelen') en van een aantal met name genoemde omstandigheden, kan het Hof slechts concluderen:

> dat degene, die in dienst van de Consumentenbond rechtsbijstand aan de leden van de Bond verleent als hiervoor nader omschreven, niet onafhankelijk van de Bond zijn taak vervult, immers zich in belangrijke mate moet laten leiden door de belangen van de Bond, ook waar deze niet met die van de cliënt samenvallen.

5. Reeds in de aanvang van dit artikel vermeldde ik, dat het verlenen van rechtsbijstand door de Bond als *voornaamste* doel had het verkrijgen van jurisprudentie in consumentzaken. Pas daarna komt het belang van de cliënt, dat een zelfstandige betekenis krijgt, als hij er door de ingewikkeldheid niet uit kan komen.

Het zeer vakkundig opgestelde beklagschrift bevestigt, echter zonder een duidelijke rangorde op te stellen, deze tweeledige doelstelling:

> De Consumentenbond streeft daarmee (d.i.: met het verlenen van rechtsbijstand) niet slechts behartiging van de individuele belangen van zijn betreffende leden, maar óók het algemeen consumentenbelang na, omdat het uitdrukkelijke – en voor de leden kenbare – doel van het verlenen van rechtsbijstand mede is het vormen van jurisprudentie...

Voorts wordt in dit beklagschrift gesteld, dat de Consumentenbond alle aan rechtsbijstand verbonden kosten, ook die van het proceskostenrisico voor haar rekening neemt, waartegenover het betrokken lid ermee akkoord gaat, dat

> de Consumentenbond – dat wil in feite zeggen: de advocaat die de rechtsbijstand voor rekening en risico van die Bond verleent – zich t.a.v. de wijze waarop die rechtsbijstand wordt verleend, mede mag laten leiden door overwegingen van algemeen consumentenbelang.

En tenslotte wordt daarin aangevoerd, dat de vrijheid die de behandelende advocaat heeft, hem in de gelegenheid stelt er voor te waken

> dat het individuele belang van het betrokken lid van de Consumentenbond en het algemeen consumentenbelang op redelijke wijze tegen elkander worden afgewogen.

Op dit laatste punt – maar daar dan ook alleen – heb ik tegen het beklagschrift bezwaar. Ik zou menen, dat de vrijheid van de advocaat zich in ieder geval moet richten op het (legitieme) belang van zijn cliënt. Bestaat zijn vrijheid echter in afweging van dat legitieme belang tegen een voor de cliënt vreemd en strijdig belang dan is daarmee de onafhankelijkheid van de advocaat in gevaar gebracht in de zin die zij hier heeft, namelijk zijn vrijheid om ondanks de invloed van derden het belang van de cliënt volledig te verwerkelijken. De afweging in vrijheid kan immers in het nadeel van het belang van de cliënt uitvallen. Voert men daar tegen aan, dat de cliënt met het risico van die afweging toch heeft ingestemd in ruil voor gratis rechtshulp, dan antwoord ik, dat juist het scheppen van de situatie, waarin de cliënt met de mogelijkheid van een afweging in zijn nadeel akkoord gaat, voor de advocaat, die zijn cliënt wil dienen, onaanvaardbaar is. Het uitoefenen van de praktijk in dienstbetrekking onder deze clausule, zou naar mijn stellige overtuiging, gezien de kans dat daarbij het belang van de cliënt doelbewust werd geofferd aan een vreemd belang, reden genoeg zijn om de inschrijving te weigeren of een inschrijving door te halen. Maar

de zaak ligt geheel anders, als de laatste zinsnede uit het beklagschrift aldus had geluid (en m.i. had zij zo kunnen luiden, zonder de feiten geweld aan te doen):

> dat de vrijheid van de behandelende advocaat hem in de gelegenheid stelt ervoor te waken, dat waar de belangen van het betrokken lid van de Consumentenbond en het algemeen consumentenbelang niet samenvallen, nastreving en doorzetting van het algemeen consumentenbelang het belang van het betrokken lid niet schaadt.

6. Deze formule alleen kan dan ook de schijnbare tegenstrijdigheid verzoenen, die bestaat tussen de aanvaarding – in principe – van een advocatuur ter vervulling van verplichtingen uit dienstverband voortvloeiende en de eis van een onafhankelijk uitgeoefende advocatuur. De noodzaak te voldoen aan de verplichtingen jegens een derde (de werkgever van de advocaat), diens belang als advocaat te dienen, betekent steeds het schenden van belangen van cliënten, als deze daarmee strijden.

Deze strijdigheid bestaat, ondanks zulks een dienstverband niet, in twee groepen van gevallen:

a. de werkgever verklaart: uw verplichtingen als advocaat, voortvloeiend uit uw dienstverband met mij, houden (slechts) in, dat U in door mij aangewezen gevallen (in door ons overeengekomen gevallen) rechtsbijstand verleent aan personen, die dit wensen, dit alles voorzover U als advocaat U gerechtigd acht deze bijstand te verlenen en naar de wijze die U goedvindt en die geboden wordt door Uw verhouding met elke cliënt.

b. de werkgever verklaart als onder a. vermeld, maar voegt daaraan toe: U moet mijn verderliggende bedoelingen ten aanzien van het verlenen van die rechtsbijstand – bijv. het vormen van jurisprudentie van consumentenrecht – in de gevallen, die ik aan U toewijs zoveel mogelijk doorvoeren – het is mijn voornaamste doel – ook al eist het belang van Uw cliënt dit niet. Maar dit moet geschieden met goedvinden van de cliënt en zonder dat diens belangen daar ooit door geschaad worden. Wanneer doorzetting van mijn doeleinden het belang van de cliënt in gevaar kan brengen, garandeer ik U en de cliënt dat het nadeel daarvan in elk geval door mij zal worden gedragen, eventueel door vergoeding aan Uw cliënt.

Eenvoudig gezegd: vallen de belangen samen (omdat de werkgever geen andere belangen opeist dan die welke de belangen van de cliënt zijn), dan is er geen probleem. Vallen de belangen niet samen, dan moet de advocaat – ook als hij in dienstbetrekking is – in ieder geval het belang van de cliënt volledig handhaven, ook als hij vreemde doeleinden nastreeft.

7. Zien wij nu naar de beslissing van het Hof inzake de acht omstandigheden die tot de conclusie leiden: de advocaat in dienst bij de Bond moet de belangen van de Bond behartigen ook als die *niet samenvallen* met die van de cliënt, dan meen ik te kunnen vaststellen, dat die acht aangevoerde omstandigheden, die natuurlijk vooral door hun veelheid moeten overtuigen, niet óók tot de conclusie kunnen voeren, dat zulk een advocaat de belangen van de Bond moet blijven voorstaan *als die strijden* met het belang van degene, die als cliënt zijn zaak heeft toevertrouwd aan de advocaat van de Bond.

De eerste omstandigheid is deze: de advocaat in loondienst kan slechts rechtsbijstand verlenen in zaken waarin de bond een principieel belang ziet.

Dat de cliënten door de Bond worden uitgekozen en wel meestal naar gelang van de aard van hun zaken, tast echter de onafhankelijkheid van de advocaat niet aan. Het is doodgewoon een uitvloeisel van het feit, dat de leden geen *recht* hebben op rechtsbijstand, die ten laste van de Bond komt. Iets anders zou het zijn als de Bond vervolgens kon voorschrijven aan de advocaat, dat hij iedere door de Bond goedgekeurde zaak *moest* behandelen. Dat is echter duidelijk niet het geval.

Men zou zich nog kunnen afvragen: maar als zo'n advocaat nu een zaak wenst te behandelen op verzoek van een cliënt, hoewel de Bond daarvoor niet wil betalen, moet dat dan niet mogelijk zijn? Ik zou zeggen, dat als men de advocaat in dienstbetrekking aanvaardt, daarmee óók de consequentie is aanvaard, dat de advocaat er geen eigen praktijk op na houdt, althans dat hem dit verboden *kan* worden. Daarbij wil ik wel uitdrukkelijk zeggen, dat ook de advocaat in dienstbetrekking – en daarmee diens werkgever – zijn deel moet aanvaarden van de lasten die de advocatuur in het algemeen belang te dragen krijgt in de vorm van (nog niet voldoende betaalde) toevoegingen in civiele zaken en strafzaken.

Ik denk, kortom, dat de acceptatie van de werknemer-advocaat meebrengt, dat de personen en instellingen voor wie zulk een advocaat optreedt, in ieder geval in eerste selectie – wìe wèl, wìe nièt doorsturen naar de advocaat – bepaald zullen worden vanuit de situatie van de werkgever. Een andere gedachtengang zou tot de absurde conclusie leiden, dat de advocaat-werknemer ter vervulling van zijn dienstverband de volledige vrijheid zou moeten hebben diegene rechtsbijstand te verlenen, die zich bij hem aandienen en die hij aanvaardt.

Vervolgens wordt aangevoerd – *tweede omstandigheid* – dat het initiatief tot het verlenen van rechtsbijstand veelal uitgaat van de Consumentenbond. Alleen wanneer daarmee bedoeld zou worden, dat de Bond zonder dat de cliënt daarmee akkoord gaat, opdracht geeft tot het voeren van een procedure op naam van de cliënt, zou die situatie de onafhankelijkheid van de advocaat ten opzichte van zijn quasicliënt aantasten. Maar van zulk eigenmachtig optreden is doodgewoon geen sprake. De omstandigheid houdt dus niets anders in, dan dat het eerste idee om naar aanleiding van een ingediende klacht te gaan procederen, vaak van de Bond zal uitgaan. Hoe dat het belang van de cliënt, die kan weigeren of toestemmen, of de onafhankelijkheid van de advocaat terzake van de belangen van zijn cliënt kan schaden, is mij een raadsel.

De *derde omstandigheid* is een soort uitbreiding van de eerste twee. Gesteld wordt, dat de vraag of de Bond de kosten van een proces op zich zal nemen, wordt beslist door de 'stafvergadering' van de Bond. Ik kan er niet meer van zeggen, dan dat het redelijk is, dat, waar niet ieder die juridische klachten heeft recht heeft op gratis rechtshulp, een – zo bevoegd mogelijke – instantie uitmaakt, wie daar wel voor in aanmerking komen.

Zegt men nu: zo'n advocaat-werkgever moet wil hij onafhankelijk zijn zelfstandig de beslissing hebben over a. de vraag of de zaak wegens haar principieel karakter voor behandeling met kosteloze bijstand in aanmerking komt b. de vraag of aan de cliënt zal worden voorgesteld dat er zal worden geprocedeerd c. de vraag of rechtsbijstand zal worden verleend (die bijna samenvalt met a), dan antwoord ik, dat dat allemaal betreft onafhankelijkheid van de advocaat in dienstbetrekking tegenover zijn werkgever, die in strijd is met het uitgangspunt dat hij als werknemer de praktijk moet uitoefenen ter vervulling van de verplichtingen uit zijn dienstverband. Bovendien kan iedere vereniging aan de haar adviserende advocaat, die in het geheel niet in dienstverband tot haar staat, meedelen welke zaken van welke van haar leden hij

op kosten van de vereniging kan behandelen, kan het bestuur van zo'n vereniging een lid voorstellen te gaan procederen enz.

De *vierde* en de *vijfde* omstandigheid veronderstellen voor het eerst een strijd tussen het belang van de individuele cliënt en het algemene consumentenbelang dat de Bond ook behartigt. Wat 4. betreft heet het: dat indien in een procedure door de tegenpartij een regelingsvoorstel wordt gedaan dat voor het lid van de Bond acceptabel is, de bond niettemin tot procederen (doorprocederen?) kan besluiten, indien de principiële aspecten van de zaak zwaar wegen, zij het dat de bond alsdan aan het lid datgene garandeert, wat het voorstel hem zou hebben opgeleverd.

Ik zou kortweg menen, dat dit een geval is, waarin de belangen van cliënt en Bond wel niet samenvallen, maar waarin de advocaat de zekerheid heeft dat nastreven van het belang van de Bond – een uitspraak voor de jurisprudentie – het belang van de cliënt niet schaadt. Ik heb reeds gezegd, dat ik voor doorzetting of aanvangen van de procedure in zo'n geval toestemming van de cliënt nodig acht, omdat de advocaat anders zonder volmacht van zijn lastgever handelt. Mij is van zeer bevoegde zijde met klem verzekerd, dat die toestemming absolute voorwaarde is voor het aanvangen of doorzetten van de procedure in deze omstandigheden.

De *vijfde omstandigheid* is wat buitenissig. Ik vat haar zo samen: de tegenpartij van een lid van de Bond stelt tegen deze een vordering in. De vordering wordt doorgestuurd naar de Bond. Deze voert namens de cliënt verweer. Dan hult de wederpartij zich in een langdurig en compleet zwijgen. Opnieuw zou nu onder omstandigheden (die wel weer betrekking zullen hebben op het principiële van de zaak) de Bond deze zwijgende tegenstander tot activiteit kunnen prikkelen, met als mogelijk gevolg voor de cliënt, dat hij toch nog geheel of ten dele moet betalen. Dat activeren gebeurt echter weer niet zonder overweging van de zijde van de Bond welke garanties aan het lid moeten worden geboden opdat zijn individuele belang niet wordt geschaad door de activiteiten vanuit het oogpunt van algemeen consumentenbelang. Dus opnieuw wordt het belang van het lid van de Bond veilig gesteld. Ook hier geldt dat het pesten van de tegenstander; kom op als je nog durft, slechts geschiedt – het is mij met aandrang verzekerd – als de cliënt het goedvindt.

De *zesde omstandigheid* betreft het bewaren van de procesbescheiden bij de advocaat of de consumentenbond nadat de zaak is afgedaan. De cliënt heeft er zich vooraf mee akkoord verklaard, dat hij die stukken slechts kan terugkrijgen tegen betaling van de kosten van copieën. Hier moet natuurlijk de cliënt iets betalen terwille van het belang van de Bond, maar ik vind dit, gezien het feit, dat de zaak geheel kosteloos wordt behandeld, toch een bijzonder gezocht argument en ik zie niet in hoe dit de onafhankelijkheid van de advocaat werkelijk bedreigt.

De verklaring van de cliënt, inzake het betalen van kosten van copieën houdt ook in – *zevende omstandigheid* – dat hij de Bond het recht geeft omtrent de zaak te publiceren, van de gegevens uit de zaak gebruik te maken en zijn identiteit bekend te maken, al kan hij tegen dat laatste weer schriftelijk bezwaar maken.

De vraag waar het hierbij op aankomt is: kan de advocaat, die de stukken onder zich heeft, deze of gegevens daaruit aan zijn werkgever onthouden, als het belang van zijn cliënt dat eist? Ik zie niet in, dat hij daartoe niet het recht en de plicht zou hebben, indien het belang van zijn cliënt dat zou meebrengen.

Tenslotte wordt aangevoerd: het beroepsgeheim van de advocaat is niet verzekerd (*achtste* omstandigheid). Welnu wij weten allen: de advocaat is tot het bewaren van zijn beroepsgeheim gehouden tegenover iedereen, niet uitgezonderd zijn werkgever, ook niet als dat een andere advocaat is. Nu is het van tweeën één: òf de uitvoering

van de praktijk in dienstverband bij anderen dan advocaten, maakt het onmogelijk (doet althans gegronde vrees bestaan) dat het beroepsgeheim tegenover de werkgever wordt gehandhaafd. Dan moet de inschrijving als advocaat ter uitoefening van verplichtingen voortvloeiende uit een dienstbetrekking, zonder meer worden geweigerd, omdat zo'n uitoefening gegronde vrees oplevert, dat de advocaat inbreuk zal maken op deze voor advokaten geldende (vitale) wet. Of men moet de advokaat in dienstbetrekking in het algemeen wel in staat achten zijn beroepsgeheim te bewaren tegenover zijn werkgever. Dan zouden in dit concrete geval bijzondere feiten en omstandigheden aanwezig moeten zijn waarom dat hier niet te verwachten is. Zulke feiten zijn niet alleen niet aangevoerd, men zou geneigd zijn te zeggen, dat het beroepsgeheim bij consumentzaken bijzonder weinig gevaar loopt.

8. Mijn conclusie is dan ook, dat hoewel erkend werd en door het Hof min of meer ten overvloede werd aangetoond, dat het belang van de individuele cliënt van een advocaat in dienst bij de Consumentenbond niet steeds samenvalt met het belang van de Bond, toch niet en zeker niet overtuigend is aangetoond, dat de wijze waarop de Bond eist, dat haar advocaat het algemeen en consumentenbelang zal dienen, *in strijd komt met* het belang van die cliënt, zodat de verwerkelijking van de verplichtingen uit dienstverband ook niet botst met de onafhankelijkheid van de advocaat, opgevat als waarborg tegen aandrang van derden om het belang van zijn cliënt te veronachtzamen of achter te stellen. Juist daar waar door een instelling als de Consumentenbond, belangen worden nagestreefd, die niet op eigen winststreven zijn afgestemd, maar op een goed van een gehele gemeenschap – want wij zijn allen consument en maar sommigen onzer producent – is het van niet te onderschatten betekenis, de verwerkelijking van die belangen, vanuit eigen kring te laten voltrekken. Dat wil zeggen door een advocaat die de onafhankelijkheid ten behoeve van zijn cliënt volledig kan waarmaken naast een grote verbondenheid, een geëngageerd zijn met de belangen van een club, bond of vereniging die velen dient en zich daarop – ondanks juridische moeilijkheden – met verve richt. Het risico van een verloren proces dat de advocaat buiten dienstverband maar al te vaak wil vermijden, moet in een materie als deze afgewogen worden tegen de kans op vernieuwende jurisprudentie, tegen de kans ook, dat een verloren proces indicatief is voor een wetgeving en jurisprudentie die het belang van de consument (dat tot op heden nimmer georganiseerd verdediging vond) op de tocht laat staan. Dat alles kan het best geschieden door bijstand van een 'eigen' advocaat, die bij al zijn doen en laten overigens geheel onder het tuchtrecht van de orde valt. Wanneer, zoals het Hof vaststelt, van verschillende zijde een ontwikkeling wordt bepleit, waarbij meer dan tot dusverre de advocatuur in dienstbetrekking wordt uitgeoefend, dan denk ik dat de realistische rechtvaardiging van dit soort anders niet zo duidelijke pleidooien juist voor een Bond als de onderhavige kan worden staande gehouden. De druk vanuit belangen, die geen rol mogen spelen in het rechtsgeding zal vaak in deze situatie heel wat minder zwaar zijn dan bij de zelfstandige advocaat. Maar dat is een ander verhaal.

9. Het zou mij niet verwonderen als een zaak gelijk deze binnen niet al te lange tijd opnieuw aan de orde komt. Wellicht zullen èn Raad van Toezicht èn Hof dan ondanks de precedentwerking van de beslissing van 25 maart 1974 stof tot denken hebben. Het is trouwens een opbeurende gedachte, dat al minder en minder in de kringen der advocatuur unverfroren geldt: Quod dixi, dixi. Men weet daar, dat de tijden veranderen, en wij, och arme, mèt deze.

14. Formaliteiten ten nadele van de verdachte

NJ 1992, 345

1. Bij arrest van 17 mei 1990 heeft het Hof Amsterdam, voor zover in cassatie van belang, vernietigd het op 14 okt. 1987 door de Rechtbank Amsterdam in deze zaak in eerste aanleg gewezen vonnis en de verzoeker van cassatie wegens:

1. openlijk met verenigde krachten geweld plegen tegen goederen

2. poging tot zware mishandeling, meermalen gepleegd, veroordeeld tot vier weken gevangenisstraf voorwaardelijk, proeftijd een jaar. De feiten zijn volgens de bewezenverklaring gepleegd op 24 okt. 1985.

2. Adv. mr. H.G. Kersting, te Amsterdam, heeft bij schriftuur zeven middelen van cassatie voorgesteld.

3. In *middel I* voert de raadsman aan dat het hof ten onrechte of op gronden die de verwerping niet kunnen dragen heeft verworpen het door de verdediging gedane beroep op niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in zijn vervolging wegens overschrijding van de redelijke termijn als bedoeld bij art. 6 EVRM en art. 14 lid 3 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBP).

4. Het in hoger beroep gevoerde verweer op dit punt is weergegeven in het zittingsproces-verbaal van 3 mei 1990 en in dat proces-verbaal verworpen op de gronden weergegeven op de p. 2 t/m 4.

5. Vooropgesteld moet worden dat de vraag of de redelijke termijn, bedoeld bij de verdragen, is overschreden – hetzij in een bepaalde fase van het proces, hetzij gelet op de totale duur van het proces – een beslissing vergt die afhankelijk is van veel feitelijke omstandigheden en die dus in hoge mate tot het domein van de rechter die over de feiten oordeelt behoort. Dat betekent dat de Hoge Raad als die feitelijke rechter serieus op het verweer ingaat – en dat is hier ongetwijfeld gebeurd – slechts hoogst zelden zal kunnen ingrijpen. Dit in aanmerking genomen en mede gelet op het feit, dat in de toelichting op het middel een aantal omstandigheden worden ingeroepen, die niet zijn komen vast te staan en naar de juistheid waarvan de Hoge Raad ook geen onderzoek mag instellen ik doel met name op de stelling, dat met de vervolging is gewacht tot na het onderzoek naar de (oorzaak van de) dood van Hans Kok, kan het middel niet slagen.

In, o.m., het lange tijdsverloop heeft het hof overigens wel aanleiding gevonden een geheel voorwaardelijke gevangenisstraf op te leggen:

hoewel er gelet op de aard en de ernst van de bewezen verklaarde feiten, alleszins aanleiding zou zijn om een vrijheidsbenemende straf aan de verdachte op te leggen.

6. Met een dergelijke – drastische – strafvermindering had het hof ook kunnen volstaan als het wel overschrijding van de redelijke termijn had aangenomen, hoewel dan de mate van strafvermindering wellicht iets scherper had moeten worden geformuleerd.

7. In *middel II* wordt aangevoerd dat het hof ten onrechte, althans op gronden die de verwerping niet kunnen dragen heeft verworpen het verweer dat het Openbaar Ministerie in zijn strafvervolging niet-ontvankelijk is op de door de verdediging aangevoerde gronden inhoudende dat de beginselen van een goede procesorde geschonden zijn.

8. Als *eerste grond* daartoe (a) wordt aangevoerd dat het hof het verweer van partijdigheid in het vervolgingsbeleid verkeerd, te eng, heeft uitgelegd door aan te nemen dat de verdediging betoogd zou hebben dat het Openbaar Ministerie niet-ontvankelijk is 'omdat de politiemensen die zich aan mishandelingen van verzoeker hebben schuldig gemaakt niet vervolgd worden'.

9. De verdediging zou echter gewezen hebben op een structureel probleem: een politiebeambte die betrokken is bij mishandelingen of andere criminele activiteiten jegens burgers die in verzet komen tegen de bestaande maatschappelijke verhoudingen, zou reeds bij voorbaat van straffeloosheid verzekerd zijn. Dit is taal uit de zeventiger jaren, maar wat erger is, is dat zij geen waarheid inhoudt en wat het ergste is, is dat het daar niet om gaat. Het hof heeft het verweer immers wel degelijk ruimer opgevat en dit weergegeven als de klacht dat bij de vervolging van de verdachte 'zoals in het verleden bij de vervolging van krakers steeds het geval is geweest' het Openbaar Ministerie zich schuldig heeft gemaakt aan structurele partijdigheid, althans de schijn van partijdigheid op zich heeft geladen. Dat verweer heeft het hof in zijn arrest vervolgens als volgt weersproken: (zie arrest Hoge Raad, onder 6.2; *red.*)

10. Deze weerlegging houdt – ik moet het eerlijk toegeven – in het bijzonder in de eerste alinea niet zo erg veel echte argumentatie in: het is meer een kwestie van: het is nietes. Maar daarbij moet men in aanmerking nemen, dat ook de (verbale) aanval (het in hoger beroep gevoerde verweer) weinig genuanceerd is en dat het gebruik van geweld door de politie – ter uitvoering van een taak of als weer'woord' op geweld van andere zijde – niet bij voorbaat onrechtmatig is. De weerlegging is afdoende en ziet op een op juiste wijze weergegeven verweer, reden waarom de klacht faalt.

11. Met name wijs ik er nog op dat het hof in de tweede hiervoor aangehaalde alinea aan het proportionaliteitsbeginsel een argument ontleent ter staving van de stelling dat de verzoeker ook dan vervolgd zou mogen worden als vaststaat dat hij – op zijn beurt – zou zijn of is mishandeld door de politie en de politie daarvoor niet vervolgd zou worden. Ook als dit laatste verkeerd is – en dat is het volgens mij in de gegeven veronderstelling – dan wordt daardoor het wel vervolgen van de verzoeker nog niet verkeerd.

12. Als *tweede grond* daartoe (b) voert mr. Kersting aan dat het hof in zijn arrest niet heeft geantwoord op een verweer inhoudende dat het gelijkheidsbeginsel is geschonden.

13. Deze klacht mist, vrees ik, feitelijke grondslag. Dat het gelijkheidsbeginsel door de vervolging van de verzoeker niet is geschonden, heeft het hof in de reeds aangehaalde derde en inhoudelijk vooral de vierde alinea van p. 5 van zijn arrest staande gehouden in samenhang met de weerlegging van het samenhangende verwijt van partijdigheid in de vervolging. Deze weerlegging is niet onbegrijpelijk en ook overigens voldoende.

14. Als *derde grond* (c) wordt aangevoerd dat het hof het verweer inhoudende dat het Openbaar Ministerie de verdediging in haar functioneren heeft belemmerd niet goed heeft weergegeven door het ten onrechte bij een ander verweer – dat onder b – onder te brengen.

15. Naar het mij voorkomt heeft het hof dit verweer op p. 4 van het arrest onder b op juiste wijze weergegeven en afzonderlijk gerubriceerd. In ieder geval kon het dit verweer opvatten zoals het

deed. De verwerping van het verweer is terug te vinden op p. 5 van het arrest, vijfde en zesde alinea.

16. Het hof gaat daar van de veronderstelling uit, *dat* de gestelde belemmering van de verdediging door het Openbaar Ministerie heeft plaatsgevonden om vervolgens te overwegen dat het niet aannemelijk is geworden dat die belemmering van dien aard is geweest dat dit tot niet-ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie in zijn vervolging zou moeten leiden. Dit is een feitelijke en overigens niet onbegrijpelijke weerlegging van het verweer. Hoe zou de Hoge Raad kunnen vaststellen – nu hij geen enkel feitelijk onderzoek mag instellen – dat die belemmering wel te groot is geweest?

17. Het middel is in geen van zijn onderdelen gegrond.

18. De middelen III t/m VII gaan over het niet oproepen van getuigen.

19. Bij nader inzien moet ik aan de bespreking daarvan het een en ander vooraf laten gaan. Allereerst de zeer algemene opmerking dat waar vaak geklaagd wordt over vormfouten die de verdachte een onredelijk of onverdiend voordeel bezorgen, het veel vaker voorkomt, naar mijn mening tenminste, dat materiële weren van de verdachte stranden op formaliteiten en formalismen in de gedingvoering. Er is – terecht – niemand die er maar over piekert, aan het Openbaar Ministerie en de rechter zulke op wet en recht gebaseerde middelen te onthouden. Waarom dat omgekeerd wel zou mogen of moeten, wordt dan minstens een probleem. In mijn bij nader inzien gewonnen kijk op deze zaak spelen formele elementen ten nadele van de verdachte een niet geringe rol.

20. Deze zaak is op 26 jan. 1989 door het hof behandeld. Daarvan is een uitvoerig proces-verbaal opgemaakt dat in het bijzonder met betrekking tot het horen van getuigen een aantal tussenbeslissingen bevat. Daarbij is het horen *ter zitting* van alle door de verdediging opgegeven getuigen en deskundigen afgewezen, maar met betrekking tot een aantal getuigen werd beslist dat deze door de rechter-commissaris dienden te worden gehoord. Daartoe is de zaak van de verzoeker (en van alle anderen) voor onbepaalde tijd aangehouden. De volgende behandeling ter terechtzitting vond plaats op 3 mei 1990 en ook daarvan is een proces-verbaal opgemaakt. Uit dat proces-verbaal citeer ik twee passages:

> 'Het hof vangt het ter terechtzitting van 26 jan. 1989 geschorste onderzoek ter terechtzitting wegens de gewijzigde samenstelling van het hof opnieuw aan' (p. 1).
>
> 'Naar aanleiding van een desbetreffende vraag van de verdediging deelt de voorzitter mede dat zich in het dossier geen getuigenlijsten bevinden' (p.7).

Het arrest van 17 mei 1990 bevat de volgende overweging:

> 'Dit arrest is gewezen naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting in eerste aanleg van 30 maart 1987 en 30 sept. 1987 en in hoger beroep van 3 mei 1990' (p. 2).

21. Daaruit moeten de volgende – technische – conclusies worden getrokken:

> 1. Alles wat ter zitting van 26 jan. 1989 is gebeurd, inbegrepen de tussenbeslissingen opgenomen in het proces-verbaal van die datum, valt buiten het bestek van de zaak.
>
> 2. Er bestond(en) bij de aanvang van de behandeling van de zaak in hoger beroep op 3 mei 1990 geen lijst(en) van getuigen (en/of deskundigen). Er is op 3 mei een ter zitting aanwezige deskundige – de socio-linguist L.F.W. Adriaenssen – op de lijst van de deskundigen geplaatst en in die kwaliteit door het hof gehoord. (Op 26 jan. 1989 had het hof geweigerd hem te horen.)
>
> 3. Ook blijkt niet van een lijst van getuigen en/of deskundigen, die ter zitting van 26 jan. 1989 zou zijn voorgelezen.

4. Het cassatieberoep is voor zover het betrekking heeft op beslissingen genomen ter terechtzitting van 26 jan. 1989 niet-ontvankelijk. Dat procesverbaal, het daarin verhandelde en besliste maakt immers geen deel uit van het onderzoek en beraad van het hof in raadkamer noch van het daarop steunende arrest van 17 mei 1990.

22. Getuigen (waaronder ik verder ook versta: deskundigen) die op de lijst staan of geplaatst worden, moeten worden gehoord, tenzij van hun verhoor met ieders instemming afstand wordt gedaan (art. 280 lid 7 Sv). Dat geldt gelijkelijk voor getuigen 'van' het Openbaar Ministerie als 'van' de verdediging. Het gaat hierna steeds over personen die de verdediging als getuigen ter zitting wenst te horen.

23. Een getuige komt op die lijst a. doordat de verdediging tijdig zijn oproeping door het Openbaar Ministerie verzoekt en dit aan dat verzoek gevolg geeft. Verschijnt zo'n getuige niet en wil de verdediging van zijn verhoor geen afstand doen, dan moet de zaak aangehouden worden (tenzij vaststaat dat een nieuwe oproeping zinloos is). Iemand kan voorts b. als getuige op de lijst komen hoewel het Openbaar Ministerie, nadat hij als getuige is opgegeven, weigert hem op te roepen op de in art. 263 lid 4 Sv genoemde grond, dat redelijkerwijs moet worden aangenomen dat de verdachte in zijn verdediging niet kan worden geschaad als de opgegeven getuige niet ter zitting wordt gehoord. Immers als de verdediging aan het begin van de zitting het gerecht verzoekt de door het Openbaar Ministerie geweigerde getuige toch te horen zal de rechtbank diens oproeping tegen een nadere zitting bevelen en zal die persoon op de getuigenlijst gebracht worden, tenzij het gerecht bij met redenen omklede beslissing oordeelt dat door het achterwege blijven van een oproeping (en daarmee van een verhoor) de verdachte redelijkerwijs niet in zijn verdediging kan worden geschaad (art. 280 lid 3, 4 en 5). Iemand zal tenslotte c. als getuige op die lijst komen als hij ter zitting aanwezig is en de verdediging verzoekt hem te horen. Dit laatste moet gebeuren tenzij, wederom naar het oordeel van rechtbank of hof door het niet horen van die getuige de verdachte redelijkerwijs niet in zijn verdediging kan worden geschaad. Het criterium is dus als onder b: ja, tenzij (art. 280 lid 6 Sv).

24. Nu kan het zijn, dat de verdediging een niet aan het Openbaar Ministerie als getuige opgegeven persoon, die ook niet ter zitting aanwezig is, toch als getuige wil horen, omdat het verloop van de procedure daartoe aanleiding geeft, of omdat het belang van het horen van die getuigen pas nu duidelijk wordt enz. en daartoe aan de rechter(s) een verzoek doet. Lukt dat dan komt ook zo'n getuige op de lijst (d) en geldt daarna ook voor hem art. 380 lid 7 Sv. De rechter(s) moet(en) op het verzoek antwoorden (art. 330 Sv) maar de afwijzing kan nu aan de hand van een veel lichter criterium geschieden dan in de gevallen vermeld onder b en c: slechts als aan het gerecht blijkt van de noodzakelijkheid van het verhoor, moet het verzoek worden toegewezen: nee, tenzij. Of negatief gezegd: het gerecht kan zo'n verzoek afwijzen met als redengeving dat van de noodzakelijkheid of noodzaak van het horen van deze getuige niet is gebleken.

25. Ik kom nu tot een soort tussen-conclusie: De getuigenlijst voor de zitting van 26 jan. 1989 was bij de aanvang leeg en bleef leeg. De verdediging heeft geprobeerd er een hele boel mensen op te krijgen, maar dat is (zie hiervoor) niet gelukt.

Ook bij de aanvang van de zitting van 3 mei 1990 was de lijst blanco. In de loop van de zitting heeft de verdediging getracht er een flink aantal mensen op te krijgen, maar dat is slechts voor een persoon (een deskundige) gelukt.

Indien er een oude getuigenlijst was geweest met daarop getuigen, zou de

vraag rijzen of die bij de nieuwe behandeling ook nog gold. Ik zou daar in beginsel bevestigend op willen antwoorden om de volgende reden: Er staan op de lijst, zeg, drie getuigen, die op verzoek van de verdediging zijn opgeroepen. De zaak wordt bij het begin van de behandeling aangehouden. De volgende behandeling vindt in nieuwe samenstelling plaats. De verdediging *kan* dat niet weten voordat de behandeling plaatsvindt. Het zou beslist onredelijk zijn de oude getuigenlijst als het ware te incorporeren in de eerste behandeling, evenals het verzoek tot het horen van de getuigen en daaruit de gevolgtrekking te maken, dat er voor de nieuwe behandeling geen getuigen zijn opgeroepen en dus ook geen getuigen op de lijst staan zodat tenzij die personen ter zitting aanwezig zijn, het horen van hen afhankelijk wordt van een ter zitting gedaan verzoek, dat beoordeeld kan worden naar het noodzakelijkheidscriterium. Maar het wordt anders als bij de eerste behandeling wel getracht is personen op de lijst te krijgen, maar zonder succes omdat de verzoeken zijn afgewezen en/of het horen van getuigen aan de rechter-commissaris is opgedragen. Zou de zaak in zo'n geval na schorsing in dezelfde samenstelling zijn voortgezet, dan zouden immers de als getuigen 'afgewezen' personen ook niet meer aan bod komen. Bij behandeling in nieuwe samenstelling van het gerecht, zal wel opnieuw gevraagd kunnen worden personen op te roepen en op de getuigenlijst te brengen ook al zijn ze als zodanig bij de eerste behandeling niet toegelaten en op de lijst gebracht. We zien dat dat kan en zelfs succes kan hebben aan de socio-linguist. Maar als de verdediging hun oproeping door het Openbaar Ministerie niet heeft gevraagd en zij ook niet ter zitting aanwezig zijn, zal het gerecht kunnen weigeren hen op de lijst te plaatsen omdat van de noodzaak om hen te horen niet is gebleken.

26. Wij zien dan ook dat het hof bij de behandeling in nieuwe samenstelling op 3 mei 1990 niet teruggrijpt op de beslissingen die op 26 jan. 1989 zijn genomen, maar nagaat welke getuigen de verdediging verzoekt te horen bij de nieuwe behandeling, die eigenlijk de eerste nog geldige behandeling in hoger beroep is (proces-verbaal van 3 mei 1990, p. 4).

27. En dan komt wat ik de kern van de zaak zou willen noemen ter sprake. De raadsman van een der verdachten, ook optredend voor deze verzoeker, heeft zich op 27 april 1990 schriftelijk tot de procureur-generaal bij het hof gewend en deze heeft hem bij brief van die datum daarop geantwoord. Ik geef die correspondentie (die deel uitmaakt van het zittingsproces-verbaal) hierna weer:

> 'In bovengenoemde zaak bericht ik U namens alle raadslieden en cliënten, dat dezerzijds geen afstand gedaan is en wordt dan de voor de zitting van 26 jan. 1989 gevraagde getuigen.
> Volledigheidshalve geef ik U de parketnummers enz.
> In antwoord op Uw faxbericht d.d. 27 april 1990 en onder verwijzing naar mijn brief d.d. 23 jan. 1989, deel ik U mede niet voornemens te zijn getuigen op te roepen c.q. te dagvaarden. Het hof heeft bij tussenarrest van 26 jan. 1989 aan de rechter-commissaris opgedragen verbalisanten te horen die tijdens het opsporingsonderzoek onder code hebben geverbaliseerd. Ik stel mij op het standpunt dat op grond van de bevindingen van de rechter-commissaris het hof zal oordelen over de vraag of ter terechtzitting getuigen zullen worden gehoord.'

28. Het verzoek van mr. Pinkster zou men kunnen opvatten als een verzoek conform het bepaalde in art. 263 lid 2 Sv (in hoger beroep toepasselijk krachtens art. 414 lid 2 Sv) en het antwoord van de procureur-generaal als een weigering om tot oproeping over te gaan, als bedoeld bij art. 263 lid 4 Sv. Als dat zo is, kunnen ter zitting de leden 3 en 4 van art. 280 Sv in werking treden.

29. Daarbij moet men echter bedenken, dat art. 263 lid 2 Sv de volgende voorschriften geeft waaraan het verzoek tot oproeping van getuigen moet voldoen:

'Hij (de verdachte of zijn raadsman; *L.*) geeft deze (de getuigen; *L.*) daartoe tenminste drie dagen voor de terechtzitting in persoon ten parkette van de officier van justitie of schriftelijk bij aangetekende, aan de officier gerichte brief op. Hij vermeldt daarbij de namen, het beroep en de woon- of verblijfplaats, of bij onbekendheid van een of ander, duidt hij hen zo nauwkeurig mogelijk aan ...'

terwijl het verzoek slechts kan worden afgewezen op de in het vierde lid van art. 263 genoemde grond. In feite heeft de procureur-generaal het verzoek kennelijk opgevat als – alleen – betrekking hebbend op de onder codenummer bekende opsporingsambtenaren, die ingevolge beslissing van het hof van 26 jan. 1989 door de rechter-commissaris moesten worden gehoord. Er was volgens het hof een nieuw onderzoek nodig naar de noodzaak van hun anonimiteit en daarna – zo begreep de procureur-generaal en zo begreep ook ik – kon het hof beslissen of zij ook nog ter zitting moesten verschijnen. Een definitieve afwijzing van het verzoek die verbalisanten onder codenummer voor de zitting op te roepen is dat niet. Evenmin is het ja, tenzij-criterium gehanteerd, dat bij afwijzing van een verzoek cfm. art. 263 lid 2 Sv past.

30. Het hof heeft op dit punt in het zittingsproces-verbaal overwogen en beslist:

'De voorzitter stelt aan de orde een door mr. A.P.L. Pinkster aan de procureur-generaal gerichte brief, gedateerd 27 april 1990, alsmede een brief, gedateerd 27 april 1990, waarbij de procureur-generaal de brief van mr. Pinkster heeft beantwoord. Beide brieven zijn aan dit proces-verbaal gehecht.

De verdediging betoogt dat de brief van mr. Pinkster een opgave als bedoeld in art. 263 lid 2 Sv behelst, waaraan door de procureur-generaal geen gevolg is gegeven en verzoekt het hof een beslissing als bedoeld in art. 280 lid 4 Sv te geven naar aanleiding van beide brieven.

De brief van mr. Pinkster van 27 april 1990 is, gezien de redactie van deze brief, niet te beschouwen als een opgave of verzoek als bedoeld in art. 263 lid 2 Sv, althans voldoet niet aan de vereisten aan een zodanige opgave of zodanig verzoek te stellen. Een beslissing als bedoeld in art. 280 lid 4 Sv kan derhalve achterwege blijven.'

31. Tegen deze beslissing richt zich cassatiemiddel VI. De beslissing is, gelet op wat ik hierboven betoogde, echter niet onjuist en evenmin onbegrijpelijk. Het zou toch (te)veel gevraagd zijn van het hof uit die brief op te maken, dat wederom het oproepen door het Openbaar Ministerie en vervolgens horen werd gevraagd van alle getuigen (niet alleen van de zeer velen uit de brief van mr. Pleiter van 12 jan. 1989) wier verhoor op 26 jan. 1989 aan de orde was gesteld, en ten aanzien van velen waarvan reeds geheel negatief was beslist.

32. Uit het proces-verbaal blijkt ook niet, dat betrekkelijk tot andere getuigen dan die welke mr. Donk blijkens de inhoud van zijn pleitnota ter zitting heeft verzocht te horen, een dergelijk verzoek is gedaan, wat op zich genomen natuurlijk voor de hand zou hebben gelegen. Maar ook de uitkomst van zulke verzoeken lijkt voorspelbaar.

33. Dat verzoek van mr. Donk heeft het hof afgewezen aangezien het hof de noodzakelijkheid als bedoeld in art. 315 Sv van het verhoor van de in de pleitnota genoemde getuigen op de terechtzitting niet is gebleken.

34. Dat is, zoals hiervoor uiteengezet, voor dit soort verzoeken het juiste criterium en het hof behoefde zijn beslissing ook niet breder te motiveren.

35. Mr. Kerstings ter zitting aanwezige deskundige is, als reeds gezegd, door het hof als zodanig gehoord.

36. Daarmee heeft het hof alle perikelen rond het horen van getuigen, zoals die ter zitting van 3 mei 1990 bestonden, op regelmatige wijze en conform de wet beslist, zodat er aan de middelen III t/m VII, naar mijn mening, niet veel eer valt te behalen. Ik kom nu toe aan een betrekkelijk korte bespreking van die middelen.

37. Middel III houdt in dat het hof ten onrechte, althans op gronden die de verwerping van het verzoek niet kunnen dragen,

> 'geweigerd heeft de minister van Justitie, A.A.C. Ypinga, mevr. J. van Brenk, hoofdagent van politie genoemd op p. 694 van het rijksrecherchеonderzoek (RRO), arrestantenbewaarders genoemd op p. 699, 702, 705 van het RRO, de burgemeester van Amsterdam, Vivian Mel, deurwaarder W. Weltevreden, Dick ten Bergen, F. van der Heide, getuigen genoemd in de brief van mr. Pleiter d.d. 12 jan. 1989 aan de procureur-generaal als getuigen à décharge op te roepen'.

38. Immers, aldus het middel, het hof heeft het verzoek tot het oproepen van die getuigen afgewezen, op de grond dat zij niets kunnen verklaren over de ten laste gelegde feiten en de verdediging derhalve door het achterwege blijven van de oproeping niet in haar belangen wordt geschaad.

39. Er nu van afgezien dat zo de motivering, gegeven in het proces-verbaal van 26 jan. 1989, onvolledig is weergegeven daar die slechts voor een deel van de genoemde personen is gebezigd (wat ik allemaal heb uitgezocht toen ik op het volgens mijn huidig inzicht verkeerde spoor zat) zal duidelijk zijn, dat de aangevallen beslissing, als genomen op een zitting, die niet 'meetelt' niet terzake is en de aanval daarom ook niet doeltreffend kan zijn.

40. Middel IV houdt in dat het hof ten onrechte, althans op gronden die de verwerping niet kunnen dragen, geweigerd heeft de navolgende deskundigen op te roepen: mr. C.I. Rüter, dr. J.F. Rang, mevr. E. Verhey.

41. Naar het mij voorkomt kan dit middel reeds daarom niet slagen omdat de weigering deze deskundigen, waarvan er twee volgens het middel ook kunnen getuigen, te horen is geschied ter zitting van 26 jan. 1989 op de in het proces-verbaal van die zitting opgenomen gronden, terwijl die weigering en de motivering daarvan thans niet terzake is en het niet horen van hen ter zitting van 3 mei 1990 op de reeds aangegeven gronden en règle is.

42. Middel V houdt in dat het hof ten onrechte althans op gronden die de verwerping niet kunnen dragen, geweigerd heeft (de personen onder) de codenummers 01 en 02 ter terechtzitting als getuigen à décharge te horen.

43. Het hof heeft in zijn arrest overwogen, dat niet aannemelijk is geworden dat bedoelde opsporingsambtenaren zich thans nog zodanig bedreigd kunnen voelen dat in redelijkheid van hen niet gevergd kan worden dat zij volledig uit de anonimiteit treden en dat daarom aan bewijsmiddelen vervat in hun processenverbaal slechts zeer geringe bewijskracht toekomt. Met name van de relateringen van de personen onder de codenummers 01 en 02 heeft het hof, zoals ook in de toelichting op het middel vermeld staat, geen gebruik gemaakt.

44. Iets anders is overigens dat het hof deze personen niet als getuigen heeft gehoord. Dat het geweigerd zou hebben hen te horen, veronderstelt een verzoek daartoe en als dat al gedaan zou zijn – ik heb het natuurlijk nu weer over de nieuwe behandeling van de zaak – dan is het op juridisch ongenoegzame wijze gedaan (de brief van mr. Pinkster van 27 april 1990) of het verzoek is op genoegzame grond afgewezen (geen noodzaak).

45. Daarom kan ook dit middel niet slagen.

46. Middel VI houdt in dat het hof ten onrechte althans op gronden die deze weigering niet kunnen dragen, geweigerd heeft 'om te beslissen aangaande het verzoek van mr. Pinkster d.d. 27 april 1990 aan de procureur-generaal om de getuigen ter zitting van het hof op te roepen'.

47. Dat dit middel niet kan slagen heb ik geprobeerd uiteen te zetten in de nrs. 27 t/m 31 van deze conclusie.

48. Middel VII houdt in (zoals ik het taalkundig een beetje bijgewerkt lees) dat het hof ten onrechte althans op gronden die de verwerping niet kunnen dragen het verzoek van mr. Donk ter terechtzitting van 3 mei 1990 gedaan 'om getuigen ter terechtzitting op te roepen' deels heeft afgewezen deels daarover geen beslissing heeft genomen.

49. Als reeds hierboven uiteengezet kon het hof ten aanzien van het verzoek ter zitting van mr. Donk om deze getuigen te horen, volstaan met de gegeven, inderdaad sobere, motivering. Het was immers aan het hof om – al dan niet impliciet – te oordelen dat weliswaar slechts heel weinig bewijskracht toekwam aan de relateringen van de personen onder codenummer 01 en vooral 02 wegens hun volgehouden anonimiteit, maar dat daarmee of dientengevolge nog niet de noodzaak gegeven was om die personen ter zitting te horen. Dat ze voor het bewijs niet nodig waren is uit het arrest gebleken. Dat ze zulke verklaringen zouden afleggen dat deze een voor de goede berechting onmisbaar ander licht op o.m. de verzoeker zouden werpen, dat kon het hof zo onwaarschijnlijk vinden, dat er van noodzaak ook vanuit deze gezichtshoek bekeken, geen sprake was.

50. Ik acht de middelen niet gegrond en concludeer tot verwerping van het beroep.

Hoge Raad: conform.

15. De Buitengemene Hartelijkheid van de Echte Postzegel

Een kwasi-juridisch vertoog

Bij deze feestelijke gelegenheid wil ik gaarne een poos met u verwijlen bij, onder meer, de delicate relatie tussen de postzegel als object en de hartelijkheid als eigenschap van dat object. Ik waarschuw maar meteen: mijn thema is niet: het frankeerwezen en hartelijkheid en ook niet: PTT Post en hartelijkheid. Maar over die laatste combinatie wil ik toch wel *iets* zeggen. Ik heb in mijn lange leven vaak voor loketten gestaan en, mag ik vergelijken, dan sta ik veel liever voor een loket van de post dan van het treinstation, om niet maar te spreken van het loket in het gemeentehuis. Hoe komt dat? Er zijn talloze redenen, maar ik beperk mij tot twee ervan. De lokettisten bij de post zijn vriendelijk maar vooral ook vol wijsgerig begrip. Zij kennen de mensheid en door hen wordt met even veel zorg de klant behandeld die om een postzegel van vijf cent komt als die andere die voor honderden guldens van die prachtig mooie vellen mee naar huis of kantoor sjouwt. Soms zie je ze denken die wijze, hartelijke lokettisten: als ze op dat koude-computer-kantoor maar goed behandeld worden, mijn dierbare zegels, maar ze zijn wijs en zeggen het nooit. En nergens is – als het maar niet tegen sluitingstijd loopt – de hulpvaardigheid groter. Zo heb ik ooit in de tijd dat ik wat te veel aan het hoofd had, aan het loket van het postkantoor om een retourtje senior Den Haag gevraagd en ik zweer het, al ontkent mijn familie het, ik kreeg dat kaartje met korting. Dacht u dat je aan het stationsloket ooit zelfs maar een postzegel van 80 cent kon kopen? Nou dan.

Omdat mij gevraagd is u te onderhouden over de juridische aspecten van het fenomeen postzegel, denk ik dat het geboden is de relatie tussen postzegel en hartelijkheid te belichten vanuit de eisen van het maatschappelijk verkeer en dan kom ik vanzelf ook wel te spreken over *recht* en hartelijkheid en de tot op heden nooit indringend besproken vraag of het Nieuwe Burgerlijk Wetboek en zijn onvolprezen makers wel voldoende hartelijkheid uitstralen. Alles als de tijd het toelaat en u weet het: de tijd laat niets toe, vandaag de dag. Daarin gelijkt zij wel aardig wat op de calculerende overheid.

U hebt het begrepen: mijn onderwerp is zo diepzinnig en tevens hooggestemd, dat het vooral niet breedsprakig of langdradig mag worden behandeld.

Er wordt, dat staat als een paal boven water, door juristen veel te weinig over het wezen van de postzegel nagedacht. En toch liggen daar de problemen van juridische aard voor het opscheppen.

Laat mij er een stuk of acht à negen noemen, die stuk voor stuk een behoorlijk tot briljant proefschrift zouden kunnen opleveren. Maar geloof maar niet, dat het gebeurt.

1. Alles beheersende vraag: wat is het rechtskarakter van de postzegel als waardepapier. Dat daarbij onderscheidingen moeten worden aangebracht, is zelfs voor een sufferd duidelijk, maar

daar heb ik nu geen zin in. Ik geef alleen maar wat aanzetten. Is de postzegel als belichaming van waarde overdraagbaar. Is het een toonderpapier? Een wisselbrief. Mijn voorkeur gaat uit naar de promesse want dat klinkt zo veelbelovend. Maar wij juristen hebben nog een oplossing als we het niet weten: het is een res, dat is dus een zaak, sui generis. Eerlijk gezegd: mij kan het allemaal niet schelen, maar voor Schoordijk en consorten is het toch een smakelijk hapje.
2. Wat is de juridische betekenis van de, let wel, *geldige* afstempeling van de postzegel? Een onherroepelijke aanvaarding van verzending? Een kwijting misschien? Maar dan toch altijd met deze subvraag: heeft PTT Post een resultaats-verplichting of kan zij volstaan met inspanning? Moet de brief in de bus aankomen of mag de moede bezorger als het al te koud wordt achter de kachel kruipen met de brieven erin? Mij kan dit wel veel schelen.
3. Wat is het juridisch gehalte van de afstempeling die, om welke reden dan ook, helemaal naast de postzegel terecht komt? Is hier wellicht sprake van crediteursverzuim? Mij kan het niet schelen maar voor de voormannen van het Nieuw Burgerlijk Wetboek moet het toch een aardig kluifje zijn.
4. Hoe is het juridisch gesteld met de brief die bezorgd wordt aan het opgegeven adres, maar waarvan de postzegel niet is afgestempeld, terwijl daartoe ook geen zichtbare poging is gedaan (zie onder 3). Dit is een groot geheim. Laat me nu maar verklappen, dat ik hier een echte theorie over had, die ik onlangs onder druk van de werkelijkheid heb moeten laten varen. Ik was op wetenschappelijke gronden de mening toegedaan dat de bezorging van zo'n brief wegens het ontbreken van een justa causa nietig was. Zo'n brief lijkt wel bezorgd, maar voor een goed jurist is dat hollebolle schijn. Hij is er maar hij is er niet.
Uiteraard mag de ontvanger zo'n brief niet lezen. juridisch kan hij het zelfs niet. Bij nietigheid moeten de zaken weer teruggebracht worden in de toestand van voor de nietigheid. Terug naar de afzender dus. Maar dan wel gefrankeerd en gestempeld anders krijg je weer hetzelfde gedonder. Hoe ben ik van die theorie losgekomen? Laat mij het vooral voorzichtig vertellen want het is nogal schokkend. Ik kreeg onlangs zo'n brief met niet afgestempelde postzegel thuis. Het was een mooie. Zo mooi dat ik de inhoud toch maar gelezen heb. En het bleek een uitnodiging van PTT Nederland om op 18 december 1991 in kasteel Duivenvoorde te Voorschoten het fenomeen postzegel juridisch toe te lichten. Als ik mijn theorie getrouw was gebleven, zou het programma nu al lang afgelopen zijn geweest.
5. Een verwant maar toch te onderscheiden probleem dient zich aan: mag de niet gestempelde postzegel op de wel bezorgde brief door de ontvanger opnieuw voor frankering gebruikt worden. Hier spelen de leerstukken van het profiteren van andermans wanprestatie (pardon: toerekenbare tekortkoming) en risico-aansprakelijkheid een elkaar min of meer in evenwicht houdende rol. Het probleem is juridisch duidelijk. Het mag niet. Het probleem is feitelijk duidelijk: ze doen het allemaal.
6. En nu een wat verouderd probleem: de met pen geschreven tekst *onder* de postzegel. Het zal u bekend zijn dat dit een manier is waarop gescheiden of geheime gelieven vroeger met elkaar plachten te communiceren. Zit daar, zo hoor ik u vragen, een juridisch kantje aan. Zeker wel. Immers in elk geval vroeger was een ansichtkaart met alleen de groeten minder duur aan postzegels dan met een echt verhaal erop. En geloof mij: het verhaal onder die postzegel was altijd echt. Bovendien kan zelfs nu zo'n geheime tekst van een drukwerk of monster een brief maken en dat scheelt bij de huidige tarieven minstens tien cent. En het volgende probleem is, dat het afweken van postzegels door PTT Nederland om dat te controleren schending van privacy oplevert. Juristen weten met dit probleem geen raad.
7. Een korte vraag maar niet echt makkelijk: is de postzegel een zakelijk goed dan wel een goede zaak of misschien zelfs allebei?
8. Ik moet met die juridische valkuilen ophouden wil ik nog aan mijn hoofdthema toekomen: postzegel en hartelijkheid. Daarom nog maar één probleem. Dat is er één waar ik emotioneel in hoge mate bij betrokken ben. Laat ik het gewoon zeggen: daar word *ik* nou kwaad van. Ja, u hebt het al wel begrepen: is koppelverkoop van postzegels geoorloofd. Misschien eerst een preliminaire vraag. Komt koppelverkoop van postzegels voor?
Ja, zeker en wel in twee vormen: de eerste is: een serie kinderzegels, zomerzegels. Dat vind ik prachtig en die series vind ik meestal prachtig.
Maar dan de tweede verschijningsvorm: op een zegel een aantal halve koeien en je moet er beslist een tweede bijkopen om een stel hele koeien te krijgen. En nog uitkijken ook, anders heb je zoiets als twee linkerschoenen aangeschaft. Aan dit onrecht moet een eind komen. Ik

moet er aan toevoegen dat de koetjes-zegels zo mooi, zo teder waren dat men op grote schaal getracht heeft ze valselijk aan te maken. Daaraan danken wij een baanbrekend arrest van de Hoge Raad van 1 mei 1984 N.J. 1984, 755. Een feest voor filatelisten.

9. Ik kan het niet laten. Nog eentje. En die staat dan ook nog in verwijderd verband tot de postzegel. Is PTT Nederland juridisch aansprakelijk voor bezorging met verkeerde tenaamstelling? Natuurlijk niet roepen wij allen bijna blijde, want je weet nooit wie waar zit, vooral niet na het uitbreken van de sexuele revolutie. Maar toch is er een uitzondering op deze gulden regel: wel aansprakelijk is PTT Nederland zo vaak de brief niet alleen door haar bemiddeling bezorgd is maar ook van haar als afzendster uit is gegaan. Een voorbeeld treft u aan in de uitnodigingsbrief die ik van PTT Nederland mocht ontvangen. Een mooie. Maar ze is wel gericht aan mijn Nijmeegse collega Prof. Luyten. Een hele geleerde man, die als het aan PTT Nederland had gelegen nu hier had gestaan. Maar ik verzeker u: van postzegels weet hij niemendal.

Ik kom nu aan mijn hoofdthema toe en – vrees niet – over echt belangrijke dingen kan elke spreker kort zijn. Op 1 januari 1992 zal het honderdveertig jaar geleden zijn dat de eerste postzegel in Nederland werd uitgegeven. En op die dag zal het ook zo'n kleine vijfenveertig jaar geleden zijn dat, in de Eerste Kamer geloof ik, de heer Molenaar (VVD) geloof ik, de idee opperde dat Nederland wel eens behoefte zou kunnen hebben aan een nieuw Burgerlijk Wetboek en dat er een man voorhanden was, die ons dat zou kunnen leveren: E.M.M. Meijers. Ik kan me nog heel goed herinneren, dat toen ik dat in 1947 in de krant las als amper meerderjarige, de hoop mij bevloog dat ik ooit, over zo'n kleine halve eeuw, bij het aanbieden van een postzegel ter gelegenheid van de invoering van dat nieuwe B.W. in Voorschoten het woord zou mogen voeren. Some dreams come true, zoals u ziet. Wij leven in een tijd die computergericht als zij is, de teloorgang van het romantisch levensbesef inluidt. Onder de postzegel, ik zei het al, zit niets meer. Twee symptomen tonen dat verlies duidelijk aan: het verdwijnen van het loonzakje en de verschrikkelijke terugtocht van de echte postzegel. Tegenwoordig krijgen wij de vrucht van het werk onzer handen als een aantal cijfers op een papier thuisgestuurd. Vroeger werd het geld voor je uitgeteld en in je handen gestopt en al was het veel minder geld en al kreeg je het pas op de laatste dag, dat was een feestdag. Dat geld kon je echt opmaken en sommigen deden dat al op weg naar huis. Shelley, de grote romantische dichter, kan als voorbeeld dienen. Hij verdiende weliswaar met zijn gedichten niets maar hij had een schatrijke grootvader en een nogal rijke vader, die echter allebei lang bleven leven. Shelley deed dat niet.

Maar dat laatste jaren van zijn jonge leven kreeg hij toch van die kanten een aardige toelage. Hij kreeg die in de vorm van munten en daarvan maakte hij op tafel een mooie taartvorm. En die werd dan met een mes eerst zorgvuldig door tweeën gesneden: de ene helft was ter dekking van huishoudelijke kosten. De andere helft werd nog eens in drie gelijke parten verdeeld en elk lid van zijn menage à trois kreeg een part als zakgeld. Dat, dames en heren, was waarlijk leven.

Als de post komt, kijk ik altijd eerst of er brieven bij zijn met een echte postzegel. Die worden steeds zeldzamer maar ze hebben en houden iets bijzonders. Zulke brieven zijn èn persoonlijk èn hartelijk. Samen is dat genoeg. Want een belastingaanslag is ook persoonlijk maar nooit echt hartelijk. Ik heb dan ook nog nimmer zo'n blauwe envelop ontvangen met een postzegel erop. De frankeermachine, het antwoordnummer, de postzegel-hoeft-niet-claus, ze hebben afbreuk gedaan aan het aangename leven. De postzegel in functie staat voor hartelijkheid. Zij versiert het geheel. Iemand heeft aan mij, aan u gedacht toen hij die zegel op die enveloppe plakte. Een frankeermachine kan niet eens denken. De combinatie van het Nieuwe Burgerlijk Wetboek met de postzegel is een zeer heilzame. Want dat nieuwe B.W. is wel belangrijk,

knap en indringend, maar het mist hartelijkheid. Je gaat er alleen in lezen als je ruzie hebt of leeft van het oplossen van ruzies. Het woord liefde tref je noch in het oude noch in het nieuwe B.W. aan. Over dood gaat het daar regelmatig en over smart in combinatie met geld. Daarom is het zo goed dat wij hier zijn om met een mooie postzegel die mensen te eren, die jarenlang hebben gewerkt aan de regelgeving van het gewone leven. Want dat is het nieuw B.W. Er worden meer televisie-toestellen en video-apparaten gekocht dan gestolen. Gelukkig beseffen we het niet maar met de regels van het B.W. hebben we allemaal iedere dag te maken. Ik ben nu aan het praten omdat ik mij daartoe verbonden heb. Ik moet direct ophouden omdat ik me daartoe ook verbonden heb. Maar ook omdat ik niets meer weet.

Ja toch nog één ding. De postzegel is het symbool van de hartelijkheid in het kille maatschappelijk verkeer per brief. We kunnen er niet buiten, evenmin als die man die vijfhonderd pakjes en brieven stal maar het ging hem alleen maar om de postzegel. Zo iemand zou zich op overmacht moeten kunnen beroepen. Of op overmaat aan liefde.

Maar, het is waar, de postzegel kost geld.

Niks aan te doen. Maar toch heb ik een voorstel. PTT Nederland zou er goed aan doen een heel mooie zegel te laten ontwerpen met frankeerwaarde nul. En die ook niks kost. Daarmee mag iedereen zijn echte liefdesbrieven frankeren. En nu niet echt Nederlands gaan doen en denken: ja maar daar wordt vast misbruik van gemaakt. Ik zeg u dit: met de liefde valt niet te spotten. Van zo'n postzegel zal niemand misbruik maken. Maar al die mensen die 's morgens naar de brievenbus rennen, in pyama als dat nog mag, en dan is er zo'n brief met zo'n postzegel. Ik zie ze voor mijn geestesoog. Ze zijn de gehele dag een en al hartelijkheid. En dat heeft dan toch maar die goeie, oude, die onvervangbare postzegel gedaan.

16. De postzegel, de koe en de vervalsers

NJ 1984, 755

1. Toen de supplementen 1974 van de losbladige postzegelalbums verschenen, bezorgde Davo c.s. de verzamelaars een daverende verrassing: de koetjeszegel van 25 ct., die nog wel geldig was, maar niet meer aangemaakt werd, compareerde in het supplement als eenling maar daarnaast als blok van twee. De daarachter liggende gedachte zal misschien geweest zijn dat drie halve koeien voor elke rechtgeaarde Nederlander nog niet een hele koe opleveren, maar waarschijnlijk is, dat commerciële motieven aan deze handelwijze minstens mede ten grondslag hebben gelegen. Een beetje verzamelaar immers ligt in het donker wakker als zijn bladen lege vakjes vertonen. Er ontstond een rush op de postkantoren om die ene koetjeszegel, die men natuurlijk al had met twee, minstens met een zegel aan te vullen, maar de postkantoren hadden de zegels meestal niet meer in voorraad. De waarde van de zegel schoot de lucht in en alleen domme mensen (niet-filatelisten dus) haalden het in hun hoofd uitgaande post met een koetjespostzegel te frankeren, immers al snel hadden ze ongestempeld een waarde die het honderdvoudige vertegenwoordigde van hun nominale waarde en thans heeft men geluk als men een blok beneden de zestig gulden kan aanschaffen. Voor de minder goede verstaander hecht ik aan deze conclusie zo'n Davo Albumblad.

2. De eerste postzegel verscheen in Engeland in 1840, de 'black penny'. In ons land, geen halve eeuw achter zoals de pseudo Heine zou hebben verkondigd, kwam de eerste serie van drie postzegels (5, 10 en 15 ct.) uit in 1852 en kreeg pas haar vervolg in 1864. Wel zo ongeveer vanaf het begin van de uitgave van postzegels is er gespaard, want sparen is een oer-instinct van de mensheid, die nu eenmaal leeft althans placht te leven met en in schaarste (the affluent society lijkt trouwens alweer weg te vloeien). Maar het gebeurde zo'n beetje op de wijze waarop nu, althans tot voor kort, sigarenbandjes, lucifermerken en drankflesdoppen worden (werden) gespaard: voor de aardigheid. In Engeland ontstond de eerste bond van verzamelaars in 1863, bij ons in 1884 en dus is het nu eigenlijk (eeuw)feest, zoals ook blijkt uit de Jubileumuitgave van de Nederlandse Bond van Filatelistenverenigingen, die echter nog 'pas' 75 jaar bestaat maar in welke overkoepelend orgaan die eerste Bond is opgenomen. Wij lezen in die jubileumuitgave dat de mannen (en vrouwen?) van 1884 'echte pioniers' waren (p. 5, Ten geleide, Mr. P.J.C. Schipper).

De eerste postzegel*handel* treft men te Brussel aan in 1856 (J.B. Moers). De Nederlandse Vereniging van Postzegelhandelaren is pas in 1928 opgericht.

Vervalsingen van postzegels zijn bijna zo oud als de postzegels zelf. Beroemde vervalsers zijn Fournier en Spirati. Ik vermijd het woord: berucht, omdat er, blijkens alle bronnen, met die vervalsin-

gen iets aan de hand was, dat in deze, onze, tijd moeilijk voorstelbaar is. Er werd met open vizier vervalst en de bedoeling van het vervalsen was niet om geld te verdienen, maar om verzamelaars, die achter het net hadden gevist of te laat waren begonnen aan een leuke nabootsing te helpen (facsimile). Zo bleef de toestand tot ver na de eeuwwende. Geleidelijk aan werd het verzamelen van postzegels naast of in plaats van liefhebberij (sommigen zouden hier liever spreken van wetenschap) ook een vorm van geldbelegging, de catalogi met waardenbepalingen begonnen belangrijk te worden. Het is er mij niet om te doen, zoals straks zal blijken, de geschiedenis van de filatelie te beschrijven en daarom sla ik nu zowat alles over wat nog komt om enige gegevens van mijn vriend en collega Dirk K. Vrede, opgenomen in de Volkskrant van zaterdag 19 nov. 1983 te vermelden. Volgens PTT-gegevens zijn er in Nederland thans 1 271 000 postzegelverzamelaars, waarvan er 684 000 min of meer regelmatig postzegels kopen tegen een gemiddelde waarde van f 72 per persoon per jaar, welke zegels dus voor het overgrote deel niet voor frankering worden gebruikt. Dat leverde de PTT in 1982 netto zo'n drie en veertig miljoen op.

Elk postkantoor, dat zich zelf respecteert, heeft – minstens op bepaalde tijden – een loket geopend voor verzamelaars. De PTT bezit een filatelistische dienst, die te Groningen is gevestigd en die zich bezig houdt met en leeft van leveringen aan verzamelaars.

De voorgaande gegevens zijn voor een deel ontleend aan de Filatelistische Encyclopedie, uitgave Samson 1979, redactie J.J.M. Tiggen e.a. Voorts won ik deskundig advies in en de rest (heel weinig) heb ik van mezelf.

Aan deze conclusie hecht ik ook een aantal fotocopieën van artikelen uit 'Filatelie' van oktober 1983, geschreven door mr. W.S. da Costa en A. Boerma.

3. Bij inleidende dagvaarding werd aan verweerder in cassatie ten laste gelegd (medeplegen van) poging tot het plegen van het misdrijf van art. 216 Sr, het vervalsen van van rijkswege uitgegeven zegels met het oogmerk die als echt en onvervalst te gebruiken of door anderen te doen gebruiken (maximum gevangenisstraf op het voltooid delict: zes jaar). Na een eis van twee jaar gevangenisstraf heeft de rechtbank te Haarlem bij haar vonnis van 2 dec. 1982 verweerder vrijgesproken daartoe overwegende, onder meer:

De Rb. is van oordeel dat onder het gebruiken of doen gebruiken van van rijkswege uitgegeven zegels in de zin van voormelde wetsbepaling uitsluitend dient te worden verstaan – voor zover het postzegels betreft – het gebruik voor het doel waarvoor postzegels worden uitgegeven, te weten het gebruik als frankeermiddel ter voldoening van door of krachtens de wet geëiste lasten, in het bijzonder de vooruitbetaling van voor postzendingen verschuldigde porten en rechten.

Nu naar het oordeel van de rechtbank dat oogmerk bij verweerder en zijn mededader niet bestond, diende verweerder volgens haar te worden vrijgesproken, wat vervolgens gebeurde. De OvJ ging in hoger beroep maar het Hof Amsterdam heeft bij arrest van 21 juni 1983 het vonnis van de Rb. bevestigd. Tegen dat arrest heeft de P-G bij het hof beroep in cassatie ingesteld. Bij tijdig ingediende schriftuur heeft zij een middel van cassatie voorgesteld en toegelicht. Ter zitting van de HR van 17 jan. 1984 is het cassatieberoep namens verweerder tegengesproken door mr. G. Spong, advocaat, die pleitnotities heeft overgelegd.

4. Omdat verweerder in hoger beroep is vrijgesproken, zal het beroep in cassatie van de P-G alleen maar kunnen slagen als die vrijspraak die het ten laste gelegde 'gebruiken', dat daar gebezigd is in de betekenis die het in art. 216 Sr heeft, een andere, in dit geval engere betekenis heeft gegeven, dan dat begrip in de wet-

tekst heeft en als de klacht van het middel daar op betrekking heeft. Dit laatste is het geval: het middel klaagt erover, dat het hof, het vonnis van de Rb. bevestigend, daarbij is uitgegaan van een onjuiste en met de wet strijdige opvatting van de in de telastelegging voorkomende woorden 'met het oogmerk om die' (van rijkswege uitgegeven post)zegels als echt en onvervalst te gebruiken of door anderen te doen gebruiken, en uit de toelichting blijkt dat de klacht is toegespitst op de beperking van het begrip 'gebruiken' tot gebruiken als frankeerzegel.

Op grond mede van de gegevens door de raadsman van verweerder verstrekt in zijn belangwekkende pleitnotities denk ik dat men ervan uit zal moeten gaan dat art. 216 Sr wetshistorisch het oog heeft gehad op vervalsing voor gebruik overeenkomstig de bestemming als frankeerzegel, zoals o.a. beslist werd in het vonnis van de Rb. Rotterdam van 28 nov. 1929, NJ 1930, p. 450.

Uitleg overeenkomstig de wetshistorie is, om Paul Scholten, Algemeen Deel, 3e dr., 1975 p. 34 te citeren een uit meer interpretatiemethoden, en een die men evenals de grammaticale niet moet overschatten 'Zo dikwijls stelt men het voor alsof het op deze beide of op een van beide aankomt: bedoeling van de wetgever of de woorden naar spraakgebruik. Toch zijn beide: slechts middelen enz.'.

In het strafrecht, zo meen ik, is afwijking van zin der woorden naar spraakgebruik (behalve als de wet dat voorschrijft of het uit de wet voortvloeit) slechts bij hoge uitzondering aanvaardbaar, niet omdat de grammaticale interpretatie zo hoog aangeschreven staat, maar omdat de rechtszekerheid voor de verdachte in het licht van art. 1 lid 1 Sr dat eist. Maar men kan onmogelijk volhouden, dat de door de verzoeker tot cassatie voorgestane ruimere interpretatie van het begrip 'gebruiken' ook maar enigszins in strijd zou zijn met de wetstekst zoals deze naar spraakgebruik wordt opgevat. Integendeel: de ene interpretatie geeft een op zich 'onnatuurlijke' beperking van dat begrip. Rb. Rotterdam heeft zich dat heel wel gerealiseerd, sprekende over 'een alleszins geoorloofde ruimere interpretatie aan het woord 'gebruiken' te geven, welke interpretatie noch met de letter, noch met de gewenste toepassing in strijd is' (maar zulks achterwege latend om een reden die mij niet overtuigt, dat namelijk het euvel ook op andere wijze onder de strafwet viel te brengen).

Wetshistorische uitleg krijgt gemeenlijk naar gelang de bepaling der wet ouder wordt steeds minder betekenis en ontmoet een steeds zwaarder tegenstander in de teleologische uitleg, die de bepaling duidt naar de meest redelijke zin, die aan haar in de maatschappij waarin zij optreedt, kan worden toegekend. Uiteraard heeft dit pas zichtbaar effect voor die uitleg als die maatschappij juist met het oog op wat de bepaling verbiedt geleidelijk aan sterk is veranderd. En zeker als de nieuwe uitleg, die de samenleving eist of verlangt, niet op gespannen voet staat met 'de woorden der wet', zal zij na zekere tijd haar tegenstrever de wetshistorische uitleg, horen uittellen. Als electriciteit tot weg te nemen 'goed' van art. 310 Sr wordt gerekend, is duidelijk dat verandering der samenleving zulks vergt (HR 23 mei 1921, NJ 21, p. 564) maar men kan volhouden, dat deze interpretatie aan de woorden der wet enig geweld aan doet en niet anders is het m.i. bij het onrechtmatig gebruik maken van computergegevens (hof Arnhem, 27 okt. 1983, NJ 1984, 89).

5. Paragraaf 1 en 2 van deze conclusie werden geschreven met het oogmerk duidelijk te maken:

a. dat het hier om een vervalsing ging ten laste van verzamelaars, die een kolossale geldelijke winst voor de vervalsers zou kunnen opleveren. Het ging over 160 000 zegels en die zouden een handelswaarde vertegenwoordigen (wanneer ze voor echt doorgin-

gen) van meer dan vier miljoen gulden.

b. Dat toen art. 216 Sr werd aangenomen (op zijn voorganger, art. 139 Sr – Code Penal – stond nog de doodstraf) het gebruik maken van de paar postzegels die er toen waren voor verzamelaarsdoeleinden niet of amper voorkwam, en als een willekeurige liefhebberij werd beschouwd, terwijl vervalsingen door 'kunstenaars' ten behoeve van en niet ten nadele van verzamelaars plaatsvonden.

c. Dat thans ook de PTT postzegels uitgeeft om ze te gebruiken voor een verzameling en daar financieel gewin aan heeft; dat dit georganiseerd en met regelmaat gebeurt, en dat de markt voor postzegels ter verzameling kolossaal groot is.

Voegt men daar nog aan toe, dat in het algemeen (het geldt *hier* minder) het uitgeven van valse postzegels ten behoeve van verzamelaars, de PTT in dezelfde mate zal schaden als wanneer dat gebeurt voor frankering – immers de baten van die vervalste postzegels verminderen de baten van de PTT uit verkoop aan verzamelaars – dan is voor mij de conclusie gewettigd, dat niets een uitleg voor het begrip 'gebruik' in de door de procureur-generaal gewenste zin in de weg staat dat veel daarvoor pleit.

Toch – hier steekt de twijfel even de kop op – zou ik om formele redenen wat bedenking hebben als de postzegels waar het over gaat niet alleen niet meer verkrijgbaar maar ook niet meer courant waren, in die zin, dat zij als frankeerzegel ongeldig waren. Het zijn dan nog wel historisch van rijkswege uitgegeven zegels, maar zij missen de eerste functie daarvan.

Ik sprak over twijfel, want verdedigbaar zou zijn dat ook nadat de ongeldigheid als frankeermiddel was ingetreden, de waarde van de zegel, en dan alleen voor verzamelaars, als vindende oorsprong en oorzaak in het van rijkswege uitgegeven zijn, daaraan zo verkleefd zou blijven, dat ook dat gebruik dan, naar huidig inzicht en overeenkomstig huidige behoefte, onder dat van art. 216 Sr valt.

Nu echter vaststaat – zie onder meer pleitnotities, p. 10, nr, 5.1 – dat de koetjeszegels, toen de feiten aan het licht kwamen nog geldige frankeerzegels waren, kan deze twijfel geen gewicht in de schaal leggen.

6. Ik ben van mening, dat het cassatieberoep van P-G bij het Hof Amsterdam ontvankelijk is, dat het middel dan ook gegrond is en dat het arrest van het Hof vernietigd zal moeten worden met, nu het, dunkt mij, schending van het recht betreft, terugwijzing van de zaak naar het hof teneinde met inachtneming van de uitspraak van de HR op het bestaande appel verder te worden berecht en afgedaan.

Daartoe strekt mijn conclusie.

Hoge Raad: conform.

17A. Gelijke gevallen ongelijk behandeld

Er wordt veel geschreven over de vrijheid van rechters, hoe vér die kan gaan, hoe ze moet worden gerechtvaardigd. Dat gebeurt bijna altijd in het kader van het privaatrecht en als belangrijke faktor die deze vrijheid bepaalt, wordt – terecht – vaak genoemd de toenemende mate waarin de wet open normen ('Generalklauseln') hanteert: van de (stokoude) goede trouw over de gewichtige, de dringende, de ernstige reden naar de kennelijke onredelijkheid. Er is dan geen sprake van vrijheid *tegenover* de wet, maar daar is die vrijheid niet minder om: de wetgever heeft hier wat weg van de permissieve vader, die tegen zijn 16-jarige dochter zegt: 'Doe maar wat je wilt als het maar fatsoenlijk is'. Diens voorganger was trouwens de verguisde Thomas van Aquino met zijn: ama et fac quod vis.

Weinig aandacht wordt bij dat alles geschonken aan het feit, dat de *straf*wetgever, die naar heersende opvatting practisch geen vrije rechtsvinding zou toelaten, juist op het kardinale punt van de straftoemeting aan de Nederlandse rechter een bijna onbeperkte vrijheid toekent: naar beneden kan hij voor elk feit gaan tot 50 cent voorwaardelijk of tot een dag hechtenis of gevangenis voorwaardelijk (art. 10, 14*a*, 23 en 24 Sr.), aan de bovenkant vindt hij voor het afzonderlijke feit meestal een maximum, dat dateert uit de periode van het onverflauwde geloof aan de heilzaamheid van de gevangenisstraf voor individu èn samenleving. Voor een ongekwalificeerde diefstal kan vier jaar worden opgelegd. Een geval te verzinnen waarin dat redelijk lijkt is onmogelijk of het moest dan zijn, dat van de miljonair die het juist ontvangen loonzakje van de arbeider steelt. Dat is echter in het verleden regelmatig gebeurd zonder dat het bestraft werd. Daar komen de multi-miljonairs vandaan.

Vrijheid als gevaar voor gelijkheid

De vrijheid van de strafrechter juist op dit vitale punt wordt als een groot goed beschouwd. De in den vreemde wel voorkomende systemen, waarbij er òòk een *bijzonder* minimum is, werken de humanisering van het strafrecht tegen want zo'n bijzonder minimum, waar de rechter niet onder(uit) kan, moet afschrikwekkend zijn en daarom (te) hoog. In ons systeem kan met de ernst van het feit en de persoonlijkheid van de dader onbeperkt rekening worden gehouden en dat dat gebeurt staat dan ook altijd in het vonnis (dat anders nietig is).

Maar terwijl de vrijheid van de rechter in het privaatrecht, ook die terzake van invulling van open normen, geen bedreiging vormt voor die andere rechtswaarde: gelijkheid van rechtsbedeling, omdat de juridische duiding van een open norm aan controle van de Hoge Raad onderhevig is, is het anders gesteld met de vrijheid van de strafrechter inzake straftoemeting: dat is een aangelegenheid van de feitenrechter,

zegt men dan (op mij maakt zo'n uitspraak de indruk van: rommel voor de voddenman, zoals ik ook als ik wordt uitgescholden voor lagere rechter met weemoed terugdenk aan de verdwenen lagere standen). Ten hoogste kunnen de 5 gerechtshoven in hun ressort eenheidbevorderend optreden. Voor de volledigheid moet ik hier wel vaststellen, dat er een tendens bestaat bij de Hoge Raad om niet elke formele motivering van elke strafmaat onder alle omstandigheden te accepteren.

Waar gaat het over?

Er wordt gezegd dat sommige groepen van mensen (gastarbeiders, woonwagenbewoners) strengere straffen krijgen dan andere. Dit is een bedenkelijk feit, dat ik hier echter uitdrukkelijk *niet* behandel. Ik zal met een voorbeeld duidelijk maken, wat mij wel bezighoudt: Meneer X bevindt zich te Y in een café op de grens van twee ressorten (een ressort is het gebied van een gerechtshof). Wat onzeker verlaat hij het drinkhuis, stijgt in zijn auto, rijdt daarmee weg en wordt aangehouden: blaasproeven, bloedproef. Resultaat van de laatste: 2,13%. Welke kant is X opgereden? Dat *moet* onbelangrijk zijn voor zijn strafmaat, maar als het dat niet is, als hij, in ressort A terechtgekomen gevangenisstraf krijgt en in B er met een geldboete van afkomt, dan is de gelijkheid van rechtsbedeling, die ik op het oog heb geschonden. Nu kan X geen twee kanten tegelijk oprijden en bilocatie zal zijn fort ook niet zijn. *Dus valt er niets te vergelijken* en wat erger is niets te bewijzen. Daarom moeten we bereid zijn de fantasie op te brengen deze meneer X krachtens verdeling te splitsen in twee volwaardige, geheel gelijke heren V en W, nadat X uit het café is gekomen elk een auto bestijgend, de een naar A, de ander naar B. V gaat na aanhouding de gevangenis in, W komt er met een geldboete vanaf. Ongelijkheid, onrecht.

Maar nu komen ze op mij afstormen, de strafrechtsgeleerden en roepen mij honend toe: 'Dat is onmogelijk: er zijn voor het strafrecht geen twee volkomen gelijke gevallen (personen).' Dat is nou juist het mooie van het strafrecht. Dat V in de gevangenis terecht komt en dat W alleen zijn beurs hoeft te trekken, dat komt nu juist, omdat hun ongelijkheid die verschillende behandeling vereist. Ergens uit een totaalkasboek zal blijken, dat ze gelijk behandeld zijn naar de mate van hun ongelijkheid.

Zo loopt die redenering en ik heb er al heel wat meegemaakt, die je daarop kon zien denken: maar tòch klopt het niet, ik weet alleen niet, wat er niet klopt. Dezulken hebben gelijk. Er klopt geen barst van.

De persoonlijkheid van de dader én van de rechter

Kort en goed: Er is geen enkele reden om aan te nemen, dat verschillen in strafmaat alleen of voornamelijk voortvloeien uit *verschillen in persoonlijke omstandigheden van de daders* als de bestraffende rechters – zo'n paar honderd – los van elkaar volop keuzen hebben, gelegen tussen een belachelijk lage en een formidabel hoge straf. Laat maar eens tien willekeurige mensen voor één feit kiezen tussen *drie* straffen, waarvan er één licht, de ander gewoon, de derde zwaar is. Wedden dat ze niet allemaal hetzelfde kiezen? Waar ligt dat aan. *Aan de verschillen in persoonlijke omstandigheden van die rechters natuurlijk.* Er zijn, grof gezegd rechters die zich afvragen, hoe kan ik zo laag mogelijk komen met mijn straf, want helpen doet het toch niet en rot is het, vooral gevangenisstraf. En er zijn rechters, die wel in straf geloven, die straf in ieder geval

een adequate reactie op misdrijven vinden. Daar tussen uiteraard de mengvormen. Laten we wel wezen. Veel critici van het strafrecht en met name van de gevangenisstraf zien daarin plotseling weer wel een adequate reactie als het Menten betreft. Of als het het misdrijf van verkrachting aangaat. Maar wat daarvan zij, en zonder een moreel oordeel uit te spreken, die opvattingen over de practijk van het strafrecht zijn er nu eenmaal. En als deze zich nu maar mooi mengden dan kregen we toch nog een soort gelijkheid op het vlak der gemiddelden, maar ook dat is een illusie: ook onder rechters geldt, al wordt het bijna niet gezegd, dat het beleid niet door meerderheid van stemmen of unanimiteit *zonder meer* tot stand komt maar door persoonlijkheid, karaktersterkte en overtuigingskracht, die meerderheid en unanimiteit vormen. En die eigenschappen komen bij beide groepen voor en worden bij beide groepen gemist.

Gevolg is, al heb ik het nu expres erg dogmatisch opgezet, dat er verschil in strafmaat bestaat niét gelegen in de persoon van de dader noch in de ernst van het feit, maar in de persoonlijkheid van de rechter(s). Eigenlijk is dat zelfs vanzelfsprekend, maar daarom niet minder ongewenst. Want het is onrecht. En het is onrecht, dat uiterst moeilijk is te meten, omdat het niet berust op gemeenheid en kwade trouw maar juist op persoonlijke inzichten. Moeilijk te bewijzen ook, omdat men altijd de persoon van de dader ook als de oorzaak van het verschil *kan* aanwijzen. *Maar er is iets tegen te doen.* Naar mijn idee had dat allang gebeurd moeten zijn.

Eén overtuiging, twee voorbeelden

Als lid van de penitentiaire kamer van het Arnhemse hof (art. 15*c* lid 2 Sr) kreeg ik uit alle delen van het land gevangenisstraffen onder het oog, meest uiteraard van meer dan 9 maanden (art. 15 Sr.). Dat heeft mijn stellige overtuiging dat er ongelijkheid in strafbedeling bestaat, die niet is toe te rekenen aan ongelijkheid in de omstandigheden van de daders, tot zekerheid versterkt. Ik geeft twee voorbeelden *uit vele:*

Een jonge woonwagenbewoner, analfabeet. Begaat met 16 jaar een aantal diefstallen en inbraken. Heeft tevoren ooit voor een dergelijke serie voorwaardelijke tuchtschoolstraf gehad. Krijgt nu, met 17 jaar, één jaar gevangenisstraf, ondanks: 486 Sv., 77*b* en 77*m* Sr. In strijd met het recht? Nee, want onder de toegepaste artikelen staat 'netjes': 77*c* Sr. Alleen: de rapporteurs zijn het over één ding eens: de jongen is voor zijn leeftijd bijzonder kinderlijk. En 77*c* Sr. dat voor 16-jarigen het volwassenenstrafrecht mogelijk maakt, stelt o.m. eisen aan de persoonlijkheid van de dader. Toch wel niet, dat hij geestelijk nòg jonger is dan zijn leeftijd aangeeft. Vraag: zouden alle rechters in Nederland zo'n jongen als volwassene hebben bestraft, waardoor alleen reeds de tijd van zijn onvrijheid verdubbeld werd? En wààr blijkt, dat de rechter zich gerealiseerd heeft wat hij deed en waarom hij dat deed, nu hij kon volstaan met een stom nummertje aan te halen? (maar had hij dat niet gedaan, dan was de hele beslissing nietig).

Iemand heeft vier maanden gevangenisstraf gekregen omdat hij 'onbekwaam' een auto heeft bestuurd. Hoe kan dat als op overtreding van art. 26 WVW maximaal drie maanden staat? O, dat is heel eenvoudig: de man had de bloedproef geweigerd. Dàt werd hem telastegelegd èn onbekwaamheid om te rijden als bij art. 26, *lid 1* omschreven. Twéé feiten en dus is het maximum met medewerking van art. 57 Sr.: 4 maanden. Hoeveel rechters zouden dat doen?

Wat nu te doen?

Er is iets aan te doen, schreef ik. Er moet een landelijk centraal college komen, waar zij die menen, dat zij een te hoge straf hebben gekregen kunnen klagen, dààrover en daarover alléén, zonder de kans te lopen dat zij hoger straf krijgen. Ik heb geen ruimte meer om er hier méér over te zeggen – elders gebeurt dat wel. Maar ik weet dat dit een belangrijke èn dat het een mogelijke zaak is. Misschien (wellicht) zijn er studenten en afgestudeerden, die daar met mij op willen studeren, want de verwerkelijking is een zaak met veel haken en ogen. Maar nogmaals: niet onmogelijk. Gaarne wacht ik berichten in. En overigens: soms kunnen ook Duitsers het aardig zeggen: 'Reiner Knast hilft doch niet'.

17B. Gelijkheid van bestraffing, een onoplosbaar probleem?

Nadat de rechter bewezen heeft verklaard dat een strafbaar feit is begaan door iemand die strafbaar is, komt de strafoplegging aan de beurt. Ook dan kan nog afgezien worden van straf door toepassing van art. 9a Sr. Maar hebben we daarmee afgerekend dan helpt er geen moedertje lieve meer aan: er moet een straf uit de bus komen.

Waarvan zijn de aard en de mate van straf afhankelijk? Ik zou zeggen van de ernst van het feit en van de schuld van de dader. De ernst van het feit is een begrip dat in twee delen uiteenvalt: de ernst van het soort van feit en de ernst van het feit binnen een soort: mishandeling is minder ernstig dan doodslag of moord; diefstal is in haar soort een ernstiger feit dan verduistering. Vooral in het laatste geval hoor ik iemand vragen: is dat zo en als het zo is, waarom? Ik heb daar een formeel antwoord op: kijk naar het strafmaximum: de ernstigste (gewone) verduistering levert in elk geval een jaar minder straf op dan de ernstigste diefstal. Daarnaast is er de ernst van het feit binnen zijn eigen soort. Je kunt veel en je kunt weinig stellen: diefstal is het allebei. Je kunt stelen omdat je honger hebt en uit pure hebzucht.

Deze tweedeling van de ernst van het feit heeft, vooral nu wij geen bijzonder strafminimum kennen, ten gevolge dat het mogelijk is dat voor een doodslag onder bepaalde omstandigheden minder straf wordt opgelegd dan voor een diefstal. Wie lang in het vak zit heeft dat vast wel eens meegemaakt.

En nu de 'schuld'vraag. Wij kennen een schuldstrafrecht en daarom de regel: geen straf zonder schuld. We zouden ook de regel moeten kennen: niet meer straf dan de schuld van de verdachte meebrengt, maar zoals bekend, houdt de rechtspraak zich daar niet aan: de rechter die overweegt dat hij meer straf oplegt dan de schuld van de verdachte rechtvaardigt, wordt door de cassatie-rechter niet op het matje geroepen. Toch zal iedere rechter toegeven dat in een schuld-strafrecht de mate van schuld de strafwaardigheid bepaalt. Maar schuld of onschuld het is een gecompliceerd innerlijk proces, als men tenminste al aanneemt dat de mens een (ten dele) vrij wezen is dat schuld kan hebben. Soms worden rechters bij de bepaling van de (mate van) schuld geholpen door de beoefenaars van gedragswetenschappen; wij spraken vroeger over het psychiatrisch rapport. Ik heb er veel onder ogen gehad en er waren heel knappe bij. Maar eigenlijk denk ik dat psychiaters c.s. ook wel weten dat ze de schuld niet kunnen meten maar ons, rechters, niet willen teleurstellen en daarom, zo te goeder trouw als mogelijk, enig idee bijbrengen van de schuldtoestand van verdachte. Erg verfijnd zijn de daarbij gehanteerde begrippen niet: ontoerekeningsvatbaar (heel zelden) sterk verminderd, verminderd, enigszins verminderd toerekeningsvatbaar en ge-

heel toerekeningsvatbaar. Verder komt men meestal niet. Ik zou menen dat de wetenschap wel aardig in staat is vast te stellen wanneer de schuld wegens een ziekelijke stoornis ontbreekt, ook nog wel dat om die reden weinig schuld aanwezig is, maar dat de vaststelling: ik heb hem onderzocht en zijn schuld aan die daad is niet beperkt, een slag in de lucht is, al was het maar omdat schuld ook geheel of ten dele kan ontbreken zonder dat er sprake is van een storing van de geestvermogens.

Mijn eerste conclusie is wellicht wat schokkend: laat de strafrechters maar niet te veel aantobben met de schuldvraag. Alleen waar er op grond van ziekelijke stoornis een manco is moet dit, wat de strafmaat betreft ten gunste van de verdachte werken. Maar ik acht het geheel uit den boze iemand een bijzonder hoge straf op te leggen wegens meer dan gewone mate van schuld. Zo zag ik nogal eens dat rechters een hogere straf oplegden omdat de verdachte geen berouw toonde. Dat kan evengoed wijzen op mindere dan op meerdere schuld. Mijn tweede conclusie is: rechters moeten niet of amper de strafmaat bepalen aan de hand van de mate van schuld naar boven. En als ze dat niet doen vervalt er een belangrijk argument voor verschil in strafmaat ook al weer: naar boven.

Vanuit de verdachte bekeken zou het 't zuiverste zijn als hij voor een door hem gepleegd strafbaar feit precies even veel straf kreeg als een ander die een even ernstig feit had gepleegd met ruw genomen, dezelfde mate van schuld. Sterker: de rechtvaardigheid eist dit. Maar vanuit de rechter bekeken is er een grote moeilijkheid. Hij moet straffen al naar gelang de ernst van het feit (in tweeërlei zin) met enige, zij het rudimentaire, aandacht voor het schuldelement. Maar hij is onafhankelijk en hij moet oordelen naar eigen inzicht en overtuiging omtrent de ernst van het feit en de strafwaardigheid. En de inzichten en overtuigingen van rechters kunnen in dat opzicht ver uiteenlopen. Als hij niet overeenkomstig inzicht en overtuiging zou straffen, maar hoger of lager, zou hij onrechtvaardig oordelen. Is dit niet een onoplosbaar dilemma? Ik noem drie medicijnen, waarvan alleen het laatste algeheel genezend werkt.

1. Helpt een uitgebreid, goed werkend informatiesysteem, waardoor iedere rechter zich op de hoogte kan (en moet) stellen van wat in den lande voor soortgelijke feiten onder soortgelijke omstandigheden aan straf wordt opgelegd? Ongetwijfeld. De wetenschap dat hij in zijn bestraffing in hoge mate afwijkt van wat normaliter aan straf wordt opgelegd, kan voor de wijze rechter een reden zijn om zijn strafoplegging bij te stellen. Maar hij is er niet toe verplicht en hij kan zich onder omstandigheden genoopt voelen eigen maatstaven te blijven hanteren.

2. Zou het helpen als rechters in hun strafoplegging niet boven de eis mogen gaan, zoals in veel landen het geval is? Zeker, mits het Openbaar Ministerie, dat daar gemakkelijker toe in staat is landelijk een systeem hanteert van geëiste strafmaten zoals voor heel wat strafbare feiten al het geval is. Want naar boven komt er dan eenvormigheid van strafoplegging. Wel kan de rechter beneden die maat straffen. Maar dat is niet echt erg.

Hier doet zich het spiegelbeeld voor van de parabel over de werkers in de wijngaard uit de Bijbel: die het langst gewerkt hadden en de hitte van de dag hadden doorstaan kregen een rechtvaardig loon en daarom mochten zij niet zeuren over het meer dan rechtvaardige loon dat degenen kregen die korter hadden gewerkt. Dat iemand te weinig straf krijgt is te verdragen als niemand teveel krijgt. De mate van

perfectie van deze werkwijze hangt echter af van de perfectie van de richtlijnen van het Openbaar Ministerie. Hoe beter die zijn en hoe beter die worden nageleefd, hoe meer de strafoplegging in gelijksoortige gevallen gelijk kan zijn.

Maar rechters op deze manier verplichten lager te straffen dan zij rechtvaardig achten, omdat zij niet boven de eis mogen gaan, is toch ook niet alles. Beter zou in dit opzicht zijn dat rechters zonder verplichting zoveel wijsheid en zelfbeheersing aan de dag leggen dat zij maar bij hoge uitzondering boven de eis gaan, namelijk wanneer ondanks de toepassing van het richtlijnen systeem door het O.M in dit zeer bijzondere geval de geëiste straf voor iedereen duidelijk veel te laag is. Dat komt een heel enkele keer voor maar lang niet zo vaak als wordt aangegeven door de gevallen waarin de rechters thans de eis te boven gaan. Dat zijn er heel wat.

3. De rechters of raadsheren raken echter hun (terecht gekoesterde) onafhankelijkheid niet kwijt en toch wordt de gelijkheid van bestraffing zoveel mogelijk gewaarborgd indien aan de verdachte na behandeling in hoger beroep de mogelijkheid openstaat zich te wenden tot een kamer van straftoemeting. Daar kan hij niet slechter van worden maar hij geeft daardoor wel zijn recht om in cassatie te gaan prijs. Alleen in geval van onvoorwaardelijke gevangenisstraf en bij zeer hoge geldboete zou hem dit rechtsmiddel open moeten staan. Het hof verlaagt de straf als deze, gelet op de in Nederland geldende mate van bestraffing, duidelijk en aanmerkelijk te hoog is. Het hof zou een vrij ruime marge in aanmerking dienen te nemen voor bijzondere omstandigheden van het geval. De informatie waarover ik onder 1) schreef is natuurlijk ook voor dit hof van het hoogste belang.

Ik ben van mening dat alleen deze oplossing tegemoet komt aan de problematiek van de hiervoor genoemde twee tegengestelde aspecten van rechtvaardigheid. De rechters straffen volgens de maat waartoe zij zich verplicht achten, de verdachte kan zich weren tegen een straf die zo tot stand komt maar die hem in een ongunstiger positie brengt dan zijn lotgenoten.

18. Als waren zij gehuwd...

NJ 1994, 625

Deze zaak stelt ons opnieuw voor de vraag of het samenleven van twee personen van hetzelfde geslacht *kan* vallen onder de omschrijving van art. 160 Boek 1 BW wat betreft de zinsnede:

> 'dan wel is gaan samenleven met een ander als waren zij gehuwd'.

In die gevallen immers eindigt (definitief) de verplichting van de gewezen echtgenoot om uit hoofde van echtscheiding levensonderhoud te verschaffen aan de wederpartij op eendere wijze als wanneer die wederpartij opnieuw in het huwelijk was getreden.

De vraag rijst opnieuw want zij heeft, in ontkennende zin, beantwoording gevonden in HR 3 november 1978, NJ 1979, 121 met als vervolg HR 19 december 1980, NJ 1982, 65. Bij het eerste van die arresten overwoog de Hoge Raad onder meer:

> 'Terecht gaat dit middel onder 2 ervan uit, dat artikel 160 Boek 1 BW niet van toepassing is op een homofiele relatie.'

Dit was overigens meer een uitgangspunt, een vaststelling dan een overweging want iedere motivering ontbrak. Zou het kunnen zijn dat de Hoge Raad toen nog dit standpunt zo vanzelfsprekend vond, dat het geen motivering behoefde?

Nu eerst de feitelijke toedracht van de voorgeschiedenis.

De verzoeker van cassatie – verder te noemen: de man – heeft zich met een verzoekschrift gewend tot de rechtbank te Assen. Krachtens een rechterlijke beschikking moest hij, toen zijn 27-jarig huwelijk door echtscheiding was ontbonden, maandelijks driehonderd en vijftig gulden alimentatie aan de verweerster in cassatie – verder te noemen: de vrouw – betalen. Hij vroeg nu de rechtbank zijn bijdrage op nihil te stellen omdat en nadat de vrouw met een andere vrouw was gaan samenleven. Hij baseerde zijn verzoek op art. 160 en vroeg dus eigenlijk geen nihilstelling (die immers op grond van gewijzigde omstandigheden voor verandering vatbaar is) maar een verklaring voor recht dat zijn alimentatie-plicht jegens de vrouw geëindigd was. Bij tussen-beschikking van 29 september 1992 droeg de rechtbank de man onder meer op te bewijzen, dat de vrouw met mw. Bremer samenleefde als waren zij gehuwd. Daaraan ging vooraf de slotsom:

> 'dat de alimentatieplicht van de man geëindigd is, indien komt vast te staan dat de vrouw met mevrouw Bremer in concubinaat leeft'.

Na het horen van getuigen gaf de rechtbank op 15 december 1992 een tweede tussenbeschikking. Ik citeer daaruit alleen:

> 'De door de man gestelde lesbische relatie is niet bewezen. Van een financiële verstrengeling is niet gebleken. De relatie die wel is komen vast te staan is onvoldoende om te komen tot het oordeel, dat van een met het huwe-

lijk gelijk te stellen samenleving sprake is.'

Op 15 juni 1993 volgde de eindbeschikking. Die is, vreemd genoeg, in cassatie amper van belang. Beide partijen kwamen in hoger beroep, de vrouw van alle drie de beschikkingen, de man van de tussenbeschikking van 15 december 1992. De appelrechter stelde echter in zijn na te noemen beschikking vast, dat de vrouw had begrepen dat het beroep van de man mede gericht was tegen de eindbeschikking van 15 juni 1993.

Bij beschikking van 27 oktober 1993 heeft het hof de eerste tussenbeschikking van de rechtbank vernietigd en de twee andere beschikkingen bekrachtigd. Het hof vernietigde de eerste tussenbeschikking omdat daarin, zoals uit het hiervoor aangevoerde blijkt, door de rechtbank was aangenomen dat een lesbische relatie van de vrouw op de voet van art. 160 BW haar recht op alimentatie zou kunnen doen beëindigen. Daarmee was het hof het om in zijn beschikking uiteengezette redenen niet eens.

De man heeft tegen de beschikking van het hof beroep in cassatie ingesteld. Hij heeft een middel van cassatie voorgesteld, waarin hij klaagt over de beslissing van het hof dat een relatie tussen personen van hetzelfde geslacht, in dit geval een relatie van twee vrouwen, niet kan vallen onder art. 160 BW voor zover daarin wordt bepaald dat met een huwelijk gelijk wordt gesteld het samenleven met een ander als waren zij gehuwd.

Bij Pitlo, Personen- en Familierecht, 1985, blz. 361-362 trof ik de volgende merkwaardige passage aan:

> 'Het Hof Amsterdam besliste dat het misplaatst zou zijn aan de vrouw enige uitkering tot levensonderhoud toe te kennen ten laste van de man, nu de vrouw samenwoont in een huis met een vriendin met wie zij een liefdesrelatie heeft in die zin dat zij een levensgemeenschap hebben gevormd die ook geslachtsverkeer meebrengt (28 oktober 1977, NJ 1978, 58). Het is derhalve niet relevant voor het toepassen van art. 160 of het gaat over een "gewoon" dan wel om een "lesbisch" concubinaat.
>
> De Hoge Raad meende echter dat het Hof niet alleen op grond van deze relatie de onderhoudsplicht van deze man had mogen beëindigen. Het samenwonen met een ander is alleen van belang voor zover dat van invloed is op de behoeftigheid. Daaromtrent had het Hof niets vastgesteld (HR 3 november 1978, NJ 1979, 121).'

Zoals het daar staat is deze uitleg van het arrest van de Hoge Raad apert onjuist. Het ging ten eerste niet over samenwonen maar over samenleven. En samenleven "an sich" met een ander is bij een "gewoon" concubinaat (evenals het aangaan van een later huwelijk) nu juist uitsluitend van belang voor de beëindiging van de alimentatie. Bij een lesbisch concubinaat of een concubinaat van twee mannen lag dat anders maar de reden daarvoor was dat de Hoge Raad er in 1979 niet aan wilde om een concubinaat van personen van dezelfde kunne aan te merken als een van de vormen van samenleving als waren de erbij betrokkenen gehuwd. Ik zou er toen ook zo over gedacht hebben. Maar op het moment dat dat standpunt niet meer wordt onderschreven kan ook elk homofiel concubinaat grond zijn voor een definitieve beëindiging van recht op en plicht tot betaling van alimentatie aan de gewezen echtgenoot, geheel los van de behoeften of behoeftigheid van deze laatste alsmede van de draagkracht van de eerste.

In HR 19 oktober 1990, NJ 1992, 129, trof ik de volgende passage aan, in zekere zin in dat geval een obiter dictum maar voor ons geval een belangrijke richtlijn. (Als in die passage wordt gewaagd van 'het vorenstaande' wordt daarmee gedoeld op de vanouds bestaande omschrijving van het huwelijk als een duurzame levensverbintenis tussen een man en een

vrouw waaraan een reeks rechtsgevolgen wordt verbonden die deels verband houden met het verschil in geslacht en de daarmee samenhangende gevolgen voor de afstamming van kinderen):

> 'Het vorenstaande laat onverlet de mogelijkheid dat het onvoldoende gerechtvaardigd is dat een bepaald rechtsgevolg wel aan het huwelijk verbonden wordt maar niet aan het duurzaam samenleven van twee personen van hetzelfde geslacht. Een vraagstuk van deze aard – dat doorgaans slechts door de wetgever zal kunnen worden opgelost – is echter in deze procedure niet aan de orde.'

Maar in onze procedure wel. En niet de wetgever maar de rechter als uitlegger van de wet

> – in dit geval van wat in de werkelijkheid van nu moet worden verstaan onder 'samenleven als waren zij gehuwd'–

zal hier het beslissende woord moeten spreken.

Prof. mr. W. Hammerstein-Schoonderwoerd heeft in haar Nieuwenhoflezing: Samen door het leven, Kluwer 1993, de aandacht gevestigd op de annotatie van haar collega Alkema bij het arrest van 19 oktober 1990 en met name op wat deze daarin zegt over een dissenting opinion van rechter Martens bij de beslissing van het Europese Hof voor de rechten van de mens (EHRM) van 27 september 1990, A. 184, Cossey versus het Verenigd Koninkrijk:

> 'Hij wil het begrip huwelijk losmaken van de mogelijkheid tot voortplanting, zodat een persoon – ook na operatieve verandering van het geslacht – in staat is te huwen ... Een zodanige uitleg van het recht om te huwen is – zeker binnen de Nederlandse verhoudingen – heel wel te verdedigen en kan wellicht op den duur zelfs de weg banen voor het "homohuwelijk".'

*Daar*toe zal inderdaad ingrijpen van de wetgever nodig zijn al was het maar omdat art. 33 van boek 1 BW niet alleen het monogame huwelijk verkondigt en voorschrijft: *een* man en *een* vrouw, maar ook het intergeslachtelijke: een *man* en een *vrouw*. Er kunnen nu twee vragen gesteld worden, die terdege onderscheiden dienen te worden:

(I) Waarom maakt het nieuwe huwelijk van de ex-partner een einde aan diens recht op alimentatie?

(II) Waarom dient het "gewone" concubinaat (samenleven als waren zij gehuwd) wat dit rechtsgevolg betreft gelijk gesteld te worden aan dat nieuwe huwelijk?

(I) Misschien is het in het verband van deze problematiek nog het duidelijkst om voorop te stellen, welke reden daartoe *niet* juist en in ieder geval niet toereikend is. Ik doel daarmee op de omstandigheid dat de opnieuw gehuwde als gevolg daarvan geen behoefte meer zou hebben aan alimentatie.

Dat is daarom zo duidelijk omdat er aan de draagkracht van de persoon met wie zij/hij in volgende echt huwt geen enkele eis wordt gesteld. Het is, anders gezegd, zeer wel mogelijk dat de gescheiden vrouw daarna in het huwelijk treedt met een arme sloeber die instede van haar te onderhouden door haar moet worden onderhouden. Als gevolg waarvan zij en alimentatie moet gaan derven *en,* in zekere zin, alimentatie moet gaan betalen.

> Juliet Lowell heeft in dit verband – het is maar een illustratie – in haar hier te lande te weinig bekende 'Dear Justice' een, wellicht niet al te feministisch georiënteerde, maar toch leuke vrouw opgevoerd in gesprek met de rechter. Dat gesprek verliep van haar kant als volgt:
>
> 'Don't pay attention to Ma's complaint, that my husband sits around all day and do'nt work. Sure I make the living but he sure makes the living worthwile.'

De echte reden is gelegen in het achter zich verbranden van al die oude schepen,

nu aan boord van een vorstelijk opgetuigd, nieuw schip opnieuw zee wordt gekozen. En om wat nuchterder op de zaak in te gaan: omdat het van de eerste echtgenoot niet meer kan worden gevergd dat hij, eventueel straks na het mislukken van de tweede echtvereniging van zijn expartner, opnieuw in de buidel moet tasten.

(II) Met een nieuw huwelijk wordt gelijk gesteld het samenleven van een (gescheiden) mens als ware deze met die ander gehuwd. Waarom? Ongetwijfeld ook om deze praktische reden: anders zou iemand wel eens op het idee kunnen komen met een nieuwe partner niet in het huwelijk te treden maar met deze in concubinaat te gaan leven. Dan zou, zonder het verlengstuk van art. 160, de alimentatie misschien toch ophouden omdat er geen behoefte meer bestond (maar als gezegd, dat is helemaal niet noodzakelijk) maar zelfs dan zou de alimentatieplicht weer kunnen herrijzen als dat concubinaat zou eindigen.

Maar als dat, zoals ik aanneem, de grond is voor de gelijkstelling, dan is het alleen een aanvaardbare grond wanneer in dit opzicht, wat betreft dit rechtsgevolg, het huwelijk met deze vorm van concubinaat gelijk gesteld kan worden.

> Ten behoeve van de velen die anders dan ik menen dat door zulke redeneringen, door een dergelijke gelijkstelling, de waardigheid en de waarde van het huwelijk – als hoeksteen van de samenleving – wordt ondermijnd, las ik hier in, dat het een zeer gedeeltelijke gelijkstelling is en nog wel een die niet de rechten aan een huwelijk verbonden verleent aan de samenlevenden, maar juist een van de plichten overdraagt.

En aan welke eisen moet het samenleven voldoen om te worden tot een samenleven als waren de betrokkenen met elkaar gehuwd.

Dat is voor de rechtspraak een moeilijke vraag geworden. Geleidelijk aan heeft zich een beeld ontwikkeld, waarvan de contouren worden weergegeven in Asser-De Ruiter-Moltmaker: Personen- en Familierecht, Tjeenk Willink, 1992, nr. 647. Daarbij stellen deze voorop dat de moeilijkheid dat er, hoe men ook leeft, een huwelijk is als dat voor de wet gesloten is, moet worden ontweken door uit te gaan van de "kenmerken van het als normaal beschouwde huwelijk" het ideaaltypische huwelijk zou Max Weber, denk ik, zeggen:

> 'Uit het feit dat een huwelijk kan bestaan zonder dat van woning en wederzijdse verzorging sprake is, kan derhalve niet de conclusie worden getrokken dat zonder samenwoning en wederzijdse verzorging zich de situatie van "samenwonen als waren zij gehuwd" kan voordoen.'

Voorts wijzen zij op HR 2 april 1982, NJ 1982, 374, waar gesproken wordt van:

> 'die volledige, tot lotsverbondenheid leidende levensgemeenschap welke het kenmerk is van een normaal huwelijk'
>
> waarna ik nog citeer:
>
> 'In latere rechtspraak (zie HR 22 febr 1985, NJ 1986, 82 m.nt. EAAL, FJR 1986 p. 112 e.v. Hammerstein-Schoonderwoerd) is het element economische eenheid benadrukt: naast de duurzame en affectieve relatie moet er zijn wederzijdse verzorging door bijdragen aan de gemeenschappelijke huishouding of op andere wijze. Bij dit laatste kan worden gedacht aan zodanige taakverdeling dat de een de huishouding doet en de ander deze financieel voor zijn rekening neemt (aldus Luijten in zijn noot).'

De duurzaamheid waarvan hier sprake is moet uiteraard als een in intentie aanwezige duurzaamheid (binnen onze existentiële tijdelijkheid) worden opgevat.

Dat alles brengt mij vervolgens tot de conclusie dat al de eisen die aan 'samenleven als waren zij gehuwd' in het kader van art. 160 BW gesteld worden, ook ver-

vuld kunnen worden binnen een homofiele relatie: duurzaamheid van de relatie, affectiviteit daarvan, wederzijdse verzorging als hiervoor omschreven en samenwonen.

Het zal, mogelijk al lang, duidelijk zijn welke richting ik in wil slaan: die van uitleg van art. 160 als, anders dan in 1979 aangenomen werd, ook betrekking hebbend op homofiele relaties die aan de eisen van dat artikel voldoen. Maar daartoe moeten nog wel een paar barricades genomen worden. Een daarvan blijkt uit weer een citaat uit, kort gezegd, Asser, nu nr. 649:

> 'Dat zou ons dan tevens verlossen van het nu bestaande dilemma ten aanzien van de toepassing van art. 160 op homofiele relaties. Enerzijds ligt het in de rede om aan dit artikel – vanwege de ertegen bestaande bezwaren – een zo beperkt mogelijke toepassing te geven en het derhalve niet op die relaties van toepassing te achten; anderzijds behoren deze relaties niet ten achter te worden gesteld bij de heterofiele.'

Het hof heeft in deze zaak de wenselijkheid van een restrictieve toepassing van dit artikel ook als argument gebruikt voor zijn beslissing. Ik zie echter helemaal niet in waarom het artikel, dat aan een gezond beginsel ontsproten is, beperkt zou moeten worden toegepast. En zelfs in geval dat wel zou moeten, zou ik nog menen dat die restricties elders gevonden zouden moeten worden dan hier, waar zij tot discriminatie zouden kunnen leiden.

En dan dit: de gedachte die aan de uitbreiding (per amendement) van art. 160 ten grondslag ligt, is deze dat er relaties zijn die zozeer op die binnen huwelijk gelijken, dat zij er mee moeten worden gelijkgesteld wat betreft het gevolg (van een nieuw huwelijk voor alimentatie die haar grond vindt in een oud huwelijk). Maar die gelijkstelling heeft niet alleen vat op concubinaten die als de daarbij betrokken mensen dat maar zouden wensen in een huwelijk zouden kunnen worden omgezet. In het geval de gescheiden vrouw een relatie aangaat met een met een andere vrouw getrouwde man, zal zij haar alimentatie kunnen kwijtraken ook over de periode gedurende welke zij met die getrouwde man niet in het huwelijk kan treden. Daarom is de omstandigheid dat naar huidig recht de gescheiden vrouw niet kan huwen met de vriendin met wie zij een pseudo-huwelijkse relatie is aangegaan, geen reden om art. 160 buiten toepassing te laten.

De enige reden die ik zie om de oude rechtspraak in dit geval te handhaven – hoewel dat zich overigens, bezien vanuit de ex-partner die alimentatie moet betalen, op geen enkele andere wijze laat rechtvaardigen – is deze: de homofiele relatie die wel een affectieve band kan (en vaak zal) scheppen en die wel een sexuele relatie kan (en vaak zal) impliceren, kan per definitie niet, zoals dat in het huwelijk gebeurt, een sexuele relatie van een man en een vrouw inhouden.

Maar als je er goed over nadenkt, betekent dat alleen: we doen het niet, omdat we het niet willen. En dat dan als het gaat over homofilie die in ons recht als een volwaardige levensvorm is erkend.

Mijn voorlaatste punt. Als art. 160 BW ook toepasselijk gaat worden op homofiele relaties, zal dat in de praktijk van nu meestal de vrouw in haar recht op alimentatie aantasten. In het merendeel der gevallen toch zal zij degene zijn die na echtscheiding recht krijgt op alimentatie. En in het merendeel der gevallen zal zij het daarom zijn die door (a) te hertrouwen (b) samen te gaan leven met een man als waren zij gehuwd en (c) samen te gaan leven met een andere vrouw als waren zij gehuwd, het recht op alimentatie verliest. Ik kan echter niet inzien dat dit enige verwijtbare discriminatie inhoudt. Ik zou eerder geneigd zijn te zeggen dat het *niet*-toepassen van art. 160 op homofiele relaties (waarvan in dit geval de lesbische het meest van belang zullen zijn) verwijtbare discriminatie inhoudt.

Tenslotte: soms is er een niet zwakke ondersteuning van het eigen standpunt te vinden in enig betoog van een ander, dat helemaal niet gevoerd werd ten behoeve van die ondersteuning. Ik meen zulk een steun te hebben ondervonden daar waar Prof. Hammerstein-Schoonderwoerd in de jaargang nr. 8 van het Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht op blz. 156 schrijft:

> 'Ervan uitgaande dat de personen in deze categorie niet met elkaar kunnen trouwen (homofiele relatie) doch tussen hen wel een op de huwelijkse relatie gelijkende lotsverbondenheid kan bestaan, is de Commissie van oordeel enz.'

Ik acht het middel gegrond en concludeer tot vernietiging van de bestreden beschikking van het hof met verwijzing van de zaak naar een aangrenzend gerechtshof om deze op het bestaande hoger beroep opnieuw te berechten en af te doen.

Anders de Hoge Raad.

19. Vertrouwen en vertrouwensbeginsel in het strafrecht: een paar verkenningen

I

Een zo centrale plaats als aan het vertrouwen in wetgeving en jurisprudentie van het privaatrecht – en met name in dat niet onbelangrijk onderdeel daarvan dat vermogensrecht heet – geleidelijk aan te beurt is gaan vallen, lijkt daarvoor reeds prima facie in straf- en strafprocesrecht niet weggelegd.[1] Men zou het strafrecht, met name in zijn procesrechtelijke aspecten van opsporing en vooral onderzoek zonder al te veel fantasie als van staatswege geïnstitutionaliseerd wantrouwen te kunnen definiëren. De 'eerzame' burger die zich in strafrechtelijke aangelegenheden op gewekt vertrouwen beroept, maakt meestal niet alleen geen schijn van kans, maar zou, maakte hij wel kans, aan veel strafrecht een dodelijke slag toebrengen. Negen en negentig keer heeft hij als bestuurder van zijn BMW over de, binnen de kom der gemeente gelegen, Hugo de Grootstraat gereden met de aan zijn wagen aangepaste snelheid van 120 km per uur zonder dat ooit enig staatsgezag remmende werking uitoefende, de honderste keer is hij 'erbij', zonder dat hij zich op het door dat verleden toch ongetwijfeld vuurvast gevormde vertrouwen: hier gebeurt me niets als ik de maximumsnelheid overtreed, zou kunnen beroepen. Wie echter negen en negentig keer met een ander heeft gecontracteerd en daarbij steeds diens factuur drie maanden na levering zonder rente heeft betaald kan het – als dit nooit tot aan hem gerichte bezwaren heeft geleid best proberen zich – zelfs in het geval dat in de toepasselijke Algemene Voorwaarden een nauwkeurige renteclausule voor te late betaling is opgenomen – op het vertrouwen te beroepen, dat hij, deze honderdste keer óók na drie maanden betalend, nu evenmin tot rentebetaling was gehouden, zulks de A.V. ten spijt. Voor een kras voorbeeld uit de wet: art. 1430 BW.

1. De ultieme grondslag voor de gebondenheid aan overeenkomsten is toch het vertrouwen in het 'gegeven woord': belofte maakt *schuld*. 'De gebondenheid aan dat woord ligt *in de verhouding zelf* precies evenzeer opgesloten als de gebondenheid aan het bevel, dat van het gezag in de gemeenschap uitgaat, in het bestaan der rechtsgemeenschap', aldus Paul Scholten in zijn Algemeen Deel, bladzijde 25. Gerard Langemeijer heeft er in: De Gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, 3e herziene druk, p. 79-80, de nadruk op gelegd, dat in het civiele recht het vertrouwen juist ook daar verplichtingen oproept en tot stand brengt, waar het objectief zonder grond is. Stemt de werkelijkheid niet overeen met datgene waarop de ander in de burgerrechtelijke relatie door toedoen van zijn wederpartij (door diens woorden enz.) mocht vertrouwen, dan zal die werkelijkheid voor daarmee strijdige gewekte verwachtingen krachtens het risico-beginsel moeten wijken. Men kan zich afvragen of hieraan een ver doorgevoerde billijkheidsidee ten grondslag ligt of dat het een terugkeer is naar beginselen van het strikte recht maar dan niet in objectieve doch in subjectieve zin: niet de woorden bepalen de rechtsverhouding, maar wat de ander uit de woorden gelet op de omstandigheden van het geval mocht begrijpen. Zie ook art. 3.2.3 NBW.

Waar zit het verschil? Het is een vraag waarop het tentatieve antwoord het enige onderwerp van dit opstel zou kunnen uitmaken, maar de redactie die mij verzocht heeft in dit themanummer het vertrouwensbeginsel in het strafrecht tot onderwerp van studie te nemen, zal waarschijnlijk niet in de eerste plaats aan een beschouwing van 'rechts'vergelijkende aard hebben gedacht. Ik waag daarom een summier en dus onvoldoende met redenen omkleed antwoord, dat vele vragen openlaat èn aan het geheel één vraag toevoegt: de aard van het strafrechtelijk gebeuren, die er een is van *fundamentele ongelijkheid* tussen de 'partijen', brengt de geringe betekenis, welke aan opgewekt vertrouwen in het strafrecht toekomt, met zich mee.

Hiermee alleen volstaan mag ik natuurlijk niet nu de gecursiveerde woorden zo wezenlijk in strijd lijken te komen met dierbare èn waardevolle opvattingen, neergelegd in de eisen van een fair proces en in het beginsel van equality of arms.

Tot aan het moment dat ten opzichte van iemand 'uit feiten of omstandigheden een redelijk vermoeden van schuld aan enig strafbaar feit voortvloeit' (art. 29 Sv) is de ongelijkheid geheel in het voordeel van de dader ten opzichte van wie dat vermoeden niet is kunnen rijzen, die niet de status van verdachte heeft verkregen.[2] Zo de vervolgende instanties al iets tegen hem kunnen ondernemen[3] zal het vaak van absoluut of relatief toeval afhangen of dat iets uithaalt. De niet verdachte dader kan bijna alles doen, de opspoorder mag bijna niets doen. Als om welke reden dan ook de dader tot verdachte wordt zijn de rollen omgedraaid. Tot dat moment lag de heroïne heel 'veilig' bij hem thuis in een bureaulade. Nu zit hij vast en komt de politie, desnoods voorzien van een schriftelijke machtiging, zijn huis van onder tot boven doorzoeken en geen wonder dat ze dan de heroïne vinden.

Is er op dat moment gelijkheid van wederzijdse posities? Kom nou. De man zit vast en zal voorlopig vast blijven zitten want een van de gronden voor voorlopige hechtenis is het voorkomen van 'collusie'. Eigenlijk betekent dat, dat hij vast zit om te voorkomen dat hij op voet van gelijkheid, namelijk in vrijheid, aan zijn eigen verdediging zal werken. Hij is nu immers niet meer een geëerd staatsburger, maar iemand tegen wie de macht, sommigen zeggen: het geweld van de staat zich richt. Het wordt hem extra moeilijk gemaakt een gerezen vermoeden te ontzenuwen. Zo iets zou ondenkbaar zijn in het privaatrecht, waar de 'andere partij' van rechtswege in staat wordt gesteld bij contra-enquête het geleverde bewijs alsnog te ontzenuwen en zou de tegenpartij dat proberen te voorkomen dan zou zij een zware pijp te roken krijgen. Bovendien heeft de man bij wie, terwijl hij vastzat, huiszoeking op grond van een schriftelijke machtiging werd gedaan, geen enkele mogelijkheid om ergens een 'briefje' te verkrijgen als gevolg waarvan de machtiging tot huiszoeking en tot het – desnoods met geweld – betreden van zijn woning ongedaan kan worden gemaakt. Meer formeel gezegd: het strafproces geeft hem, is hij al op de hoogte van het bestaan van de schriftelijke machtiging, daartegen geen rechtsmiddel. In theorie zou hij iets kunnen doen via de burgerlijke rechter: het kort geding.

2. Vergelijk art. 9 van de Opiumwet. Het komt mij voor dat hier een wat lichtere eis gesteld moet zijn aan het optreden van de politie bij het betreden van plaatsen enz. Immers anders was dit artikel in het geheel niet nodig. Juist de aard van drugsdelicten (en tegenwoordig ook de organisatie van de daarop gerichte criminaliteit) brengt mee, dat het vermoeden bijvoorbeeld niet uit feiten of omstandigheden behoeft te zijn ontstaan.

3. Tegen potentiële daders kan bijv. in het kader van het Wegenverkeersrecht een onderzoek worden ingesteld zonder dat eerst een redelijk vermoeden van schuld is gerezen. Hoe ver dat kan gaan, hoe lang het mag duren, bij massale controle, is, gelukkig, nog voorwerp van kritisch onderzoek, óók in regeringskringen.

Wanneer ik echter de mythe van de gelijkheid met klem ontken betekent dat niet dat ik daarmee te kennen geef, dat die ontkende gelijkheid als zodanig ook steeds onjuist en onverdedigbaar is.

Gelet op het uitgangspunt: er *is* een redelijk vermoeden van schuld, ligt het, dunkt mij, voor de hand, dat de ongelijkheid, voordien in het voordeel van de onvermoede dader werkend, vervolgens naar de andere zijde overslaat. Er is immers, dat moet ons uitgangspunt zijn, van dat moment af, veel kans dat iemand een feit dat van staatswege verboden werd en waarop van staatswege straf was gesteld heeft begaan. Ik zal in deze – niet wijsgerige – beschouwing aannemen dat het belang van de staat bij naleving van zijn met straffen gesanctioneerde verboden, rechtstreeks samenhangt met zijn bestaansrecht. Een staat waar gemoord, verkracht, bedongen en gefraudeerd kan worden, zonder dat deze *verplicht* is daartegen op te treden, is ten ondergang gedoemd. Hij beschermt zijn bedreigde burgers niet meer. De bedreigde burgers zullen de staat niet meer in bescherming nemen en doen wat het meest staatsondermijnend is gebleken: het recht (of soms onrecht) in eigen hand nemen. De getemperde vergelding door de rechter, die niet zelf vermoord of bestolen is, zal plaatsmaken voor de wraakoefening van het slachtoffer, zijn (haar) familie, clan, politieke club. Daarom zal de staat, die in het strafrecht bovendien een middel heeft gevonden om zich te keren tegen rechtstreeks tegen zijn voortbestaan gerichte uitingen ('misdrijven tegen de veiligheid van de staat; misdrijven tegen de koninklijke waardigheid') zich (moeten en ook zullen) inspannen om het vermoeden, dat iemand schuldig is aan een strafbaar feit, te laten uitgroeien tot een zodanige mate van waarschijnlijkheid (dat is: juridische zekerheid) dat een veroordeling kan volgen. Alle dwangmiddelen scheppen wezenlijke ongelijkheid. En bovendien staat *nu* een geheel van georganiseerde verbanden (vanaf de wijkagent, over de rechercheur, de rechter-commissaris, de officier van justitie, naar de rechtbank, het hof en de Hoge Raad) gereed om de als vermoedelijke wetsovertreder naar voren gekomen persoon te verhinderen de dans te ontspringen. Dat lijkt vervelend uitgedrukt, maar na jaren van bescheiden bezinning en wankele ervaring geloof ik toch dat het geen onjuiste expressie is. Dat werkelijke daders, te wier aanzien het vermoeden van schuld derhalve gerezen is, die dans toch nog al eens ontspringen, en dat dit naar mijn overtuiging meer gebeurt dan dat niet schuldigen, tegen wie zulk een vermoeden desondanks kan rijzen, in de val lopen, vraagt verklaring. Ik meen dat die verklaring hierin is gelegen, dat – de fundamentele ongelijkheid der rechtsposities ten spijt – binnen die ongelijkheid reeds daarom niet de wet van de jungle heerst (overdreven voorzichtig gezegd *mag* heersen) omdat de profiteurs van die ongelijkheid in dit stadium: de vervolgende staatsorganen, niet alleen aan de wet zijn gebonden maar ook aan elementaire fatsoensnormen en daarop, gelukkig, regelmatig worden aangesproken. De opsporing, vervolging, veroordeling van zelfs ernstige misdadigers legitimeert niet tot bandeloos gedrag van overheidswege. En dat geldt niet enkel daar waar de wet paal en perk heeft gesteld aan methoden van opsporing, daarmee tot uitdrukking brengend dat ook in staatsverband het aan de dag brengen van wetsvergrijpen, niet het hoogste goed is, maar ook daar waar simpel de vraag gesteld moet worden, waar het proces – in de ruimste zin des woords genomen – niet fair meer kan worden genoemd. Zelf heb ik dan altijd de idee, dat die fairness niet zo zeer verschuldigd is aan de daders, die (als het over dit soort gevallen gaat) ten koste van medeburgers elke fairness achterwege plegen te laten als wel aan de samenleving, die van een *bandeloze* vervolging, hoezeer ook gericht tegen personen die deze samenleving bedreigen, straks en op de lange duur de wrange vruchten zelf zal oogsten in de vorm van

afnemende vrijheidsrechten, toenemende dwang en macht van de kolos, die staat heet en die ons altijd bedreigt.

Waar het in het strafrecht om gaat is, naar ik meen, dus niet de essentiële gelijkheid van partijen, maar de redelijkheid die binnen die ongelijkheid met name van de sterkere partij mag worden verwacht. Niet omdat zij sterker is, maar omdat zij ons, de gemeenschap, vertegenwoordigt. Dat men van de – op dat moment – zwakkere partij weinig redelijkheid mag verwachten, lijkt duidelijk. Niet omdat zij de zwakkere partij is, maar omdat zij, als het om grote zaken gaat, enkel en alleen haar eigen, onwettig, belang verdedigt. De combinatie van romantiek en zware criminaliteit behoort langzamerhand tot het verleden. En ook de niet zware, maar intens vervelende criminaliteit, hoeven we niet al te sentimenteel te bejegenen. Maar dat alles neemt niet weg, dat wij, en daaronder vallen dan ook de verdachten, er op moet kunnen vertrouwen, dat bij opsporing en vervolging van strafbare feiten wettelijke regels en regels van maatschappelijk behoren (art. 1401 in strafrechtelijke versie) in acht dienen te worden genomen, ook al zou dat ertoe leiden dat het bestaande vermoeden niet tot zekerheid kan uitgroeien.

Men krijgt dan te maken met het soort problemen als: kan de daartoe op zichzelf bevoegde politie-beambte een machtiging tot huiszoeking uitschrijven maar dan alleen voor zichzelf. Men dient zich dan af te vragen: waartoe dient die schriftelijke machtiging? Moeilijk lijkt mij het antwoord niet: opdat een andere wettelijk daartoe gekwalificeerde politieambtenaar zal nagaan (afwegen) of het kwaad van schending der privacy (en die is bij huiszoeking in de praktijk niet gering) moet onderdoen voor het belang van de waarheidsvinding. Het komt mij voor, dat die afweging duidelijk aan kwaliteit inboet als A, die van plan is huiszoeking te doen, zich zelf daartoe machtigt.[4]

Ander probleem: er is een tip gekomen, dat in een deftig hotel te Rotterdam Zuid-Amerikanen zich ophouden die zich bezig houden met smokkel en verkoop van cocaïne. De rechters maken uit dat zo'n hotelkamer onder de gegeven omstandigheden het huis van de verdachte is.

Maar nu de politie-ambtenaren zich tot die hotelkamer toegang hadden weten te verwerven door voor de gesloten deur aan te kondigen, dat er sprake was van room-service, rijst de vraag of zulke *trucjes* – moeten (mogen) worden geaccepteerd. Het antwoord van de rechtspraak hierop was tot in hoogste instantie bevestigend (waarbij ook een rol speelde dat een *niet* gebruikte machtiging tot huiszoeking wel aanwezig was, wat ik op mijn beurt niet goed begrijp). Ik heb dus mijn aarzelingen. Het deed mij dan ook genoegen, dat ook de feitelijke rechter, in de randstad nogal eens geneigd om fors over zulke zaken heen te zien hier toch ook bedenkingen tot uitdrukking bracht.

Dan nog het geval, waarin vaststond, dat een politie-ambtenaar zonder enige volmacht of zelfs opdracht eigener beweging tijdens de afwezigheid van de bewoners hun huis binnendrong en daarbij zoals hij verwachtte, ontdekte dat daar hashish in behoorlijke hoeveelheid aanwezig was. Vervolgens werd in die woning op grond van een schriftelijke machtiging door andere politie-beambten huiszoeking gedaan, waarbij inderdaad hashish werd aangetroffen. Te vermelden valt het navrante feit, dat bij die huiszoeking alle pogingen ten spijt de hash niet werd aangetroffen waarna men – zoekens moede – vanuit dat huis (wie betaalt de telefoonkosten?) de agent die voordien binnengedrongen was belde, die berichtte waar precies de hashish te vinden was. Daar

4. F. Vellinga-Schootstra; Inbeslagneming en huiszoeking, diss. 1982, Alphen aan den Rijn, p. 122.

werd zij ook gevonden. Op grond daarvan werd een vervolging ingesteld die leidde tot een onherroepelijke veroordeling. Thans loopt de aanvrage tot herziening, omdat het feit van de inbraak door de agent aan de rechter die het oordeel uitsprak niet bekend was. De zaak hangt nog. Ik bewonder de houding van het OM in deze. Die komt erop neer, dat niet vervolgd zou zijn als men tijdig had geweten van de 'inbraak' door de agent. Zo moeten we, dunkt mij, in deze moeilijke tijden, met elkaar blijven omgaan.[5]

Hiermede ben ik gekomen aan een samenvatting van deze eerste verkenning. Zij luidt als volgt:

Het is toch minstens verwarrend (van absoluter oordelen onthoud ik mij liever) wanneer het vertrouwensbeginsel in het strafrecht wordt gebaseerd op de gelijkheid van partijen. Immers die gelijkheid bestaat feitelijk niet en behoort (zoals ik het nu zie) ook niet in volle omvang te bestaan gelet op het uitgangspunt: hier is iemand die vermoedelijk een strafbaar feit heeft begaan. Datgene waarop men – daaronder begrepen de verdachte – binnen het strafrechtelijk gebeuren – mag vertrouwen is – voorzover thans voorwerp van onderzoek – dat de vervolgende overheid als machtigste partij (nadat de fase aangeduid bij art. 27 Sv is ingetreden) zich houdt aan de wetsvoorschriften (ook voor zover niet-nakoming *niet* tot nietigheid leidt) alsmede aan de normen van rechtsfatsoen die bij het met elkaar omgaan van partijen ('in de verhouding zelf' volgens Paul Scholten) en dus speciaal bij het omgaan van de overheid met verdachten, dienen te gelden. Niet alleen wat waarheidsvinding oplevert is van belang. Meer dan eens zullen wij, mogelijk knarsetandend, moeten aanvaarden (misschien zelfs erkennen) dat het beter is de waarschijnlijk schuldige te laten schieten dan hem te 'vangen'. Niet allereerst uit respekt voor hem, maar wel voor de samenleving waarvan hij deel uitmaakt. En dit dan omdat de mate waarin die samenleving zich heeft ontwikkeld niet toelaat dat terwille van het ongetwijfeld grote belang van de (waarschijnlijke) waarheidsvinding deze methoden daartoe, hoe efficiënt ook, worden aangewend. In een concreet geval is het allerminst uitgesloten, dat juist dezelfde samenleving wegens de bijzondere, bedreigende, en afschuwelijke omstandigheden van het geval zelf wèl op genadeloze opsporingsmethoden en strenge *daarop* gebouwde veroordelingen zal aandringen, maar juist dan zouden de rechters – het is moeilijk – terwille van het heil van de samenleving in minder bedreigende omstandigheden – die eis niet onmiddellijk moeten inwilligen. Wordt de aandrang heftiger en ondanks of wegens die heftigheid van staatswege ondersteund, omdat dit met de doeleinden van het huidige staatsbestel samenvalt, dan zal daarmee en daardoor de situatie van rechters steeds moeilijker worden. Hèt grote probleem van de rechtspraak blijft steeds, gezien de macht van de staat, om *echte* onafhankelijkheid te realiseren als het er *echt* op aankomt. De trias-leer vindt hier in de praktijk van toen en nu zijn achilles-hiel. Zelfs het recente verleden geeft in dit opzicht geen reden tot optimisme.

II

Vergelijkbaar, zij het wellicht niet gelijk, liggen in civiel- en strafrecht echter wel de problemen, voortspruitend uit de werking van het vertrouwensbeginsel, zo vaak de vraag rijst of en in hoeverre de overheid gehouden is door of namens haar jegens burgers gedane toezeggingen of met burgers gesloten civiele overeenkomsten, waar-

5. Op het ogenblik dat ik dit schrijf is een uitspraak van de Hoge Raad in deze aanvrage tot herziening mij nog niet bekend.

bij publiekrechtelijke bevoegdheden, rechten of verplichtingen betrokken zijn, gestand te doen. In het civiele recht is aan dit onderwerp sinds lang veel aandacht besteed wat men met betrekking tot het strafrecht niet kan zeggen. Toch is het in wezen noch een civielrechtelijk noch een strafrechtelijk probleem, maar een van staatkundige aard. De vraag of een college van B en W gebonden is aan zijn toezegging een publiekrechtelijke bevoegdheid jegens A niet uit te oefenen, is niet echt verschillend van die of een Officier van Justitie aan zo'n toezegging is gehouden, al is het niet op voorhand uitgesloten dat enig verschil in beantwoording kan voortvloeien uit het feit, dat in het eerste geval die bevoegdheid inwerkt op de civiele rechtspositie van A in het tweede op diens strafrechtelijke rechtspositie. Wat echter, zó die verschillen bestaan, verklaring behoeft is juist waarom de gebondenheid van de administratie aan door bevoegden gegeven toezeggingen in het ene geval anders uitgewerkt *moet* worden dan in het andere.[6]

In 1953 (NJ 1954, 3, met noot van DJV) ging het over een publiekrechtelijke toezegging namens B en W van Roermond gedaan aan de bewoner/eigenaar van een huis, dat na het einde van een samenwoning van beperkte duur gegrond op art. 7 van de Woonruimtewet 'van U geen verplichte samenwoning met een ander gezin zal worden verlangd'. Desondanks werd, toen dat moment was aangebroken, toch weer woonruimte gevorderd. De Hoge Raad besliste: 'dat in het algemeen een toezegging om van een publiekrechtelijke bevoegdheid geen gebruik te maken, niet uitsluit dat die bevoegdheid wordt uitgeoefend, indien juist overheidsbeleid ten aanzien van het belang met betrekking waartoe die bevoegdheid is gegeven, zich met de inachtneming van de toezegging niet langer verdraagt.'

Opgemerkt zij dat de eigenaar/bewoner in dit geval voor die toezegging in zekere zin had 'betaald'. Hij was de voorwaarde waaronder de toezegging was gegeven, nagekomen. In zijn noot onder het arrest vermeldt Veegens, dat verscheidene auteurs (Diesch, G.J. Wiarda, A.M. Donner) in een dergelijk geval aan de wederpartij aan wie een nakomingsvordering wordt onthouden, een recht op schadevergoeding willen toekennen. Ook wijs ik er reeds op dat *a.* in de overweging van de Hoge Raad wordt gewaagd van '*niet langer* verdraagt' wat in de richting van het leerstuk van de clausula-rebus-sic-stantibus kan wijzen (maar óók betrekking kan hebben op gewijzigd *inzicht*) en dat *b.* gelet op de bevoegdheid van de overheid om strafrechtelijk te vervolgen de toezegging om van die bevoegdheid (eventueel onder voorwaarden) geen gebruik te maken, geheel aan de hand van de formule van 1953 zou *kunnen* worden beoordeeld.

In de Landsmeerarresten, speciaal *NJ* 1964, *204*, p. 485 l.k., hield het Hof zich letterlijk aan de formule van HR 1954, 3, maar toch oordeelde de Hoge Raad dat het middel de aldus gefundeerde beslissing van het Hof terecht bestreed. Duidelijk werd nu door de Hoge Raad vooropgesteld, dat afwijking van zulk een overeenkomst haar rechtvaardiging slechts zal kunnen vinden in omstandigheden welke door het gemeentebestuur bij de overeenkomst niet waren voorzien. De vrijheid van de administratie gaat, aldus de Hoge Raad, in een dergelijk geval niet zo ver, dat zij 'van de aldus (namelijk door die overeenkomst) zichzelf gestelde richtlijn *naar willekeur*

6. Moeilijk voor bestrijding vatbaar lijkt, dat de verdachte het risico blijft dragen als hem door daartoe onbevoegden toezeggingen of mededelingen, waarop hij bouwt, worden gedaan. Toch zou ik menen, dat ook hier het vertrouwensbeginsel, mits niet onredelijk uitgerekt, soms soelaas kan bieden.

mag afwijken, dat wil zeggen zonder dat er aanwezig zijn onvoorziene omstandigheden ... die haar tot deze afwijking in redelijkheid noodzaken'.

Ik moet mij beperken maar wij er nog op dat Van der Grinten in zijn annotatie van de arresten in Ars Aequi, 1963, p. 138 e.v., in het bijzonder p. 143-144, een veel verdergaande, praktisch absolute, gebondenheid van de overheid aan toezeggingen en overeenkomsten verdedigt. Zijns inziens zou een toezegging om van een publiekrechtelijke bevoegdheid geen gebruik te maken alleen dan opzij moeten kunnen worden gezet als zij door haar inhoud in strijd is met de openbare orde of goede zeden, in welk geval reeds *in het algemeen* overeenkomsten hun rechtskracht verliezen: 'De rechtsplicht van trouw aan het gegeven woord, geldt ook voor de overheid'. Van der Grinten meent dat HR 1954, 3 zelfs in de richting ging van algeheel ontbreken van gebondenheid, maar naar het mij voorkomt ligt de eis, dat onvoorziene omstandigheden moeten opdagen om nakoming – gelet op het algemeen belang – niet meer aanvaardbaar maken, reeds in dat arrest verborgen.

Het arrest van 22 febr. 1974 (*NJ* 1975, 381, ARB) is voor ons onderwerp van belang inzoverre daarin het oordeel is vervat, dat ook toezeggingen, die niet hun grondslag vinden in de wet, in beginsel nagekomen moet worden: 'dat indien het College daarbij van een onjuiste opvatting t.a.v. de juiste uitlegging van art. 83 (van de Algemene Bijstandswet, L) is uitgegaan, daarin geen grond kan worden gevonden de gemeente aan de toezeggingen van het College niet gebonden te achten, nu de Vereniging die toezeggingen had aanvaard in het door het College zelf opgewekte vertrouwen dat art. 83 voor die toezeggingen de ruimte bood; dat de wijze waarop dit artikel moest worden uitgelegd immers niet zo voor de hand lag dat de Vereniging had moeten begrijpen dat het College bij zijn toezeggingen van een onjuiste opvatting uitging en het onredelijk zou zijn de onzekerheid ten aanzien van de uitlegging van dit artikel voor rekening van de Vereniging te brengen; dat zulks mogelijk anders zou zijn, indien de Vereniging door genoemde toezeggingen zonder redelijke grond zou zijn bevoordeeld, doch daarvan geen sprake is nu het hier gaat om de vergoeding van kosten, voortvloeiende uit de aanvaarding van voogdijen...'.

Tenslotte: HR 22 dec. 1978, *NJ* 1979, 289 ARB, waar de formule van 1953 terugkeert. Krachtens zeer oud publiekrechtelijk gewoonterecht moest de Zijpe- en Hazepolder de kosten van onderhoud van kerk en pastorie en het traktement van de predikant voor zijn rekening nemen. Zeer lange tijd dééd die polder dat ook. Maar in onze geseculariseerde wereld wilde hij wel van die last af. Het Hof te Amsterdam was echter van oordeel dat het kerkgenootschap zich kon beroepen op verkrijgende verjaring van deze (publiekrechtelijke) vordering. Daar was de Hoge Raad het niet mee eens: 'Tegen dit oordeel komt onderdeel a van het principale middel terecht op. Een vordering van deze aard kan niet worden verkregen op grond van de in het BW geregelde verkrijgende verjaring. Zulks zou immers in strijd komen met de vrijheid die aan het Waterschap als overheidslichaam bij de uitoefening van de hem toevertrouwde taak is voorbehouden, zoals ook een toezegging van een overheidslichaam om een verplichting als bovenbedoeld op zich te nemen niet meebrengt dat dit de vrijheid mist om in geval van onvoorziene wijziging van omstandigheden daarvan af te wijken, indien het, kort gezegd, oordeelt en in redelijkheid kan oordelen dat een juiste vervulling van de aan hem toevertrouwde taak zich, na afweging van alle betrokken belangen, niet langer met inachtneming van die toezegging verdraagt.'

Bloembergen stelt in zijn annotatie onder het arrest in de *NJ* vast, dat door dat arrest de nog bestaande onzekerheid of aan het overheidslichaam ook een marge van beleidsvrijheid toekomt t.a.v. de vraag *of* er onvoorziene omstandigheden aanwezig

zijn, is weggenomen: die vrijheid bestaat niet. Het oordeel of er zulke omstandigheden zijn komt alleen aan de rechter toe. Hij noemt het doortrekken van de Landsmeerarresten naar puur geldelijke verplichtingen van de overheid als waarvan hier sprake is 'weinig geslaagd' en nadert met betrekking tot dat soort verplichtingen het oordeel van Van der Grinten zeer dicht: 'Ik kan niet inzien, dat de positie van een overheidslichaam t.a.v. geldelijke verplichtingen anders zou moeten zijn dan die van de burger en dat de overheid ook hierbij in geval van onvoorziene omstandigheden een zekere beleidsvrijheid zou moeten hebben'.

Mijn uitgangspunt moge hier in andere bewoordingen nog eens worden herhaald: Zegt het College van B en W toe: wij zullen Uw huis volgend jaar – ten behoeve van de woonruimteverdeling – niet vorderen, als U dit jaar een gezin met vier kinderen in dat huis opneemt, dan zal als de betrokkene aan die voorwaarde heeft voldaan een vordering die desondanks plaatsvindt onrechtmatig zijn (wanprestatie opleveren) tenzij na de toezegging gewijzigde omstandigheden van, naar het oordeel van de rechter zo ingrijpende aard, zich hebben voorgedaan dat nakoming van de toezegging, gelet op het belang van een goede verdeling van de woonruimte, 'te gek zou zijn om los te lopen' (zich niet meer verdraagt, is – ook taalkundig – een veel sterkere uitdrukking dan: in redelijkheid niet gevergd kan worden e.d.).

Waarom zal het nu anders moeten of kunnen zijn wanneer de officier van justitie toezegt: ik zal U voor dat feit straks niet strafrechtelijk vervolgen, wanneer U dit jaar geen enkele wedstrijd van Feyenoord meer bijwoont en U tijdens die wedstrijden bij de politie meldt?

Volstrekt ongenoegzaam lijkt mij dan het typisch strafrechtelijk antwoord op deze in het geheel niet typisch strafrechtelijke vraag: omdat de rechtsgevolgen van het voorwaardelijk sepot in de wet in het geheel niet geregeld zijn.[7] Volstrekt ongenoegzaam omdat bij dat antwoord de kern van de zaak: waarom is de overheid niet gebonden aan haar toezeggingen? in het geheel niet aan de orde komt. En bovendien meen ik dat het typische van een belofte of toezegging – van wie ook, nu juist is dat de rechtsgevolgen daarvan uit de inhoud van de belofte of toezegging voortvloeien: zeg ik, bevoegdelijk, dat ik B niet zal vervolgen, dan is het rechtsgevolg, dat hij niet vervolgd zal worden.

Hoewel de toezegging waar niets tegenover staat (het onvoorwaardelijk sepôt) een minder sterk karakter heeft, blijft ook daar verklaring behoeven waarom de overheid aan het gegeven woord niet gehouden zou zijn. Dat de verdachte door zo'n toezegging 'zonder redelijke grond zou zijn bevoordeeld' kan men immers niet aannemen bij een behoorlijk sepôtbeleid. Ik merk op, dat in dit soort gevallen de omzetting van een nakomingsverplichting in een schadevergoeding bijna steeds èn onuitvoerbaar èn onaantrekkelijk is.

Hoe is de werkelijkheid van het strafrecht? Nadat de Hoge Raad in strijd met een indringend ambtshalve betoog van de A-G Remmelink, bij arrest van 16 okt. 1977, *NJ* 1978, 128, m.nt. GEM het bezwaar dat ondanks een aan de verdachte meegedeeld

7. In zijn annotatie onder HR 16 okt. 1977, *NJ* 1978, 128 noemt Prof. mr G.E. Mulder het een 'sterk argument', maar oppert vervolgens zelf zoveel bedenkingen in de sfeer van belofte maakt (toch) schuld, dat ik niet anders kan dan aannemen dat hij ook zelf, na voor hem typerende afweging, aan de kracht van het sterke argument moet hebben getwijfeld. Ook sterke argumenten zijn soms niet sterk genoeg.

voorwaardelijk sepôt toch was vervolgd zonder redengeving (peek) had verworpen, zulks in overeenstemming met zijn beslissing van 2 juni 1964, *NJ* 1964, 419 (waar het een onvoorwaardelijk sepôt betrof) gaf het eerste Menten-arrest een snelle onverwachte standpuntwijziging te zien.

In 1964 had de Hoge Raad zijn beslissing aldus gemotiveerd:

'1. dat – afgezien van de ten deze niet toepasselijke art. 243, 244, 245, 246, 247, 253 en 255 Sv – ... de wet geen regeling behelst van de rechtsgevolgen, verbonden aan een door den OvJ tot den verdachte gerichte mededeling dat door hem de zaak werd afgedaan door 'sepôt', met andere woorden door hem, Officier, niet zal worden vervolgd;

2. dat het niet de bevoegdheid van de rechter behoort uitbreiding te geven aan de gevallen waarin de wet aan een kennisgeving van den Officier omtrent niet-vervolging het rechtsgevolg heeft verbonden dat nadien het OM is verstoken van het recht alsnog tot zodanige vervolging over te gaan;

3. dat voorts valt te bedenken dat toepassing van de regeling vervat in de bovenvermelde artikelen op andere gevallen ... zou moeten meebrengen dat het voorschrift van art. 255 houdende de mogelijkheid om den verd. weder in rechte te betrekken indien nieuwe bezwaren zijn bekend geworden, al mede toepassing zou moeten erlangen;'.

Ik merk hierbij allereerst op dat 'sepôt' wel een buitenwettelijk woord is, maar niet een buitenwettelijk begrip dekt. Het is een gevolg niet alleen van het opportuniteitsbeginsel maar ook van het feit dat de Officier van Justitie, behoudens in de gevallen van art. 12 Sv., heer en meester is over de vervolging en dus ook – bijvoorbeeld wegens (desnoods vermeend) tekort aan bewijs – op eigen gezag van vervolging mag afzien.[8] Dat de rechter hem dan niet aan zijn woord zou mogen houden, omdat nergens in de wet staat, dat een Officier van Justitie die toegezegd heeft niet te zullen vervolgen, ook niet mag vervolgen (de wetgever heeft het waarschijnlijk te vanzelfsprekend geacht) is, sober gezegd, moeilijk aanvaardbaar. De derde overweging spoort opmerkelijk goed met de 'civielrechtelijke' aanpak van het probleem. Heeft het OM geseponeerd bij gebrek aan bewijs (en dit aan de verdachte meegedeeld) dan zal bij later wèl bekend worden van bewijs typisch daarmee een zodanige ten tijde van het doen van de toezegging onvoorziene omstandigheid aanwezig zijn dat het zich houden aan die toezegging zich (veelal) niet zal verdragen met het belang, dat met vervolging wordt gediend: het bestraffen – na regelmatig proces – van bewezen, strafbare feiten.

Menten deed een beroep op een toezegging van de minister van Justitie Donker – van 1952 –, 'dat hij mij niet zou vervolgen'. De rechtbank wees dit beroep af op de gronden van HR 1964, 419 en voegde daar als eigen argument aan toe, dat het onaanvaardbaar zou zijn als zulk een toezegging van de minister het recht van de belanghebbenden om op voet van art. 12 Sv zich over niet vervolging te beklagen, bij voorbaat zou ontkrachten.

Op zich genomen komt het eigen argument van de rechtbank mij juist voor maar ook hier zou ik zeggen, dat de publiekrechtelijke belofte niet meer bindt, nadat het Hof heeft bevolen dat een vervolging zal worden ingesteld. Ieder sepôt of voorwaar-

8. 'Heer een meester', dominus litis. Dit soort wat cavalerie-achtige terminologie neemt niet weg dat *a* de individuele officier van Justitie als ambtenaar aan de richtlijnen van *zijn* OM en van het (landelijke) OM gebonden zal zijn en *b* dat het OM als bestuurlijk staatsorgaan nimmer in willekeur en strijdig met de regels van behoorlijk bestuur mag handelen. Over de verhouding OM-minister van Justitie zwijg ik nù nog.

delijk sepôt wordt, dunkt mij, gegeven onder de ontbindende voorwaarde, dat niet door het Hof een vervolging zal worden bevolen.

De A-G Remmelink sloot zich, wikkend en wegend, bij de Rechtbank aan (... er is 'gelet ook op de samenstelling van Uw college van toen en nu, nauwelijks aanleiding te veronderstellen, dat Uw Raad zijn rechtspraak op dit punt thans zou wijzigen': hij blijft overigens van mening 'dat een uiterst marginale correctie in stuitende, apert 'onbehoorlijke' gevallen nog aanvaardbaar zou kunnen zijn').

De Hoge Raad besliste:

1. dat inderdaad de wet aan andere dan de in de Vierde Titel van het Tweede Boek Sv bedoelde mededelingen aan een verdachte, dat hij niet zal worden vervolgd, geen rechtsgevolgen heeft verbonden en met name niet het rechtsgevolg dat het OM is verstoken van het recht alsnog tot vervolging over te gaan;

2. dat zulks echter niet zonder meer medebrengt, dat het OM ondanks een dergelijke door de minister van Justitie aan de verdachte gedane mededeling – welke (anders dan in verband met het bepaalde in art. 5 Wet RO moet worden aangenomen wanneer een zodanige mededeling door een ambtenaar bij het OM wordt gedaan) niet noodwendig een voorlopig karakter heeft – alsnog te allen tijde tot vervolging kan overgaan zolang het desbetreffende feit niet is verjaard;

3. dat toch bij de beantwoording van de vraag of zulks mogelijk is, rekening moet worden gehouden met de beginselen van een goede procesorde, welke o.m. medebrengen dat de voor het justitiële beleid verantwoordelijke organen niet handelen naar willekeur, doch – tenzij zwaarwichtiger belangen zich daartegen zouden verzetten – in gebondenheid jegens verd. aan toezeggingen, welke bij laatstgenoemde gerechtvaardigde verwachtingen hebben opgewekt;.

Uit overweging – 1 – blijkt dat de Hoge Raad niet echt omgegaan is: voor toezeggingen van leden van het OM, blijft HR 1964, 419 van kracht. Maar wel wordt nu een onderscheid gemaakt tussen toezeggingen van de minister van Justitie en van de ambtenaren bij het OM. De toezeggingen van deze laatsten zijn, in verband met art. 5 RO, *noodwendig voorlopig* van aard, aldus de Hoge Raad. Art. 5 RO bepaalt dat de ambtenaren bij het OM verplicht zijn de bevelen na te komen, welke hun in hun ambtsbetrekking door de daartoe bevoegde macht, vanwege de Koning, zullen worden gegeven.

Dat de verdachte zich niet kan beroepen op het onvoorwaardelijk gegeven woord van een ambtenaar van het OM zou dus hierop berusten dat deze van het bevoegde gezag, de minister van Justitie, ook ná zo'n toezegging nog het bevel zou kunnen krijgen wèl te vervolgen. Ik zou nu menen, dat, aangenomen dat die bevoegdheid bestaat (en dat is denk ik het geval) een dergelijke toezegging door een ambtenaar van het OM, die daartoe zelfstandig bevoegd is, *hoogstens* door de later opgekomen onvoorziene omstandigheid van zo'n bevel tot vervolging, in discrediet kan geraken. Ik zeg hoogstens, want ik ben van mening dat de minister dan wel zeer bijzondere redenen moet hebben, die de Officier van Justitie niet had, om zulk een bevel te geven. Zo zal, denk ik, de minister van Justitie *als het er op aankomt* aan een lid van het OM kunnen bevelen de verdachte kennisgeving van verdere vervolging te laten toekomen, maar àls een kennisgeving van niet verdere vervolging door en op initiatief van het OM de verdachte bereikt heeft, kan de minister dat niet meer ongedaan maken. Het enige verschil met de sepôt-gevallen is dat de bevoegdheid tot seponeren geen andere sanctie kent dan die van art. 12 Sv. Misschien zou de minister in een bepaald geval een ambtenaar van het OM kunnen bevelen bij zijn rekwisitoir een bepaalde vordering in het strafproces te doen, maar dat neemt niet weg dat de Officier

zelfstandig zulk een vordering kan doen en dat, héέft hij deze gedaan, niemand meer zal menen, dat dat alles 'noodwendig voorlopig' is.

Overigens zal wel niet te ontkennen zijn dat ook de ambtenaren van het OM voor het justitiële beleid verantwoordelijk zijn *en* niet mogen handelen naar willekeur maar, tenzij enz., in gebondenheid jegens verdachte aan toezeggingen welke bij laatstgenoemde gerechtvaardigde verwachtingen hebben opgewekt; *met andere woorden:* indien de verdachte aan een door de officier van Justitie of een ander lid van het Openbaar Ministerie gedane toezegging géén gerechtvaardigde verwachtingen mag ontlenen, dan moet dat geheel toe te schrijven zijn aan het feit dat diens toezeggingen, anders dan die van de minister van Justitie, noodzakelijkerwijze een voorlopig karakter zouden moeten hebben wegens de hiërarchische structuur van het OM uitmondend bij de minister van Justitie. Deze gedachtengang zou alleen aanvaardbaar zijn wanneer het lid van het OM *eigenlijk* de bevoegdheid om zo'n toezegging te doen niet zou hebben en ik voorzie toch al de stormen van protest – èn de feitelijke chaos – die zo'n standpunt zou oproepen. Daargelaten nog dat het dan ook voor de hand zou liggen, dat zo iets bij de toezegging werd vermeld. Vanzelfsprekend heeft een lid van het OM deze eigen bevoegdheid wel en het is juist de vraag of de minister van Justitie deze heeft. Van Veen heeft het in zijn noot onder HR 1978, 358 nr 7, ontkend. En de A-G Remmelink heeft in zijn conclusie voorafgaande aan HR 1979, 301 nog eens verklaard: 'Ik betreur het dan ook – overdreven gezegd – dat Uw Raad deze binding aan het gegeven woord ook in dit arrest voor wat betreft het OM niet heeft willen erkennen. Nogmaals, dat het Hof zo'n toezegging kan doorkruisen ex art. 12 doet aan dit beginsel niet af. Geschiedt dit dan valt het OM geen woordbreuk te verwijten'.

Want over dat laatste: *woordbreuk*, gáát het in wezen. Nu zou men het sofisme kunnen hanteren, dat het OM zich ook dàn van woordbreuk moet onthouden (en welhaast steeds zal onthouden) wanneer de rechter onmachtig is daartegen op te komen, maar zo'n redenering zou men toch niet makkelijk aannemelijk kunnen maken als de eis van een 'due proces' ernstig wordt genomen. Dáár gaat het nu juist om die uitzonderlijke zaken waar het OM – op welke reden dan ook – woordbreuk op de koop toe neemt.

Naar ik hoop is duidelijk geworden, dat de vraag of (ook) de minister van Justitie een dergelijke toezegging kon doen, en aldus het OM kon binden om niet te vervolgen, in *deze* probleemstelling niet bijster interessant is. Maar als Van Veen gelijk heeft zou ik toch menen, dat een bepaald soort toezegging van de minister om niet te vervolgen de verdachte het recht zou geven zich daarop te beroepen. Is de minister immers van een onjuiste uitlegging van art. 5 RO uitgegaan dan zal hij en mèt het OM toch aan die toezegging gehouden zijn, als de verdachte die toezegging ruimte bood enz. Ik bedoel maar, ook hier kunnen we met de 'civiele' oplossing, neergelegd in HR 1975, 381 geheel uit de voeten. Gevaar dat grote belangen van het strafrecht door het volgen van de algemene lijn geschaad zullen worden, bestaat er dunkt mij niet, juist omdat die algemene, civiele, lijn ook een 'escape' mogelijk maakt waar gebondenheid aan de toezegging volstrekt onaanvaardbaar is. overigens zal men een verkeerde 'inschatting' door de bevoegde ambtenaar van het OM naar het mij voorkomt als fait accompli voor lief moeten nemen ook als dat een kwaad is, zulks terwille van het duidelijk daartegen opwegend goed, hierin bestaande dat ook de staat en haar organen aan serieuze toezeggingen zijn gebonden. Dat is een eis, die men slechts aan ontoerekeningsvatbaren niet kan stellen. Zei Augustinus al niet zo iets als dat anders de staat niet meer is dan een rovers-bende?

Nog valt op, dat de Hoge Raad in dit arrest, dat op dit punt overigens voor de rechtspraktijk *van de toekomst* weinig betekenis heeft – een toezegging om niet te vervolgen afkomstig van de minister en rechtstreeks gedaan aan de verdachte zal wel niet vaak voorkomen – niét de clausula sic stantibus hanteert, niet eist *later* opkomen de en dus ten tijde van het doen der toezegging niet voorziene omstandigheden, maar voldoende acht dat zwaarwichtiger belangen dan de gebondenheid aan het gegeven woord zich tegen nakoming van de toezegging verzetten. Dat betekent dat bij de besluitvorming tot toezegging wèl bekende maar desondanks is niet of onvoldoende 'meegewogen' omstandigheden – verkeerd inzicht dus – ook tot niet gebondenheid zouden kunnen leiden. Gelet op de bijzondere aard van het strafrecht, kan ik mij met dèze uitbreiding der niet-gebondenheid wel verenigen. Men stelle zich voor, dat (ik kan het me amper voorstellen overigens) een officier van Justitie aan de verdachte doet weten dat hij afziet van vervolging wegens verkrachting nu het slachtoffer daar 'aanleiding' toe heeft gegeven door 's avonds mee naar zijn huis te gaan. Wellicht zou ook ik dan volhouden dat zwaarwichtiger belangen dan de gebondenheid aan het gegeven woord hier toch vervolging mogelijk dienen te maken. Maar daar moet wel bij aangetekend worden dat in een samenleving als de onze de gebondenheid aan het gegeven woord in het bijzonder als dat van de overheid afkomstig is, van bijna niet te overschatten belang is.[9]

Bij de behandeling van dit onderwerp heb ik steeds als voorwerp van de toezegging het – al dan niet voorwaardelijk – sepôt genomen. Het zou echter wel eens kunnen zijn dat straks in dat verband een veel belangrijker topic gaat meespelen. Ik doel op de pleabargaining of wat daarmee in verband staat: het doen van beloften – omtrent eisen van lage straf of zelfs niet vervolging – aan aangevers en tipgevers, die zelf niet brandschoon zijn. Ik heb een idee dat het al meer voorkomt dan wij beseffen. Op zich genomen is het een weinig verheffende zaak, maar toch denk ik dat ook hiér belofte schuld maakt. Bovendien zal hier de wal het schip veel eerder keren: de tipgever, die merkt dat toezeggingen niet worden nagekomen, heeft er geen belang meer bij zijn werk voort te zetten. Een heel ander punt, hier niet te bespreken, is of bevoordeling op deze wijze van tipgevers en daarmee bedoel ik niét waarborging van hun anonimiteit, niet fundamenteel in strijd is met het gelijkheidsbeginsel en dus met een fair proces voor de anderen.

Tenslotte: iets heel anders dan een toezegging, al dan niet vervat in een overeenkomst, is een mededeling – al kúnnen die twee samenvallen. Immers een mededeling van de rechtbankvoorzitter aan het einde van de uitspraak dat de verdachte binnen veertien dagen hoger beroep kan instellen tegen het vonnis is niet een toezegging maar het wijzen op een bevoegdheid ('Rechtsmittelbelehrung'). De verdachte mag erop vertrouwen dat die mededeling juist is. Dat is ook nog maar een verworvenheid van de laatste tijd. Ik kan mij nog herinneren dat toen de termijn voor cassatie nog(afwijkend van die van appèl) acht dagen was, soms aan verdachte werd meegedeeld, dat hij binnen veertien dagen in cassatie kon komen. Deed hij dat, maar nà de achtste dag, dan werd hij in die primitieve tijden niet-ontvankelijk verklaard. Fatale termijnen werden

9. Over dit onderwerp, onder meer, Röling in zijn annotatie bij HR 1964, 419; Jörg en Kelk: Strafrecht met mate, 3e druk, 1981, p. 105; Algra: Enkele juridische aspecten van de zaak Menten, 1978, p. 92-93 en, in wat verwijderd verband, Kuitenbrouwer, Eerlijkheid alleen in toga?, Delikt en Delinkwent 1972, p. 332 e.v.

ze genoemd. Toch zou ik mij ook nu nog wel problemen kunnen voorstellen zij het weinig waarschijnlijke. Stel dat een rechter de verdachte bij vergissing meedeelt, dat tegen zijn vonnis geen enkel rechtsmiddel openstaat, en de verdachte komt na tien jaar te weten dat hij wèl in beroep kon zou hij dan nog appèl kunnen instellen?[10]

III

Dat iemand, wil hij tot zijn recht komen – en wil zijn recht tot hem komen – niet kan volstaan met stilzitten en afwachten, laat staan met suffen plegen oudere juristen samen te vatten in het adagium: jus vigilantibus scriptium. Maar dat anderzijds het recht niet zo hoog mag worden opgehangen dat geen rechtsgenoot er kennis van kan nemen is niet enkel een inzicht van de nieuwe tijd.[11] Men zou kunnen poneren, dat

10. Erg merkwaardig lag de zaak berecht op 3 april 1984, HR nr 76 661; *NJB* 1984, afl. 25, nr. 114. De mededeling van de OvJ betrof toen het volgende: er was, nadat op 9 dec. 1981 een verstekvonnis was gewezen op 17 febr. 1982 aan verdachte in persoon uitgereikt een kennisgeving voorwaardelijke veroordeling, die wel voldoende gegevens over het gewezen vonnis inhield, maar geen 'Rechtsmittelbelehrung'. Dat kwam voor de OvJ vast te staan in een gesprek met de verdachte op 15 april 1982 en toen waren er dus al meer dan 14 dagen verstreken na de uitreiking van die kennisgeving aan de verdachte in persoon. Daarop werd 'de fout' hersteld, de kennisgeving werd ingetrokken en alsnog werd op die vijftiende april betekend de mededeling uitspraak (VV) die deze informatie wèl inhield. De OvJ zei er dit van: 'Hoewel betekening van de kennisgeving formeel een omstandigheid is waaruit voortvloeit dat het vonnis de verdachte op het moment van die betekening bekend werd, brengt redelijke wetstoepassing mijns inziens met zich mee, dat de termijn van hoger beroep voor verdachte pas aanvangt op het moment dat het juiste formulier aan hem werd betekend, omdat hem eerst op dat moment werd gewezen op de mogelijkheid hoger beroep in te stellen...'.
Het Hof heeft verdachte, die binnen veertien dagen na 15 april beroep instelde, desondanks in dat appèl niet-ontvankelijk verklaard omdat 'de intrekking van de hier bedoelde kennisgeving aan verdachte zijn eerder door de kennisgeving verkregen bekendheid met het onderhavige vonnis niet heeft kunnen ontnemen.'
Dat was zeker juist maar waar het volgens die sympathieke OvJ om ging was dat een bekendmaking als de ingetrokkene niet tevens verdachte informatie verschafte omtrent zijn recht van hoger beroep en de termijn waarbinnen hij van dat recht gebruik kon maken. Ook dát was juist maar daarbij zag de Officier over het hoofd dat bij allerlei andere manieren om op de hoogte van een vonnis te komen, die informatie ook niet wordt verschaft, laat staan vereist wordt. De Hoge Raad kwam met een erg overtuigende verwerping van het cassatiemiddel, waarin het vertrouwensbeginsel uit zijn voegen barstte:
'... In die overweging (van het Hof, L) ligt besloten de opvatting dat toepassing van het tweede lid van art. 408 Sv niet achterwege behoort te blijven wanneer na het verstrijken van de in dat voorschrift bepaalde termijn door de OvJ bij de verdachte het vertrouwen is gewekt dat een alsnog – binnen een bepaalde termijn – ingesteld hoger beroep ontvankelijk is. Die opvatting is juist, omdat in dat geval de verdachte niet op grond van dat vertrouwen is gekomen in een nadeliger positie dan indien dit vertrouwen niet zou zijn opgewekt en er alsdan geen grond bestaat het buiten behandeling in hoger beroep blijven van de zaak onaanvaardbaar te achten.'
Conclusie zou kunnen zijn: *onjuiste* Rechtsmittelbelehrung mag niet ten laste van de verdachte strekken (hij mag daardoor niet in een nadeliger positie komen dan wanneer hij goed was voorgelicht); het *ontbreken* van die Belehrung, waar zij niet vereist is, heeft geen gevolgen met betrekking tot de beroepstermijn, ook niet als de OvJ dat abusievelijk meent en meedeelt. Want wat hij in het leven roept zijn dan *valse* verwachtingen.
11. Hegel, Grundlinien der Philosophie des Rechts, par. 215, Anmerkung: 'Die Gesetzte so hoch aufhängen, wie Dionysius der Tyrann that, dasz sie kein Bürger lesen konnte, oder aber sie in den weitläufigen Apparat von gelehrten Büchern, Sammlungen, von Decisionen abweichender Urtheile und Meinungen-Gewohnheiten u.s.f. und noch dazu in einer fremden Sprache vergraben, so →

de staat als drager van het recht er op mag vertrouwen dat mensen toch zeker ten behoeve van hun in het recht te verwerkelijken belangen enige aandacht en activiteit ontwikkelen en dat diezelfde mensen erop moeten kunnen vertrouwen dat de staat de verwerkelijking van hun recht als een goed ziet en ook practisch ernstig neemt.

Het strafprocesrecht kent, een, óók in zijn ontwikkeling leerzaam voorbeeld van *geboden* waakzaamheid: als de dagvaarding aan de verdachte in persoon is betekend, gaat de beroepstermijn in op de dag na het wijzen van het vonnis, ook al heeft de verdachte verstek laten gaan (art. 408, lid één onder *a* Sv). Een vergelijkbare regel kent het burgerlijk procesrecht niet. Bij Melai, aantekening 3 op art. 408 Sv valt te lezen: 'Dit is juist, omdat de verdachte er in het bevestigende geval van op de hoogte is dat tegen hem een strafgeding wordt aangespannen. Op grond daarvan kan er tegenover hem van worden uitgegaan dat hij zich van het verloop en de uitkomst van de zaak vergewist.'.

Vraagt de verdediging uitstel van behandeling, wat soms (art. 375 Sv) *moet* worden toegestaan, dan is bij betekening in persoon van de inleidende dagvaarding het niet bekend zijn met de datum van het vonnis, voor rekening van verdachte (HR 13 febr. 1973, *NJ* 1973, 138). Merkwaardig is dat deze plicht tot waakzaamheid in 1976 juist op dit punt is verzacht. Te langdurige waakzaamheid kan kennelijk toch niet worden gevergd: wordt de zaak ter terechtzitting voor onbepaalde tijd aangehouden, dan zal *dagvaarding* in persoon niet meer evengenoemd gevolg voor het ingaan van de beroepstermijn hebben, maar wordt daartoe bovendien vereist, dat de oproeping voor de nadere zitting aan de verdachte in persoon is betekend. Het vreemde is nu, dat in het ongekeerde geval: de inleidende dagvaarding wordt niet in persoon betekend, de oproeping ter nadere zitting wel, de beroepstermijn *niet* vanaf de datum van het vonnis gaat lopen. Althans ik meen dat art. 408 lid 2 door zijn verwijzing naar lid één onder *a* van dat artikel niet anders kan worden gelezen.[12] En dat is vreemd omdat aldus de wederkerigheid ontbreekt. Verdachte 'profiteert' in het eerste geval van het feit dat de oproeping hem niet in persoon is betekend, in het tweede van het feit, dat – alleen – de dagvaarding hem niet op die manier is uitgereikt. Maar voor dat laatste profijt ontbreekt redelijke grond, want *áls* hij het zicht al was kwijt geraakt, heeft hij dat dan toch weer door die oproeping in persoon teruggevonden.

Een enigszins verwante zaak betreft het volgende. In 'Strafrecht onder Spanning'[13] vraagt R. de Waard zich, wel goeddeels retorisch af: 'Is het redelijk, dat de verdachte zelf geen enkele medewerking behoeft te verlenen aan het creëren van een situatie, waarin hij bereikbaar is voor justitiële autoriteiten, die dagvaardingen of andere stukken aan hem willen doen uitreiken of toezenden? Is het aanvaardbaar, dat uitsluitend op de overheid de plicht rust om op alle mogelijke manieren – en dan bovendien nog telkens opnieuw! – contact te zoeken met onvindbare verdachten, dat alle hieraan verbonden kosten door de belastingbetalers moeten worden gedragen en dat voor zover de overheid er niet in slaagt de voor de verdachte zo essentiële dingtalen aan hem te doen toekomen – de verdachte daarvan kan profiteren door een uit-

→ dasz die Kenntnis des geltendes Rechts nur denen zugänglich ist, die sich gelehrt darauf legen, – ist ein und dasselbe Unrecht.

12. Aldus ook HR 15 juni 1976, *NJ* 1976, 76. Ik moet daar direct bij zeggen dat dit arrest gewezen zal zijn voordat in werking was getreden het bij de Wet van 14 jan. 1976 toegevoegde tweede lid aan art. 408 Sv. Na lang gepeins denk ik dat *nu* de beslissing daarom niet anders zou dienen uit te vallen.

13. 'Stroomlijning van het strafproces' p. 73-89. Het citaat staat op p. 75, onder het wondermooie kopje 'Voorkomen van strodorsen'.

stel van executie dat *niet* is weggelegd voor de verdachten, die in soortgelijke zaken wèl bereikbaar zijn en ter zitting verschijnen?'

Wat hier, hoe begrijpelijk ook, van de verdachte of veroordeelde als zijn aandeel in het wederkerig vertrouwen wordt gevraagd, is toch eigenlijk dat hij zijn eigen 'executie' zal bewerkstelligen door de overheid in staat te stellen hem in persoon en zodra zij dat wil stukken te laten toekomen, (de inleidende dagvaarding, het te betekenen verstek-vonnis) op grond waarvan (straks) het vonnis op simpele wijze en op korte termijn kan worden verwezenlijkt. Ik heb mijn bedenkingen. Wordt het vertrouwen zo niet, straffe rechtens, te zwaar aangeschroefd? Dan zou ik er éér voor voelen de verdachte de verplichting op te leggen om nadat hij een rechtsmiddel heeft ingesteld de overheid van zijn woonplaats of bereikbaarheid op de hoogte te stellen. Hier gaat het tenslotte om de verwezenlijking van iets waar de verdachte zelf naar streeft: een nieuwe behandeling van zijn strafzaak. Ook lijkt het mij te overwegen of met name indien, wegens overtreding, alleen tot geldboete (eventueel tot een zeker maximum) wordt veroordeeld, dat vonnis niet onherroepelijk zou kunnen worden verklaard nadat het, ook anders dan in persoon, betekend is en nog op een andere wijze in de pers publiek is gemaakt. De termijn zou dan een ruime moeten zijn, van bijvoorbeeld zes maanden of één jaar (vergelijk art. 825 Rv). Het voordeel zou niet zijn dat er zoveel boetes gemakkelijk geïnd zouden kunnen worden, want veel van die mensen blijven toch moeilijk vindbaar, maar dat, als ze gevonden worden, niet het hele staatsapparaat in werking behoeft te worden gesteld tot en met cassatie omdat Piet niet van plan is zijn boete van dertig gulden te betalen. En: de verdachte/veroordeelde hoeft bij die regeling geen eigen medewerking te leveren.

Een belangrijke kentering in het denken der rechters over rechtsverwezenlijking (van – nogal grof gezegd – mechanische naar betrokken benadering) manifesteert zich in de rigoreuze herziening van de 'fatale' termijnen, met name inzake rechtsmiddelen. De fataliteit van die termijnen heeft altijd schril afgestoken tegen het absoluut niét fatale van termijnen die in het W.v.Sv. aan rechters, griffiers en officieren van Justitie worden gesteld. Ik noem maar als willekeurige voorbeelden de art. 365 lid één en *vooral* lid 3 en art. 412 Sv. Thans heeft de hardheid van het strikte recht in dat opzicht plaats moeten maken – nog wel *zonder* wetswijziging[14] – voor behandeling in het licht van de bona fides. De rechtsgenoot zal er in strafzaken op mogen vertrouwen: *a.* dat mededelingen van en namens de overheid omtrent termijnen – gedaan – juist zijn *b.* dat de overheid hem terzake van het uitoefenen van rechtsmiddelen zo verstaat als voor hem, gelet op de eisen der wet, het meest redelijk is en *c.* dat de overheid ervan uitgaat dat wie een rechtsmiddel instelt heeft beoogd het juiste rechtsmiddel in te stellen. Over het onder *a.* omschreven vertrouwen heb ik in hoofdstuk II al wat gezegd en over dat onder *c.* aangehaalde zal ik instemmend zwijgen.

Héél boeiend is echter het onder *b.* gereleveerde. Ik zou daarbij voorop willen stellen dat het – àls recht zich in de werkelijkheid afspeelt – eigenlijk moeilijk te begrijpen, *zo geen onzin*, is dat iemand die per brief aan de griffier meedeelt dat hij in hoger beroep gaat, (meestal) zal te horen krijgen, dat dat zo niet mag en vroeger tevens dat hij daarom niet-ontvankelijk is in het aldus ingestelde appèl. Immers, wie zonder aangehouden te zijn (art. 449 lid 2 Sv) bij (aangetekende) brief beroep instelde, kreeg eertijds *zelfs* als hij dat op aanwijzing van de politie deed, de kous op de kop. Nu zou hij op twee gronden toch ontvankelijk (kunnen) zijn: allereerst wegens

14. Waarom de Hoge Raad vergeefs gevraagd had in zijn advies. Zie Melai, art. 408, aant. 8. En wat doe je dan als hoogste rechter?

die verkeerde voorlichting (HR 9 okt. 1978, *NJ* 1979, 52 en HR 9 okt. 1979, *NJ* 1980, 58) maar ook, als omtrent onjuiste voorlichting niets bekend is, omdat zijn brief, bevattende de mededeling dat hij in beroep gaat, redelijkerwijs moet worden opgevat als een bijzondere volmacht in de zin van art. 450 aanhef en onder *b*. Boeiend vind ik nu, dat deze rechtspraak aldus eigenlijk niets anders bewerkstelligt dan dat die normale manier van appelleren – per brief – die door de wet uitdrukkelijk ongeldig wordt verklaard, via een 'uitlegfoefje'[15] toch weer wordt binnengehaald. Want in redelijkheid kan men natuurlijk *niet* aannemen, dat iemand die aan de griffier schrijft: ik kom in hoger beroep, deze een bijzondere volmacht geeft om voor hem in beroep te gaan. Civilisten zouden kippevel krijgen van een dergelijke, op hun rechtsgebied overgeplante redenering. Overigens gaat de strafrechtspraak verder, want zij eist niet per se, dat de brief aan de griffier wordt gestuurd. Een brief aan het parket kan ook voldoende zijn, want welke verdachte weet het verschil tussen parket en griffie?

Gaan we uit van HR 20 jan. 1981, *NJ* 1981, 350 en breiden we dat arrest, volledig volgens de regels, een beetje uit, dan is de slotsom dat het mogelijk is dat een vonnis of arrest, waarbij een verdachte in zijn hoger beroep niet-ontvankelijk wordt verklaard, in cassatie wordt vernietigd hoewel tot die niet-ontvankelijkverklaring als gronden dienden dat de verdachte *a* op onjuiste wijze, *b* het onjuiste rechtsmiddel, *c* gericht aan het verkeerde adres en *d* met overschrijding van de termijn, had ingesteld.

Bezien vanuit toetsing aan redelijkheid is deze rechtspraak te beschouwen als het *laat* verlaten van primitieve uitgangspunten en dus welhaast noodzakelijk. In veel mindere mate dan in het civielrecht is hier het belang van rechtszekerheid een tegenwerkende factor. De verdachte die – ik zeg het nu ongenuanceerd – duidelijk te kennen geeft dat hij in appèl wil, heeft er recht op, dat die wens zo enigszins mogelijk wordt gehoord en gehonoreerd, ook al heeft hij zich gebrekkig uitgedrukt. In het algemeen zal echter wel bijna steeds nodig blijven dat de wens tijdig geuit wordt en dan niet aan buren of bekenden maar aan, laat ik het voorzichtig zeggen, het adres van het bij het vonnis betrokken rechterlijke apparaat.[16]

IV

Een tweetal besprekingen die aan dit thema-nummer werden gewijd en waarbij ik somwijlen aarzeling uitsprak over de betekenis van het vertrouwensbeginsel voor het strafrecht, leverde mij van de kant van de voorzitter van de redactie-commissie een notitie op volgens welke de ontwerp-constitutie 1977 van de Zwitserse Expertencommissie in art. 5 (Allgemeine Rechtsgrundsätze) onder 3) inhoudt: 'Staatliche Organe und Private schulden einander Treu und Glaube.'

Dat is, daar niet van, mij uit het hart gegrepen. Maar doordenkend over dit rechtsbeginsel kwam toch de idee op dat enerzijds wanprestatie van particulieren een beroep van de 'Staatliche Organe' op de exceptio non adimpleti contractus of haars ge-

15. Het woord 'uitlegfoefje' is ontleend aan W.C.L. van der Grinten in zijn annotatie op HR 21 januari 1966 in *Ars Aequi* 1961, p. 163 r.k., ook gepubliceerd in *NJ* 1966, 183 met annotatie G.J. Scholten.

16. Mr A.J.A. van Dorst, Perikelen rond rechtsmiddelen, in: Strafrecht in Balans, Opstellen aangeboden aan A.C. Geurts, p. 23. e.v.

lijke *niet* wettigt, terwijl – aan de andere zijde – ingevolge de werking van datzelfde beginsel de staatsonderhorigen wel àlle recht hebben hun vertrouwen op te zeggen in de staat die trouweloos handelt en dat – *zij het soms op langere duur* – zeker ook zullen doen zelfs als deze trouweloosheid bedrijft tegen 'haar' misdadigers.

Met andere woorden: juist in het strafrecht zullen de 'Staatliche Organe': politie, openbaar ministerie maar toch óók de (onafhankelijke) rechter, er rekening mee moeten houden dat hun vertrouwen en hun goede trouw grondig en onophoudelijk worden geschonden met name in de grote, geconcentreerde beroepscriminaliteit en dat zulks nu juist die organen niet enig recht geeft zich van vergelijkbare methoden te bedienen om het goede doel: het oprollen van maffia's en misdaad-syndicaten, die door hun optreden voor eigen gewin rücksichtlos leven, veiligheid en integriteit van anderen op het spel te zetten en opofferen, te bewerkstelligen. Want als dit wel gebeurt zal de burger, die daartoe eerst wellicht zelfs aanmoedigde, op den duur het vertrouwen opzeggen als hij namelijk merkt dat bederf besmettelijk is en niet stopt bij het aantasten van rotte appels; als hij, kort samengevat, ziet dat de overheid in haar middelen niet beter is dan wie ze bestrijdt. Dit is, vrees ik, vandaag de dag (en morgen) het echte probleem van het strafrecht; deze grandiose crisis in de vertrouwenswederkerigheid. Ik geef maar een paar verkenningen omdat dit onderwerp, waardoor ik wordt geobsedeerd, veel intenser studie vergt dan ik op heden kan opbrengen. Studie, maar meer nog dat schaarse artikel, dat bezinning heet.

Op 29 juni 1984 heeft de President van de Rechtbank te Den Haag in kort geding geoordeeld dat de Nederlandse politie en Justitie nooit hadden mogen meewerken aan het over de Duitse grens lokken van een Nederlandse heroïnehandelaar en diens vrouw, want in feite kwam dit neer op verkapte uitlevering van Nederlandse staatsburgers en dat is in flagrante strijd met een van de grondrechten van Nederlandse burgers: niet te kunnen worden uitgeleverd aan vreemde mogendheden. Verrassend en uitzonderlijk noemt de verslaggever van het Vrije Volk deze uitspraak. Ik ben het daar niet mee eens. Verrassend en, naar ik hoop, uitzonderlijk is wel, dat zoiets kòn gebeuren, dat personen die de Nederlandse staat representeren hiertoe – te goeder trouw – in staat blijken. Want als het bericht juist is, gebeurde dit alles na accoordverklaring van de narcotica-brigade ter plaatse en van de officier van Justitie.

'Vrij Nederland' van 14 juli 1984 bevat een verhaal over een commissaris van politie te Amsterdam, waaruit ik citeer: 'X kreeg de publicitaire wind in de zeilen toen bleek dat advocaat-generaal mr Y met twee veroordeelde en gedetineerde drugshandelaren een overeenkomst had gesloten, teneinde bewijsmateriaal tegen de commissaris te verzamelen. Zij konden in ruil daarvoor rekenen op een geldelijke vergoeding of strafvermindering, of beide. Deze wijze van opsporing werd, bijv. door de Coornhertliga, ontoelaatbaar genoemd. X werd bijna een martelaar'.

Op allerlei andere punten dreigt de winst die in de laatste jaren of decennia is behaald in het strafrecht door een zinvolle, overwogen, deformalisatie (hoofdstuk III) verloren te gaan als het vraagstuk van de onrechtmatige en ongenoegzame bewijsgaring niet met moed en overtuiging door de rechters wordt aangepakt. De weerzin daartegen kan ik heel goed begrijpen. Het betekent bijna altijd dat grote misdadigers, echt schadelijke mensen, de dans ontspringen zonder dat *zij* daar rechtens aanspraak op kunnen maken. Maar we kunnen het ons niet verhelen: de aanvaarding van de anonieme getuige – alweer maar een voorbeeld – door de rechters zelf, als schakel of zelfs als enige faktor in de bewijslevering is – hoeveel ook te zeggen valt voor bescherming van getuigen tegen schurken – een *intense nederlaag* voor het strafrecht. Eén van zijn grondbeginselen, eeuwen her ontstaan, wordt zo getorpedeerd.

Anonieme getuigen kunnen wraaklustige leugenaars zijn. Zèlfs als degenen die zij betichten dàt – en nog veel meer – zijn.

Bij dit alles mag nooit uit het oog verloren worden, dat Staatliche Organe kwade trouw, listen en lagen – van macht vergezeld, – ook in toepassing kunnen brengen tegen wie hen doodgewoon politiek niet aanstaan. Vloeit onze wereld niet van voorbeelden dienaangaande over? Is juist dit niet het gevaar van het strafrecht dat het steeds ook wordt toegepast niet om de burgers maar om de staat, ook de onrechtvaardige staat, te beschermen. Pathos? Was het maar waar.

Maar zelfs als we ons koesteren in eigen behaaglijke zekerheid van fatsoen, zullen we ons moeten blijven realiseren, dat slechte methodes heel vaak meer ellende over de wereld hebben gebracht dan de slechte doelstellingen, die zij – en dan nog vaak vergeefs – hebben bestreden.

Heksen verbrand te hebben is onder alle omstandigheden rampzaliger gebleken dan puur heks te willen zijn.

20. Straf en schuld

NJ 1986, 95

Het Hof te 's-Gravenhage heeft bij arrest van 28 sept. 1984 bevestigd het door de Rb. te Rotterdam in deze zaak in eerste aanleg gewezen vonnis van 16 mei 1984, waarbij de verzoeker tot cassatie wegens verkrachting meermalen gepleegd, en bedreiging met enig misdrijf tegen het leven gericht, eveneens meermalen gepleegd, na een eis van een jaar gevangenisstraf en tbr, werd veroordeeld tot vier jaar gevangenisstraf met aftrek van voorarrest.

Tegen het arrest van het hof heeft verzoeker zich van beroep in cassatie voorzien, waarna namens hem bij schriftuur een middel van cassatie is voorgesteld, dat drie onderdelen bevat (het zijn eigenlijk drie heel verschillende middelen).

Alvorens deze middelonderdelen te bespreken het volgende: Van het bij inleidende dagvaarding onder 1 ten laste gelegde hebben Rb. en hof onder meer bewezen verklaard, dat verzoeker M.J. de G. door bedreiging met geweld meermalen, resp. eenmaal heeft gedwongen tot het hebben van vleselijke gemeenschap met hem. Tussen 'meermalen, resp. eenmaal' (in de telastelegging 'meermalen, althans eenmaal') hadden Rb. en hof moeten kiezen, omdat nu in de bewezenverklaring de mogelijkheid is opengelaten, zowel dat de verkrachting eenmaal als dat zij meermalen is gepleegd, hetgeen uiteraard voor de strafbaarheid van belang is.

Uit de gebezigde bewijsmiddelen blijkt echter zeer duidelijk dat er sprake is van meermalen en zulks wordt bevestigd door de kwalificatie: verkrachting meermalen gepleegd. Ook zijn bewezen verklaard bedreigingen en wel met behulp van een mes en een schaar en zowel uit de voor het bewijs gebruikte verklaring van verzoeker als uit die van het slachtoffer volgt dat het gaat over meer dan een geval. Nu de verdediging terzake geen middel heeft opgeworpen meen ik dat het niet schrappen van de woorden 'althans (of: resp.) eenmaal' gevolg is van een kennelijke verschrijving en als zodanig niet tot vernietiging van het bestreden arrest dient te leiden.

Middelonderdeel A houdt in, dat de onder 1 en 3 ten laste gelegde feiten als voortgezette handeling dienen te worden beschouwd en dat terzake art. 56 Sr had moeten worden toegepast.

De vraag of 'meerdere feiten, ofschoon elk op zichzelf misdrijf ... opleverende, in zodanig verband staan dat zij moeten worden beschouwd als ene voortgezette handeling' en niet als samenlopende feiten, die als op zichzelf staande handelingen moeten worden beschouwd, die meer dan een misdrijf opleveren, is er een die zozeer verweven is met de feiten dat zij, zeer bijzondere omstandigheden, waarvan hier niet is gebleken, daargelaten, bij uitsluiting tot het domein van de feitelijke rechters behoort en dus in cassatie niet kan worden getoetst. HR 26 febr. 1946, NJ 1946, 168 beslissing op het eerste middel.

In de feitelijke instanties is geen beroep gedaan op toepasselijkheid van art. 56 Sr, opleverende een strafverminderingsgrond als bedoeld bij art. 358 lid 3 Sv, zodat er van enige plicht daarover 'bepaaldelijk ene beslissing' te geven, geen sprake kan zijn.

Ik acht het middel niet gegrond.

Middelonderdeel B bevat de klacht dat ten onrechte is bewezen verklaard (telastelegging 4-subs.) dat verzoeker het slachtoffer heeft bedreigd met doodslag door, kort gezegd, nabij de balustrade van een balkon op de vierde verdieping van een flatgebouw haar aan te vatten en te proberen haar op te tillen met als gevolg dat die vrouw zich genoodzaakt zag om hulp te roepen.

Dit laatste, zo begrijp ik het middelonderdeel, kan niet uit de gebezigde bewijsmiddelen worden afgeleid, daar het slachtoffer zelf heeft verklaard dat verzoeker haar pas beetpakte nadat zij reeds tevoren om hulp had geschreeuwd. Ik acht het voorts mogelijk dat het middelonderdeel inhoudt dat de voor het bewijs gebezigde verklaring van het slachtoffer:

> Ik vluchtte vervolgens naar het balkon. Ik opende de deur en kwam op het balkon terecht ... terwijl Arie achter mij aankwam. Ik pakte mij vast aan de balustrade en schreeuwde om hulp. Ik hoopte dat Van Dam nog beneden was en dat hij mij zou horen. Arie pakte mij toen vast om mijn middel en wilde mij, naar mijn idee, over de balustrade duwen

niet redengevend kan zijn voor het bewezen verklaarde: 'met als gevolg dat die vrouw ... zich genoodzaakt zag om hulp te roepen'.

Dat de vrouw als gevolg van het feit dat verzoeker haar aanvatte om hulp heeft geroepen, volgt echter uit de voor het bewijs gebezigde verklaring van verzoeker zelf:

> Ik ben haar direct nagelopen en ik zag dat zij de balustrade vastpakte. Ik heb haar hierop om haar middel vastgepakt. Toen ik haar vastpakte hoorde ik dat M. om hulp riep. Ik zag dat M. zich bleef vasthouden aan de balustrade.

Ik ben bovendien van mening dat de bedreiging met doodslag en de angst die daarmee in die Third-man-achtige situatie werd opgeroepen reeds begon toen verzoeker achter haar aankwam ('ik ben haar direct nagelopen') en dat om hulp roepen voordat verzoeker de vrouw vastpakte natuurlijk niet impliceert dat zij dat niet is blijven doen toen en nadat hij haar had vastgepakt en probeerde op te tillen. Dat het om hulp schreeuwen in de eerste fase aannemelijk maakt dat het ook later is gebeurd (zoals verzoeker verklaarde) betekent in ieder geval dat ook dat eerste roepen om hulp bijdraagt aan het bewijs. De verklaring van het slachtoffer is ook op dit punt wel redengevend voor de bewezenverklaring.

Ook dit middelonderdeel faalt.

Middelonderdeel C richt zich tegen de door het hof overgenomen strafmotivering van de Rb. Ik merk eerst op dat art. 359 lid 7/415 Sv niet geschonden kan worden geacht omdat de Rb. wel duidelijk maakt waarom zij een hogere straf oplegt dan de OvJ vorderde: nl. omdat zij, anders dan deze van oordeel is, dat onvoldoende materiaal aanwezig is op grond waarvan verdachte ter beschikking van de regering zou kunnen worden gesteld. Daarover klaagt het middelonderdeel dan ook niet. Het richt zich tegen de passage in het vonnis, die daarop volgt:

> dat het bovenstaande de Rb. overigens wel tot het oordeel brengt dat i.c., meer dan het schuldelement (dat nog gerelativeerd wordt doordat verdachte door Dr. Roorda Boersma verminderd toerekeningsvatbaar wordt geacht welke conclusie de Rb. overneemt en tot de hare maakt) het aspect van de bescherming van de maatschappij voor de strafoplegging van doorslaggevende betekenis is, zodanig dat de Rb. nu zij de gevorderde tbr niet zal bevelen, die maatregel als het ware

compenserend, aanmerkelijk boven de door de OvJ gevorderde gevangenisstraf van een jaar meent te moeten uitgaan (waarna de Rb. nog gewaagt van de mogelijkheid van behandeling van verzoeker in straftijd op voet van art. 120 Gevangenismaatregel).

Het argument tegen deze motivering aangevoerd, dat nl. de compensatiegedachte meebrengt, dat er wel voldoende gegevens beschikbaar waren om tbr op te leggen is mij niet zo heel duidelijk geworden. Wat de Rb. '*als het ware* de tbr compenserend' te kennen heeft gegeven is, dunkt mij dat zij in de opgelegde straf verdisconteerd heeft een deel van de maatschappijbescherming die andere in de niet opgelegde tbr verdisconteerd zou zijn. Tbr kan immers alleen maar worden opgelegd als het belang van de openbare orde dat bepaaldelijk vordert en een van de duidelijkste belangen van de openbare orde is ongetwijfeld bescherming van de maatschappij. Voor tbr is die eis echter niet voldoende. Zij heeft ook een verzorgings- en genezingsaspect, dat samenhangt met de omstandigheid dat zij slechts kan worden opgelegd als het feit in het geheel niet of ten dele niet aan de dader kan worden toegerekend wegens de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke storing zijner geestvermogens.

Het probleem is nu, dunkt mij, dat de Rb. te kennen geeft dat zij het maatschappij beschermende karakter, eigen aan tbr laat overnemen door een deel (drie jaar?) van de opgelegde straf en dat zij dat doet hoewel zodanige strafoplegging bezien vanuit een oogpunt van toedeling van straf naar de mate van schuld, te hoog is (mede omdat ook de Rb. van verminderde toerekeningsvatbaarheid van verzoeker op voormelde gronden uitgaat). Uit niets blijkt bovendien, dat de rechter deze compensatie voor de tbr toepast omdat hij in beveiliging van de maatschappij door middel van oplegging van tbr geen vertrouwen heeft. Men moet zich dan ook afvragen waarom de Rb., die verminderde toerekeningsvatbaarheid bij verzoeker aanwezig achtte en die kennelijk ook oordeelde dat het veiligheidsbelang van de openbare orde zijn verwijdering uit de samenleving voor geruimer tijd dan overeenkwam met de mate van zijn schuld eiste, toch mocht kiezen voor meer straf (zonder schuld) in plaats van voor tbr op de grond dat verdachte 'evenwel stelselmatig, ook ter terechtzitting, heeft geweigerd aan een dergelijke observatie zijn medewerking te verlenen, dat de Rb. daarom in het duister tast omtrent soort, aard en lengte van een eventuele behandeling van verdachte, alsmede omtrent het juridisch kader waarbinnen die, *op zich waarschijnlijk noodzakelijke,* behandeling zou moeten plaatsvinden' (cursivering van mij, *L.*).

Nu zij vooropgesteld dat de relatie van de mate van schuld aan de hoogte van de strafoplegging een uiterst hachelijke zaak is. Ik zou mij er mee hebben kunnen verenigen als de Rb. had beslist dat – ondanks de verminderde toerekeningsvatbaarheid van de verzoeker – de objectieve ernst van het feit, gelet op de overblijvende mate van schuld en toerekenbaarheid, een gevangenisstraf van vier jaar rechtvaardigde. Eigenlijk moet men zeggen, dat de enige relatie die – in een rechtssamenleving hanteerbaar is – die is welke, binnen de grenzen welke de wet stelt, op grond van ervaring, empirie, gemeenschappelijke opvattingen regelmatig naar buiten komt. Zo zal voor een gewone diefstal niet snel drie of vier jaar gevangenisstraf worden opgelegd; bestraffing van moord anderzijds met drie maanden gevangenisstraf lijkt ook onwaarschijnlijk.

Maar hier is iets anders aan de hand. De Rb. stelt vast dat een gevangenisstraf wordt opgelegd die de mate van schuld van verzoeker overtreft, maar die nodig is omdat de maatschappij tegen deze man beveiligd moet worden, hetgeen zij echter niet meent te kunnen doen door het opleggen van tbr. Om met W. Pompe te

spreken: 'Men kan zich afvragen of in deze beslissing(en) nog wel voldoende met het schuldkarakter van ons strafrecht is rekening gehouden, gegeven de verminderde toerekenbaarheid van verdachte' (annotatie bij HR 10 sept. 1957, NJ 1958, 5-zaak 'Zwarte Ruiter'.) Zie voorts Prof. mr. D. van Eck, annotatie op dit arrest in AA 1957/1958, p. 213 e.v.: 'Men gaat nl. een straf opleggen, waarvan de rechter zelf van oordeel is, dat de duur niet evenredig is aan de mate van schuld. Dan denatureert men het begrip straf en neemt men niet de rechtvaardigheid in acht ... tegen de hele geest van het schuldstrafrecht'. Voorts Prof. mr. W.H.A. Jonkers, Inleiding tot de strafrechtdogmatiek, 1984, p. 7-8.

Tenslotte citeer ik uit het essay van Mr. R. de Waard in NJB 15 april 1972, afl. 16, p. 421 e.v.: Theorie en praktijk van straf en maatregel bij de toepassing van art. 37a Sr (I):

> 'Wat de *straf* betreft wordt nog steeds door velen de opvatting gehuldigd – waarbij wij ons met overtuiging aansluiten – dat de straf in wezen een leed is, welk leed echter zijn grenzen moet vinden in I hetgeen als vergelding van onrecht en schuld – men kan ook zeggen: vergelding van onrecht voor zover aan schuld te wijten – nog *gerechtvaardigd* is te achten en – binnen deze grens – in II hetgeen in het algemeen belang (...) *zinvol* is te achten. Ter geruststelling van diegenen die het begrip vergelding volledig uit het strafrecht willen bannen zij hier met nadruk opgemerkt *ten eerste,* dat zij het begrip vergelding hier niet bezigen in positieve zin: 'aan schuld te wijten onrecht worde met strafleed vergolden' doch uitsluitend in de negatief begrenzende zin: 'in geen geval meer strafleed dan als vergelding nog gerechtvaardigd zou zijn' en *ten tweede* ... (p. 422).'

Niet alleen het arrest van 10 sept. 1957, dat casuistische trekken heeft en reageerde op een door de feitelijke rechter geconstateerd manco in maatschappij-beveiliging door tbr moet echter enigszins doen twijfelen aan de kans dat de HR de regel: straf ten hoogste naar de mate van schuld erkent. In HR 24 juli 1967, NJ 1969, 63, m.nt. Enschedé is met zoveel woorden het tegendeel vastgesteld.

En toch lijkt mij hier sprake van een ongeschreven rechtsbeginsel waarvan het hele strafrecht is doordrenkt, een verworvenheid, die laat men ze *consequent* los, tot barre consequenties moet leiden.

Enschedé in zijn noot onder HR NJ 1969, 63 stelt voorop dat niet hoger mag worden gestraft dan de ernst van het feit rechtvaardigt (al is dan ook voor hem het probleem hoe het een aan het ander af te meten).

Hij is echter bovendien van mening dat de straf wel de mate van schuld mag te boven gaan. Maar het is toch niet het feit dat straf krijgt, maar de dader. En ik zou menen dat de ernst van het feit *van de dader* zijn bovenste grens vindt bij de toemeting van straf overeenkomstig diens schuld. Feiten zijn geen abstracte dingen, maar verweven met de persoon die ze stelt: 'Die Schuld des Taters ist Grundlage fur die Zumessung der Strafe', par. 46 Absatz 1 StGB van de BRD.

Voorts moet niet verward worden de zin van het straffen met de rechtvaardiging van het opleggen van een straf van bepaalde ernst. Wie als zin van het straffen mede beschouwt het beschermen van de samenleving tegen gevaarlijke individuen zal er toch rekening mee moeten houden, dat die gevaarlijkheid niet de lengte en de duur van de straf kan bepalen dan voor zover zij de dader kan worden toegerekend, en zijn schuld, dat is zijn strafwaardigheid niet te boven mag gaan.

Ik kan mij doodgewoon niet indenken dat het beginsel krachtens hetwelk ieder het zijne moet krijgen als regel kan meebrengen dat iemand overwogen en met opzet – meer leed wordt toegevoegd dan waartoe de verwijtbaarheid van zijn han-

delen mag leiden. Misschien zijn er noodtoestanden waarin dat te rechtvaardigen is: als de gevaarlijkheid zeer groot is en de beveiliging van velen tegen een niet op andere wijze kan worden bereikt, ofwel omdat tbr niet toereikend is voor die bescherming of omdat de praktische mogelijkheid tot verpleging in tbr-kader niet bestaat. Maar tbr en straf zonder meer verwisselbaar stellen, 'met elkaar compenseren' kan, in mijn opvatting, zeker niet. Dit is een zo onuitroeibare overtuiging – waarvan ik er maar weinige heb – dat ook een vaste jurisprudentie in andere zin mij er niet toe kan nopen, mij daaraan te conformeren. Het is, in mijn opvatting onrechtvaardig en daar mag men zich niet aan conformeren.

Indien de Rb. (en het hof door het vonnis te bevestigen) bedoeld heeft dat verzoeker meer straf krijgt dan hij, gelet op zijn schuld, verdiend heeft, dan zeg ik dat dit in strijd met het recht (als hoeder van de rechtvaardigheid) is.

Men kan – in het civiele recht is het bekend – twee ongelijksoortigheden niet in compensatie brengen (appels en peren bij elkaar optellen of van elkaar aftrekken). De tijd door een veroordeelde in onvrijheid doorgebracht als gevolg van tbr (resp. de tijd die hij als zodanig niet doorbrengt omdat geen tbr wordt opgelegd) is niet (als bij voorlopige hechtenis versus gevangenisstraf) in vergelijking te brengen met gevangenisstraf. Het is onbegrijpelijk dat onvrijheid die mede in dienst staat van het genezingsaspect van de verpleegde en beveiliging van de samenleving en die juist niet is gegrond op schuld maar op het ontbreken daarvan, kan worden omgezet in (opgeteld bij, afgetrokken van) onvrijheid die dient als reactie op het strafbaar feit en de persoon die daarvoor verantwoordelijk kan worden gesteld.

Primair acht ik door deze door het hof overgenomen beslissing van de Rb. (zeer te waarderen om haar principiële stellingneming) het recht geschonden subs. meen ik dat er sprake is van vormverzuim doordat Rb. en hof de strafoplegging niet begrijpelijk hebben gemotiveerd.

Middelonderdeel C gegrond achtend en voor zoveel nodig ambtshalve concludeer ik tot vernietiging van het bestreden arrest en primair tot terugwijzing van de zaak naar het Hof te 's-Gravenhage teneinde deze met inachtneming van de uitspraak van de HR verder te berechten en af te doen, subs. de zaak te verwijzen naar een aangrenzend hof om deze op het bestaande hoger beroep opnieuw te berechten en af te doen.

Anders de Hoge Raad.

21. Straf naar de mate van schuld

'Inleiding tot de strafrechtsdogmatiek' is in 1984 verschenen als nr. 12 van de door Tjeenk Willink te Zwolle uitgegeven serie Studiepockets Strafrecht. De auteur is prof. mr. W.H.A. Jonkers, die in zijn woord vooraf meedeelt dat dit studieboekje primair is geschreven 'voor studenten in de propedeuse fase'. Propedeuse of propaedeuse is volgens Van Dale: algemeen voorbereidend onderwijs tot een speciale, inzonderheid universitaire studie. En inderdaad kan men moeilijk ontkennen dat deze inleiding van algemene aard is en een zeer nuttige voorbereiding vormt voor de practische strafrechtsbestudering. Ik heb bovendien zelden een inleiding gelezen, die zo klaar en duidelijk geschreven is en zo konsekwent doordenkt op de eenmaal ingenomen standpunten. Die helderheid, die eveneens eigen was aan Jonkers'leermeester Van Eck, manifesteert zich mede in de verduidelijkende voorbeelden, die men ook aantreft in het beste van de scholastiek: geen leuke of ontroerende voorbeelden, maar preciese en eenvoudige:

> 'Wanneer bijvoorbeeld iemand in december zonder enige training of gewenning een duik neemt in het ijskoude water van de Noordzee en hij er een fikse verkoudheid van over houdt, dan kan men nog zozeer deernis met de patiënt hebben, – openlijk of bedekt zal hem het verwijt niet bespaard blijven: dat hadt gij ook niet mogen doen, het is uw eigen schuld, dat is nu het gevolg van Uw overmoed, het kwaad bestraft zichzelf (enz.). Voor zulk een verwijt zou geen plaats zijn als de betrokkene zonder enige schuld te water geraakt was. En dat verwijt zou zelfs in het tegendeel ervan omslaan, als die verkoudheid het gevolg geweest was van een heldhaftige poging een drenkeling te redden. Dit simpele voorbeeld laat zien ...' (blz. 3 en 4)

Wat laat het zien? Dat het kwaad een strafkwaad wordt, wanneer het zijn eigenlijke oorsprong vindt in een handelwijze die men achterwege had behoren te laten. Daarin is, aldus Wim Jonkers, het specifieke van de straf gelegen. Het kwaad – de verkoudheid – is niet meer een straf(-kwaad) zo vaak het iemand te beurt valt, die het niet kon helpen, dat hij in het ijskoude water terecht kwam of die het wel kon helpen, maar het deed om redenen, die prijzenswaardig zijn. Maar het gevolg is steeds hetzelfde kwaad: die concrete verkoudheid.

Daar valt geen speld tussen te krijgen zou ik denken en het is ook in hoge mate verhelderend. Vrijheidsontneming kan plaatsvinden gedurende twee jaar als gevolg van moord maar ook van een gevaarlijke geestesstoornis die eventueel tot moord heeft geleid. In beide gevallen kan de vrijheidsontneming even lang zijn en in beide gevallen is zij in hoge mate stigmatiserend, wellicht nog het méést in het tweede geval. Maar in het eerste geval is er sprake van straf, in het tweede van 'iets anders'.

Die helderheid is, denk ik, mede het gevolg van de onwankelbaarheid van de uitgangspunten. Naar buiten althans wordt de idee, dat daaraan getwijfeld zou kunnen worden, dat daarover discussie mogelijk zou zijn, verre gehouden. De meeste

studenten vinden dat prettig. Ze haten de leermeester die het zelf niet wet. Zo iemand is eigenlijk noch na te volgen noch aan te vallen. Hij heeft zich ingedekt met zijn intellectueel nescio, dat lang niet altijd wordt begrepen als vorm van intelligentie.

In het navolgende wijd ik enige – relativerende, ja soms zelfs van twijfel getuigende – beschouwingen aan de invloed die de mate van schuld heeft op de mate (en de aard) van de straf en ik neem daarbij als uitgangspunt een passage uit de Inleiding van Jonkers:

> 'Als de schuld het legitimerend fundament van de straf vormt, dan volgt daaruit dat de legitimering van de straf ook niet *verder* kan gaan dan de schuld reikt. Met andere woorden door de schuld wordt de straf niet alleen gelegitimeerd maar ook *gelimiteerd*. Derhalve niet alleen: geen straf zonder schuld,' maar ook: 'geen straf zwaarder dan de schuld.' (blz. 7)

Deze consequentie: geen straf zonder schuld betekent tevens: niet meer straf dan overeenkomt met de schuld, wordt door de Hoge Raad, zoals bekend, niet aanvaard. In de visie van Jonkers is 'straf zonder schuld' een contradictio in terminis, een logische absurditeit. Immers het specifieke van het kwaad dat straf heet is dat het ons overkomt wegens onze schuld aan het feit. Kan men nu verder gaan en – voortbouwend op de gedachte dat wie a zegt (geen straf zonder schuld) ook b moet zeggen (niet méér straf dan de schuld wettigt) vaststellen dat het opleggen van straf, die de schuld te boven gaat, eveneens een contradictio in terminis, een logische absurditeit is?

HR 12 november 1985, NJ 1986, 327 vormt de afsluiting van een afschuwelijke strafzaak. – Ik merk terloops op, dat in het bijzonder bij afschuwelijke gevallen, gevallen die ons voorstellingsvermogen te buiten gaan, het probleem van de verhouding tussen straf en schuld vaak een duidelijke rol speelt –:

> De vrouwelijke mededader van een misdrijf waarbij een tienjarig kind sexueel werd misbruikt en vermoord, werd door het gerechtshof te Leeuwarden veroordeeld tot 18 jaar gevangenisstraf en t.b.r. Het psychiatrisch rapport stelde vast dat de feiten aan de vrouw wegens gebrekkige ontwikkeling en ziekelijke stoornis van haar geestvermogens *slechts zeer ten dele* konden worden toegerekend. Het Hof overwoog, 'dat de bewezen verklaarde feiten de verdachte *niet geheel* kunnen worden toegerekend.' Het middel, behelzende de klacht dat de door het hof opgelegde gevangenisstraf ver uitging boven de mate van schuld en toerekenbaarheid van de verdachte, werd door de Hoge Raad verworpen uit overweging, dat de daaraan ten grondslag liggende stelling dat geen straf mag worden opgelegd die zwaarder is dan door de schuld van de dader wordt gerechtvaardigd geen steun vindt in het recht.
> Opmerking verdient dat de Advocaat-Generaal Meijers in zijn conclusie het middel op andere wijze bejegent: 'Uit niets blijkt dat het hof ... een straf heeft opgelegd die ver uitgaat boven de mate van schuld en toerekenbaarheid. Het hof heeft, na te hebben overwogen dat oplegging van levenslange gevangenisstraf gerechtvaardigd zou zijn, de mate van schuld en toerekenbaarheid, de ernst van de feiten en het schokkende karakter ervan tot uitdrukking gebracht in de duur van de opgelegde straf. De veronderstelling van de steller van het middel dat het hof de samenleving maximaal heeft willen beschermen (enz.) vindt geen steun in het arrest ...'.

Het hier weergegeven oordeel van de Hoge Raad is vaste jurisprudentie. (HR 10 september 1957, NJ 1958, 5 (De Zwarte Ruiter), HR 13 mei 1958, NJ 1958, 325, waar de Hoge Raad overigens het probleem op een zelfde manier ontwijkt als A-G Meijers in HR 1986, 327; HR 24 juli 1967, NJ 1969, 63 en HR 4 juni 1985, NJ 1986, 95).

Naar aanleiding van het laatst gewezen arrest (HR 1986, 327) merkt N. Jörg, in Ars Aequi, september 1986, blz. 812, niet zonder venijn op:

> 'In de ... zaak is opnieuw het standpunt van de Hoge Raad te lezen dat geen steun te vinden is in het recht voor de stelling dat geen straf mag worden opgelegd die zwaarder is dan door de schuld van de dader wordt gerechtvaardigd. Pompe heeft bij het Zwarte Ruiter-arrest ... reeds een korte opmerking gemaakt over de samenhang tussen schuld en straf. Dat er voor de gewraakte stelling *geen* steun is lijkt wat al te stellig. Die is er zeker wel; de vraag is beter gesteld: of er voldoende steun is. Zoals het er nu staat doet het standpunt onvoldoende recht aan de praktijk van alle-dag, waarin wel degelijk de – toegegeven moeilijk vaststelbare – mate van schuld de bovengrens van de straf vormt. Een belangrijk aspect van een centraal beginsel in het Nederlandse strafrecht: dat van de individuele schuld.'

Nu was de opmerking van Pompe bij het Zwarte Ruiter-arrest niet zo héél kort, maar wel belangrijk. Ik zal er een deel van moeten citeren:

> 'Deze motivering van de straf is opmerkelijk en m.i. bedenkelijk, om twee redenen. Voor eerst wordt hier een zeer zware straf opgelegd aan iemand die zoals de beide psychiaters ... door de rechtbank niet weersproken verklaren, slechts in verminderde mate toerekenbaar is voor de door hem begane feiten. Het geval is niet zo sprekend als het bekende geval van het Amsterdamse Hof in 1935 (NJ 1935 blz. 1626) want hier wordt niet het maximum, maar dan toch een zeer zware straf opgelegd. Men kan zich afvragen of in deze beslissingen nog wel voldoende met het schuldkarakter van ons strafrecht is rekening gehouden, gegeven de verminderde toerekenbaarheid van de verdachte. Een tweede reden voor bedenking ... is daarin gelegen, dat de maatregel die volgens de wet nu juist bedoeld is ter beveiliging van de maatschappij, nl. de terbeschikkingstelling, in dit geval onvoldoende bevonden wordt wegens de omstandigheden waaronder zij ten uitvoer pleegt te worden gelegd.'

In het navolgende ga ik er vanuit *dat* ons strafrecht in die zin een schuldstrafrecht is dat geen strafkwaad kan worden opgelegd als er geen schuld aanwezig is. Schuld betekent in deze kontekst: verwijtbaarheid. Zij ontbreekt wanneer iemand het niet helpen kon dat hij deed wat hij deed. Ons strafrecht is van die grondgedachte doortrokken. Art. 37 Sr is er het duidelijke symptoom van. Hoe schokkend het gebeurde ook is, hoe zeer ook de samenleving tegen de bedrijver van zo iets verschrikkelijks beschermd moet worden, als de feiten de dader (wegens de gebrekkige ontwikkeling of ziekelijke storing zijner geestvermogens) niet kunnen worden toegerekend, is hij niet strafbaar, kan hem geen straf worden opgelegd. En bij overtredingen is het ontbreken van alle schuld – het niet bestaan van enige verwijtbaarheid – eveneens reden tot ontslag van strafvervolging: zo iemand, wie geen blaam treft, kan niet gestraft worden.

Is schuld, in deze zin, alleen maar *voorwaarde* voor strafbaarheid, dan kan men, om tot rechtvaardiging van de jurisprudentie te komen, aldus redeneren: schuld is nodig voor straf, maar áls schuld er eenmaal is, dan mogen ook andere factoren: generale en bijzondere preventie, het schokkende van de feiten, de beveiliging van de samenleving een rol spelen en wel in die zin dat de opgelegde straf te boven gaat die welke correspondeert met de mate van schuld. Mits zij maar blijft binnen het bijzonder maximum dat voor dit vergrijp geldt. Desnoods dus dat maximum: levenslang, ondanks verminderde toerekenbaarheid,

> 'omdat deze geestesgesteldheid voormeld gevaar zeker niet minder doet zijn, terwijl de aanbevolen terbeschikkingstelling van de regering naar 's Hofs oordeel niet voldoende waarborgen voor blijvende beveiliging der maatschappij tegen deze verdachte biedt. (Hof Amsterdam, NJ 1935, 1626)'

Zou deze veroordeelde volmaakt ontoerekeningsvatbaar geweest zijn – in welk geval het Hof zijn geestesgesteldheid wél nòg gevaarlijker zou hebben geacht, en dat niet zonder grond – dan zou hij niet gestraft hebben mogen worden en dan zou het argument dat t.b.r. onvoldoende beveiliging zou bieden aan het ontslag van rechtsvervolging niet in de weg kunnen staan.

Indien straf, als waarover wij het hier hebben (leed opgelegd door de strafrechter naar aanleiding van een bewezen strafbaar feit) haar grondslag vindt in, afhankelijk is vàn verwijtbaar handelen, dan valt niet in te zien waarom ook dan nog straf kan worden opgelegd als die niet meer gedekt wordt door schuld.

De Hoge Raad heeft nooit een poging gedaan om uit te leggen *waarom* de stelling: niet meer straf dan de – vastgestelde – schuld rechtvaardigt, geen steun vindt in het recht en dat terwijl daar toch alle reden toe was nu hij anderzijds wél aanvaardde en als uitgangspunt nam, dat geen straf kan worden opgelegd als schuld ontbreekt. M.i. is de simpele reden voor dit te kort schieten van motivering hierin gelegen, dat geen bevredigende motivering te geven *is,* omdat de door de Hoge Raad verworpen stelling niet alleen enige steun vindt in het recht, maar door een strafrecht, dat voor straf schuld eist, dwingend wordt voorgeschreven. De gedachte: schuld is wel voorwaarde, maar, eenmaal aanwezig, bepaalt zij niet meer de bovengrens van de straf, is onhoudbaar en onverdedigbaar, omdat zij juist voor het de schuld te boven gaand stuk 'straf' straf is zonder schuld. Jonkers heeft dus gelijk, als hij uitgaande van het schuld-strafrecht, schuld ziet als fundering van de straf. Waar het fundament ontbreekt of gaat ontbreken heeft de straf geen steunpunt meer, geen basis waarop zij rust.

Daarmee is echter niet alles gezegd.

Als men vaststelt, dat de mate van verwijtbaarheid de bovengrens vormt van de straf, wat beweert men dan eigenlijk *in de praktijk?*

Laat mij eerst het eenvoudigste geval nemen: Zo vaak van iemand zou kunnen worden vastgesteld, dat de mate waarin een strafbaar feit hem kan worden toegerekend een breukgedeelte is van de mate waarin aan de gemiddelde volwassen mens in deze tijd het feit kan worden toegerekend zou hem niet meer straf mogen worden opgelegd dan met dat breukgedeelte overeenkomt. Voor déze moord zou een normale mens 10 jaar krijgen. Deze man heeft maar een schuldcapaciteit van 70% vergeleken bij die van de 'gemiddelde andere mens' hij kan dus niet meer dan zeven jaar krijgen. Maar daargelaten nu, dat er heel wat psychiaters zijn, die eigenlijk omtrent de mate van toerekenbaarheid in het geheel geen uitspraak zouden willen doen en dat er ook zijn die menen dat ze het zelfs niet kúnnen doen, zulke rekensommetjes als ik hier opvoerde zijn natuurlijk absurd.

Terzijde merk ik het volgende op. Er zijn heel wat mensen die het bestaan van de vrije wil bij de mens ontkennen. Deze involuntaristen moeten, als zij konsekwent zijn, de mogelijkheid dat iemand een verwijt kan treffen voor wat hij doet, ontkennen. Wanneer straf gelegitimeerd wordt door schuld, en schuld niet bestaat, moet straf dus afgeschaft worden. Abolitionisten voeren dit – sterke – argument meestal niet aan. Bovendien: kijk in de wereld rond en probeer het standpunt van de involuntaristen vol te houden: het zal niet lukken. In het gewone leven verwijten wij elkaar en anderen van alles: Zuid Afrika apartheid, kapitalisten hebzucht, Hitler rassenmoord, buurman nieuwsgierigheid en onszelf: vul maar in.

Hart heeft getracht involuntarisme te combineren met de mogelijkheid van het aannemen van schulduitsluitingsgronden in bepaalde gevallen: zelfs als mensen geen vrije wil hebben en dus eigenlijk niet verwijtbaar kunnen handelen, zou men

volgens hem nòg kunnen vaststellen dat sommige mensen in sommige gevallen zoveel extra handicaps hebben, dat als die anderen, ondanks het ontbreken van vrije wil gestraft worden, zij – deze gehandicapten – in ieder geval niet gestraft mogen worden.

Van de mogelijkheid van verwijtbaar handelen ben ik in het voorafgaande echter uitgegaan en zal ik ook in het nog komende uitgaan.

Schuld wordt in velerlei zin gebruikt. Een daarvan is schuld als verwijtbaarheid. Niet alleen in de rechtstechniek en de rechtstheorie, ook in het dagelijks leven gebruiken we het woord schuld voor vele zaken. Wij zeggen, dat iemand *onschuldig* veroordeeld is, en bedoelen dan niet dat hij het feit wel gepleegd heeft maar dat hem geen verwijt treft, doch simpel dat hij het niet gedaan heeft. Nu is dat ook de belangrijkste reden waarom iemand geen verwijt treft: hij heeft het niet eens gedaan.

Zelfs schuld in de zin van verwijtbaarheid zal echter twee betekenissen kunnen hebben: the 'capacity' om schuld te hebben enerzijds, anderzijds de al dan niet kwade inborst welke aan het feit ten grondslag ligt. Over het eerste heb ik het al gehad.

Wat het tweede betreft zou ik ter verheldering een voorbeeld willen geven: Wie honderd gulden steelt, begaat diefstal. Dat feit is op zich genomen ernstiger dan diefstal van tien gulden en minder ernstig dan diefstal van duizend gulden. Men zou kunnen zeggen: wie duizend gulden steelt treft meer verwijt dan wie honderd gulden wegpakt. Van die alledaagse wijsheid gaan we in de rechtspraak dan ook meestal uit. Alleen we spreken dan bij de strafmotivering over: de ernst van het feit.

Nu een stap verder: A en B hebben allebei honderd gulden gestolen. De feiten zijn dus even ernstig?

A heeft, terwijl hij zelf er warmpjes bijzit, die honderd gulden gestolen van een arme sloeber en hij weet dat, hij heeft er reuze plezier aan dat de bestolene nu zal kreperen.

B heeft, terwijl hij bijna verhongerde, van een schatrijke meneer die honderd gulden gestolen. Ook hij heeft zijn slachtoffer, dat het verlies niet eens gemerkt heeft, met zorg gekozen maar hij gaat innerlijk kapot aan het feit.

Het is wel duidelijk, dunkt mij, dat A veel 'schuldiger' heeft gehandeld dan B (die op de rand van straffeloosheid zit wegens gebrek aan schuld). Ook déze schuld is een kwestie van verwijtbaarheid. Voorzover de feiten komen vast te staan zullen zij zeker van belang zijn voor de strafmaat, maar dan worden thuisgebracht onder de categorie: ernst van het feit èn onder de 'omstandigheden'. In wezen echter is die schuld, deze soort verwijtbaarheid, voor een flink deel onttrokken aan het oordeel van de strafrechter. Hij komt daar niet achter. Hij dient daar ten dele ook niet achter te komen, want het doorgronden van harten en nieren is aantasting van privacy. Wat bedoel ik daarmede te zeggen? Dit, dat deze verwijtbaarheid waarover het bij de bepaling van de strafmaat in de meeste gevallen gaat (en niet over de capacity tot schuld) slechts mee kan tellen, voorzover zij in uiterlijke gebeurtenissen naar voren komt en in zoverre bepalend is voor de ernst van het strafbaar feit.

Deze schuld openbaart zich slechts ten dele en is dan *met andere omstandigheden* bepalend voor de ernst van het feit. Op geen enkele andere wijze dan door rekening te houden met de ernst van het feit, die ook door andere omstandigheden wordt bepaald, kan deze schuld gemeten worden. De vraag of de straf de mate van schuld al dan niet te boven mag gaan is daarom een *ongeldige vraag* als zij met betrekking tot de schuld als verwijtbaarheid in deze zin wordt opgevat.

Toen ik dit alles overdacht had, stuitte ik op het artikel van Enschedé in de Melaibundel: De ernst van het feit, blz. 81-85. Vanuit een geheel andere gezichtshoek komt Enschedé tot een gevolgtrekking waarvan de mijne naar ik meen weinig verschilt.

Ook hij gaat er van uit, dat ons strafrecht 'een schuldstrafrecht' is en vervolgt dan:

> In een adem plegen we aan de regel 'geen straf zonder schuld' toe te voegen 'straf slechts naar de mate van schuld' of – in het voetspoor van het cassatiemiddel uit 1967 scherper: 'niet meer straf dan schuld.' Wat ik nu ga betogen is, dat in die twee adagia – die ik beide onderschrijf – het woord schuld niet hetzelfde betekent.

En zijn conclusie luidt:

> In het verband van de straftoemetingsproblematiek is mate van schuld te verstaan als ernst van het feit. Wel zijn de persoon van de verdachte en zijn persoonlijke omstandigheden mede van belang voor de aard van de op te leggen sanctie; maar ze werken niet mee aan de bepaling van de toelaatbare bovengrens van de voor dit feit beschikbare sanctieruimte.

Aangezien Enschedé het standpunt inneemt, dat de ernst van de aantasting (door strafoplegging) de ernst van de rechtsbreuk niet te boven mag gaan, impliceert zijn standpunt m.i. dat als de schuld als verwijtbaarheid in de zin van gesteldheid des harten naar buiten komt, deze de ernst van het feit *mee* bepaalt, en dus wel niet autonoom de bovengrens bepaalt, maar daar invloed op kan uitoefenen.

En voor het overige is die schuld onmeetbaar.

Aandacht verdient ook het volgende: meer dan eens zal de verwijtbaarheid in de zin van mate van toerekenbaarheid haaks staan op de verwijtbaarheid in de zin van: uit de feiten blijkende gesteldheid van het gemoed. Ik bedoel ongeveer dit, dat hoe ernstiger het feit is (zoals dat mede tot uitdrukking komt in de omstandigheden van het geval, de beweegredenen enz.) hoe meer kans er is dat zal worden aangenomen dat deze erge en ergerlijke feiten de dader niet of niet geheel toegerekend kunnen worden.

Een voorbeeld van recente datum:

> Een particuliere ziekenverpleger ontdekte dat de oude dame die hij verpleegt bemiddeld was. Toen de vrouw een keer van huis was doorzocht de verpleger met een vriend haar slaapkamer en vonden daar gegevens waaruit bleek dat zij een vermogen van 1,8 miljoen bezat. De verpleger is toen met haar getrouwd en heeft van toen af alles in het werk gesteld om haar dood te krijgen, wat na veel vergeefse pogingen gelukte door haar medicijnen te geven samen met rum met een alcoholpercentage van 90%.

Indien in zo'n geval wordt geconstateerd dat de verzoeker verminderd toerekeningsvatbaar is, komt de rechter voor een emotioneel moeilijke opgave te staan. Het feit kan de dader niet toegerekend worden zoals aan een gewoon persoon maar is van een perfiditeit die de ernst ervan tot een wel bijzonder grote maakt. De schuld, verwijtbaarheid als lage, gemene daad, kan echter ook weer – ten dele – gevolg zijn van de gedeeltelijke niet-toerekenbaarheid. Het publiek pleegt in zulke gevallen de (gedeeltelijke) niet-toerekenbaarheid verontwaardigd te verwaarlozen.

Het is opvallend, dat de hier aangesneden problematiek in de rechtspractijk niet erg leeft. Dat heeft een paar redenen.

Ten eerste deze, dat waar verminderde toerekeningsvatbaarheid bestaat, een straf die de mate van schuld in de zin van toerekeningsvatbaarheid te boven gaat in rede-

lijkheid slechts dan kan worden vastgesteld als de rechter dit zelf uitdrukkelijk vaststelt: ik heb de verdachte méér straf gegeven dan met zijn schuld overeenkomt. En zulks meestal om veiligheidsredenen. Dat is – ik blijf het zeggen – onjuist, omdat gevaar ook in andere gevallen niet tot straf kan leiden, maar soms tot maatregelen als gedwongen opneming in een instelling voor geestelijk gestoorden, *zolang het gevaar duurt.*

Voorzover de schuld als verwijtbaarheid tot uitdrukking komt in de beweegredenen waaróm, de wijze waaróp enz. het feit is gepleegd, zal het opgaan in de 'ernst van het feit.'

Meer straf dan de ernst van het feit rechtvaardigt, mag aan de verdachte volgens Enschedé niet worden opgelegd. Ik ben het daar wel mee eens.

Maar ik zou de volgende keer graag eens van Enschedé willen vernemen waar de maatstok is met behulp waarvan kan worden vastgesteld bij welke ernst van feit A welke straf behoort. En als die er niet is hoe dan vast te stellen dat meer straf is opgelegd dan de ernst van het feit rechtvaardigt?' Wat is dan de practische waarde van deze theoretisch juiste gedachtengang? M.i. tóch nog deze, dat:

a. Beveiliging van de samenleving ook in deze theorie geen autonome rol mag spelen voorzover dientengevolge meer straf zou worden opgelegd dan de ernst van het feit rechtvaardigt.

Waarom zou men dàt standpunt dan mogen en kunnen verlaten, daar waar het gaat om de mate waarin de *andere* verwijtbaarheid een rol speelt: bij de toerekeningsvatbaarheid?

b. De rechter die zegt dat hij meer straf heeft opgelegd dan door de ernst van het feit wordt gevorderd, in strijd met het recht handelt. (Ik ben het nooit meegemaakt: de rechters zullen *zo'n* uitspraak wellicht een logische absurditeit vinden.) Waarom zou men dàt standpunt ook niet huldigen, zo dikwijls als de rechter verklaart – en dat komt *wel* voor – dat hij de verdachte meer straf heeft opgelegd dan overeenkomt met zijn schuld in de zin van toerekenbaarheid van het feit aan de dader?

De andere belangen bij vrijheidsontneming betrokken, kunnen zeer groot zijn, maar zij kunnen die vrijheidsontneming *als straf* niet rechtvaardigen.

Dat brengt mee, dat zodanige vrijheidsontneming, die niet op straf is gebaseerd, moet vervallen zo vaak die andere belangen, op grond waarvan zij tot stand kwam, haar niet meer steunen. Maar als straf de grondslag is voor de vrijheidsontneming blijft continuering daarvan legitiem, ook al is er geen enkel ander belang meer bij gediend. Legitiem wil *niet* zeggen: wijs.

Om het met mijn collega Wim Jonkers, en dus duidelijk te zeggen:

> 'De vraag immers naar het *wezen van de straf* (daar gaat het tot nu toe om) dient immers scherp onderscheiden te worden van de vraag, *wanneer en onder welke omstandigheden* het wijs is te straffen.'

22. Fatale formaliteiten in het civiele proces

NJ 1990, 496

Het gaat er in deze zaak om, of de verzoeker tot cassatie ontvankelijk was in zijn hoger beroep, hoewel hij dat te laat heeft ingesteld. Het Hof te Leeuwarden beantwoordde die vraag ontkennend en het cassatiemiddel richt zich tegen die beslissing.

De beantwoording van deze vraag is zeer simpel, indien men het begrip: fatale termijn, dat in het kader van aanwending van rechtsmiddelen pleegt te worden gebruikt, op zijn beurt strictissime uitlegt en het enkele feit der overschrijding ongeacht de omstandigheden waaronder en de redenen waarom dit gebeurt, beslissend acht.

Zodra men iets minder rigide te werk gaat waardoor het niet meer uitgesloten is dat een te laat ingesteld rechtsmiddel desondanks de verdere behandeling (in verzet, in cassatie, in appel) niet doet stranden, zal aan de rechtspraak de moeilijke taak ten deel vallen een – liefst duidelijke en ondubbelzinnige – afbakening aan te brengen tussen te late appellen etc. die wel, en te late appellen etc. die niet-ontvankelijk zijn. De ervaring – met name ook in het strafproces – leert dat zo'n jurisprudentieel stelsel, dat geen merkelijke steun vindt in de wet, niet dan moeizaam en met aanvankelijk ook onzekerheden en dubia pas op den duur gestalte krijgt. Dat is geen doorslaggevende reden om het maar bij het oude, vertrouwde systeem te laten, ook in die gevallen dat dit systeem zeer onbevredigende uitkomsten biedt. Maar anderzijds zijn die incidentele – zeer onbevredigende – uitkomsten evenmin een doorslaggevende reden om met het oude systeem radicaal te breken. Immers in dat oude systeem ligt niet alleen, misschien zelfs niet vooral, legalisme besloten – een begrip dat overigens niet meer zo inhumaan overkomt als twintig jaar geleden – maar ook het rationele inzicht, dat het voor beide strijdende pp. en voor de samenleving in haar geheel van groot belang is met zekerheid te weten wanneer een rechterlijke beslissing onherroepelijk is geworden al was het maar omdat de partij die gelijk kreeg er op moet kunnen vertrouwen vanaf dat moment zonder bezwaar of risico de beslissing ten uitvoer te kunnen leggen. Men stelle zich de moeilijkheden voor, die kunnen rijzen als iemand hertrouwt na echtscheiding, terwijl nadien blijkt dat de inschrijving ten onrechte plaatsvond, omdat het te laat ingestelde hoger beroep toch ontvankelijk werd verklaard.

Duidelijke en strikte termijnen zijn nodig en strikte toepassing daarvan is geboden. Waar het anders is – en ik denk dan aan administratieve rechtspraak en in mindere mate aan de strafrechtspraak – is er ten eerste vaak niet sprake van een *recht* (om de zaak toch nog behandeld te krijgen) en is voorts altijd sprake van een rechtsverhouding – in de vorm van een overheidsbeslissing – tussen enerzijds een overheidslichaam en anderzijds een burger, die de beslissing wil aantasten.

Mijn voorlopige conclusie is, dat bij

vaststaande overschrijding van de beroepstermijn in een civiele zaak, de niet-ontvankelijkheid moet volgen tenzij zo bijzondere omstandigheden zich voordoen, dat ook de wederpartij moest begrijpen, dat zij zich in redelijkheid niet op een aldus tot stand gekomen overschrijding kan beroepen. Gelet op het belang van de wederpartij zullen dergelijke gevallen zich slechts in hoogst uitzonderlijke omstandigheden voordoen.

Bovendien volgt hier niet uit, dat aanvaarding van de overschrijding door de tegenpartij zou meebrengen, dat een te laat ingesteld beroep reeds daarom ontvankelijk is. Immers ook de rechtsorde – en allereerst de rechtsorde – heeft belang bij inachtneming van de fatale termijnen.

Dat de HR in civiele zaken deze lijn volgt, kan volgehouden worden voorzover zij (de lijn) aanduidt dat in beginsel ook schuldloze en excuseerbare overschrijding tot niet-ontvankelijkheid leidt. Of die lijn ook wordt aangehouden, voorzover zij toch uitzonderingen toelaat, weet ik niet.

In het strafproces is dat wèl het geval. Ook daar wordt overigens het verkeerd aanwenden van een rechtsmiddel veel gemakkelijker door de vingers gezien dan het te laat aanwenden. De reden voor aanvaarding van verkeerd aangewende rechtsmiddelen of verkeerde rechtsmiddelen die worden aangewend – dat de betrokkene geacht moet worden het juiste rechtsmiddel op juiste wijze te hebben willen aanwenden – laat zich makkelijk uitbreiden tot te laat aangewende rechtsmiddelen: – dat de betrokkene geacht moet worden het rechtsmiddel tijdig te hebben willen instellen – maar tot deze analogie is de rechtspraak – m.i. volkomen terecht – niet bereid. Indien echter – in het strafproces – de verdachte aan de griffier – of zelfs aan de OvJ – binnen de beroepstermijn een brief schrijft, inhoudende dat hij niet akkoord gaat met het vonnis wordt dat niet alleen opgevat als volmacht aan de griffier om in appel te gaan, maar als deze naar aanleiding daarvan niet of niet binnen de beroepstermijn de appelakte opmaakt, wordt de verdachte toch geacht tijdig te hebben geappelleerd.

En onlangs (HR 9 mei 1989, nr. 85191) is beslist, dat een verdachte die zo'n brief verzendt ook dan tijdig appel heeft ingesteld, wanneer die brief na ommekomst van de beroepstermijn de griffie bereikt, als – door afstempeling door de PTT op een bepaalde datum – vaststaat, dat bij normale bezorging de brief wel tijdig zou zijn aangekomen. Niet ondenkbaar was, zo lijkt mij, een andere beslissing geweest, die zou inhouden, dat vertraagde bezorging iets is waarmee de verzender moet rekening houden, die, anders gezegd, voor zijn risico is.

Deze inleiding werd mij ingegeven doordat er in dit geval wel heel veel redenen zijn, die het te laat instellen van appel excuseerbaar maken, zodat de vraag of – *als* er uitzonderingen op de algemene regel mogelijk zijn – zulk een uitzondering zich hier voordoet, pregnant wordt. Bovendien had mijn inleiding ten doel te verduidelijken dat ook onder zulke omstandigheden als zich hier voordoen, nog niet vanzelfsprekend is, dat de overschrijding wordt aanvaard. Om dat te kunnen doen, moet, om een oude zegswijze te herhalen, een andersluidende beslissing te gek zijn om los te lopen.

De beschikking van de Rb. te Leeuwarden was gegeven ter openbare terechtzitting van 24 dec. 1987. Bij die beschikking werd de verzoeker ontzet uit de voogdij over zijn twee kinderen met benoeming van de Stichting voor Jeugd en Gezin Friesland tot voogdes over die kinderen.

Hier is sprake van een procedure als geregeld in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering, Derde Boek, zevende titel, tweede afdeling, paragraaf drie: art. 947-955 Rv. Tevens zijn in deze procedure toepasselijk de art. 900 e.v. Rv, houdende algemene bepalingen van rechtspleging in zaken betreffende ouderlijke macht, voogdij en handlichting.

Dat betekent dat o.m. de navolgende procedureregels moeten worden toegepast:

a. Uiterlijk veertien dagen na het laatste verhoor moet de beschikking van eerste aanleg worden gegeven (art. 938 lid 2 en 947 lid 3 in verbinding met art. 909 lid 1 Rv).
b. De beschikking van de Rb. moet in het openbaar worden uitgesproken (art. 938 lid 2 in verbinding met art. 947 lid 3 Rv).
c. Bij het laatste verhoor in eerste aanleg moet de rechter dag en uur der uitspraak meedelen (art. 909 lid 3 Rv).
d. De termijn van beroep loopt gedurende drie weken na de dag der – in het openbaar gedane – uitspraak (art. 910 lid 4 Rv).

Omdat de Rb. haar beschikking gaf op 24 dec. 1987 was de beroepstermijn op 15 jan. 1988 verstreken.

Dat dit ook voor een deskundige een niet vanzelfsprekende zaak is, blijkt uit een briefje van de griffie van de Rb. te Leeuwarden, gedateerd 29 maart 1988 en luidende:

> 'Hierbij deel ik U (vul aan: mee; *L.*) dat de beschikking d.d. 24 dec. 1987 door een fout van de Rb. pas 29 jan. 1988 aan dhr. Mr. W. Anker is verzonden. De datum van hoger beroep gaat dus in vanaf laatstgenoemde datum.'

Als dat juist was – maar het is op zich genomen niet juist – zou een op 19 febr. 1988 ter griffie van het hof ingekomen beroepschrift[1], nog juist tijdig zijn binnengekomen. Ik merk overigens op, dat dit briefje niet aan de verzoeker of zijn raadsman lijkt te zijn verzonden. Maar ook als dat wel het geval was, zou deze verkeerde voorlichting de verzoeker niet kunnen baten, immers op 29 maart 1988 was de beroepstermijn al lang overschreden. Het *briefje* is wel een symptoom voor de problematiek, waarin wij ons bevinden, niet een argument ten gunste van de verzoeker.

Wat is er nu misgegaan?

A. Omdat het laatste verhoor bij de Rb. plaatsvond op dinsdag 8 dec. 1987 en de beschikking is uitgesproken op donderdag 24 dec. 1987 is niet voldaan aan de onder a genoemde eis.

B. Uit de stukken en met name uit het p.-v. van 8 dec. 1987 blijkt niet, dat de voorzitter van de Rb. op die 8ste december dag en uur van de uitspraak heeft meegedeeld. Aangenomen moet dus worden dat dit niet is gebeurd.

C. De beschikking is aan de raadsman van de verzoeker verzonden op een tijdstip – 29 jan. 1988 – waarop de beroepstermijn reeds verstreken was.

Als we die drie factoren op elkaar laten inwerken krijgen we het volgende 'plaatje':

Als de beschikking binnen 14 dagen na het laatste verhoor was gegeven, zou reeds die omstandigheid m.i. een appel op 19 febr. 1988 tardief hebben doen zijn, omdat – het klinkt wat sarcastisch – de verzoeker en zijn raadsman er van uit moeten gaan dat de rechter de wet zal naleven ook al brengt verwaarlozing daarvan geen nietigheid mee (HR 9 febr. 1962, NJ 1962, 139).

Als de rechter bij het laatste verhoor had meegedeeld dat de beschikking op 24 dec. 1987 zou worden uitgesproken, zou die omstandigheid alleen al een op 19 febr. 1988 ingesteld hoger beroep tegen een op 24 dec. 1987 inderdaad uitgesproken beschikking, niet-ontvankelijk hebben doen zijn.

Als de beschikking binnen drie weken na 24 dec. 1987 aan (de raadsman van) de verzoeker was toegezonden, zou eveneens een op 19 febr. 1988 – dat is meer dan een maand te laat – ingesteld appel schipbreuk moeten leiden.

1. Uit de stukken kan ik alleen opmaken, dat het beroepschrift op 19 febr. 1988 is gedateerd. In cassatie zal, dunkt mij, uitgangspunt moeten zijn, dat dit ook de dag van binnenkomst ter griffie is geweest.

Maar nu dat allemaal niet het geval is, rijst de vraag of bij afweging van de zorgplicht van de verzoeker enerzijds, de mededelings- en verzendingsplicht van justitie anderzijds de tekortkomingen van laatstgenoemde niet van dien aard zijn, dat onder die omstandigheden niet meer van de verzoeker gevergd kon worden, dat hij er voor moest zorgen te weten te komen wanneer de beslissing was gevallen om, gewapend met die zelf verworven wetenschap, tijdig in appel te gaan.

Ik zou menen, dat die afweging niet ten nadele van de verzoeker mag uitvallen, al kan ik ook een andersluidende beslissing dan ik adviseer begrijpen. Want er is reden tot twijfel.

Ik acht echter het volgende van groot gewicht: Als een beschikking inzake ouderlijke macht en voogdij niet in het openbaar wordt uitgesproken, zal het appel in het algemeen een aanvang nemen binnen drie weken na de dag

> 'waarop de griffier de voorgeschreven mededeling van de beschikking heeft verzonden' (art. 910 lid 4 Rv).

Het risico dat de verzonden mededeling niet of niet tijdig aankomt nu even buiten beschouwing latend, stel ik vast, dat in deze gevallen activiteit van de verzoeker niet wordt vereist voordat de beschikking hem bereikt. Door niets te doen kan hij zijn beroepsrecht niet verspelen. Tenminste niet voor de verzending. Daarna moet hij wel aktie nemen en binnen drie weken een appelschrift (doen) opsturen.

Moet de beschikking in het openbaar worden uitgesproken dan behoeven deze voorzorgen niet te worden genomen, indien *(en omdat)* de datum en het uur van de uitspraak bij het laatste verhoor bekend (moeten) worden gemaakt. Het enkele feit, dat de uitspraak in het openbaar wordt gegeven, kan de moeilijkheden voor een verzoeker niet wegnemen. Hij zal dan immers wel bijzondere activiteit moeten ontwikkelen, nl. te weten moeten zien te komen wanneer die openbare uitspraak plaatsvindt of heeft plaatsgevonden.

Mag dat van hem gevergd worden? Op zich genomen lijkt het antwoord bevestigend te moeten luiden, maar dat betekent dan wel dat op zo iemand meer verplichtingen worden gelegd dan op degene die een niet in het openbaar gegeven beschikking te verwachten heeft. Die immers hoeft niet zelfstandig te achterhalen wanneer de beschikking gegeven zal worden of gegeven is. En voor in het openbaar gegeven beschikkingen kon men een andere regeling maken *omdat* dag en uur van die uitspraak vaststonden.[2] Wanneer dat niet het geval is, verkeert de verzoeker in dit soort zaken in dezelfde situatie als de verzoeker in zaken, die niet in het openbaar worden uitgesproken. Dat een zaak voor openbare uitspraak *op de rol* komt behoeft niet te betekenen dat zulks aan de verzoeker bekend moet zijn. Uit niets blijkt, dat dit ook aan de verzoeker bekend is gemaakt.

Het hof heeft overwogen:

> 'Dit verweer (te weten dat de uitspraak niet kenbaar was daar deze niet op de rol van de Rb. gebracht was, subs. dat de bestreden beschikking helemaal niet in het openbaar is uitgesproken) ... mist feitelijke grondslag; blijkens een van de griffie van de Rb. te Leeuwarden ontvangen afschrift van het audiëntieblad van de openbare terechtzitting van 24 dec. 1987 van de eerste enkelvoudige kamer voor de behandeling van burgerlijke zaken ver-

2. Uit de beschikkingen van de HR van 30 sept. 1966 (NJ 1967, 15 en 16) blijkt wel niet met volstrekte zekerheid dat het voorschrift van art. 909 lid 3 Rv – anders dan dat van art. 909 lid 1 Rv – op straffe van nietigheid in acht moet worden genomen – en dus zeer essentieel is – maar men zal zich toch afvragen waarom de HR de omweg zou hebben genomen waarin wordt vastgesteld dat er sprake is van een beschikking die niet in het openbaar behoefde te worden uitgesproken, als de eigenlijke klacht:het niet meedelen bij het laatste verhoor van dag en uur van de uitspraak toch al, indien juist, geen nietigheid zou teweegbrengen.

meldt p. 27 van dat audiëntieblad de uitspraak van de bestreden beschikking.'

Dat gaat echter aan de kern van de zaak voorbij. Dat de uitspraak in het openbaar is gedaan volgt reeds uit de beschikking zelf, waarin dat uitdrukkelijk wordt vermeld. En vermelding van de uitspraak op p. 27 van het audiëntieblad brengt in ieder geval niet mee, dat bij de verzoeker bekend was, dat deze uitspraak op die zitting zou vallen. Terzijde voeg ik daar nog aan toe, dat opname van een uitspraak in het audiëntieblad niet behoeft mee te brengen, dat het doen van die uitspraak 'op de rol' die vooraf aan de procureur is verzonden, is vermeld. Bij faillissementen wordt de uitspraak nogal eens een paar uur na de behandeling – in het openbaar – gegeven. Dan staan die zaken niet 'op een rol'. Het feit echter dat aan de persoon, wiens faillissement wordt verzocht, bij het (laatste) verhoor is meegedeeld wanneer de uitspraak zal plaatsvinden, is van essentieel belang. Op deze wijze wordt immers het beginpunt van de beroepstermijn voor degenen, die daarvan gebruik willen maken, precies vastgelegd, ook voor het geval de beslissing nog niet gegeven zou kunnen worden maar tot een bepaalde dag en een bepaald uur zou worden aangehouden.

De combinatie van A, B en C brengt mij dan ook tot het oordeel, dat voor dit zeer bijzondere geval de redelijkheid gebiedt een appel ingesteld binnen drie weken nadat de beslissing aan de verzoeker was meegedeeld, tijdig te achten.

Nog even terug naar de cassatieschriftuur, ingediend door Mr. G.E.M. Later, houdende een middel van cassatie, waarin een viertal klachten tegen de niet-ontvankelijkverklaring worden opgeworpen:

I. Voormeld afschrift van het audiëntieblad is ter zitting van het hof niet aan de verzoeker bekendgemaakt en over dat stuk is toen ook niet gesproken. Het is in strijd met een goede procesorde en met een eerlijk proces dat het hof voor zijn beslissing gebruik heeft gemaakt van stukken, die aan de verzoeker niet bekend waren;
II. Bij brief van 29 maart 1988 is vanwege de griffier van de Rb. aan het hof (t.a.v. Mr. A. de Boer) bericht, dat de beschikking van 24 dec. 1987 door een fout van de Rb. pas 29 jan. 1988 aan dhr. Mr. W. Anker is verzonden en dat de datum van hoger beroep dus ingaat vanaf laatstgenoemde datum.
III. Uit de stukken blijkt niet, dat de Rb. dag en uur van de uitspraak bij het laatste verhoor heeft meegedeeld.
IV. De beschikking van de Rb. is *niet* – als voorgeschreven – *binnen 14 dagen* na het laatste verhoor in het openbaar uitgesproken.

Uit wat ik hiervoor in mijn conclusie naar voren bracht, zal kunnen blijken dat ik het verzuim onder III vermeld in samenhang met de omstandigheid waarvan blijkt uit II en met het verzuim opgenomen onder IV van dien aard acht, dat het hof ten onrechte tot een niet-ontvankelijkverklaring van de verzoeker in zijn hoger beroep is gekomen, nu deze onder de geschetste omstandigheden in hoger beroep is gekomen binnen drie weken na verzending van de beschikking. De juistheid van de klacht onder I kan in mijn opvatting in het midden blijven, omdat daarin het beslissend criterium niet is of de uitspraak in het openbaar is gedaan maar of de verzoeker van dag en uur der uitspraak in redelijkheid op de hoogte kon zijn.

Mijn conclusie strekt tot vernietiging van de beschikking van het hof, tot ontvankelijkverklaring van het door de verzoeker ingestelde hoger beroep en tot verwijzing van de zaak naar het Hof te Leeuwarden om deze op het bestaande hoger beroep te berechten en af te doen.

Anders de Hoge Raad.

23. Overpeinzingen van een andersdenkende

'Il faut dater de 1935 le début du désordre juridique'[*]

1. Een algemeen probleem en een gedetailleerd voorbeeld

Na de sluiting van het onderzoek in een strafzaak (waaraan drie rechters deelnemen) moet de uitspraak ten laatste plaatsvinden 'op de veertiende dag na de sluiting van het onderzoek' (art. 345, lid 3 Sv). Aan die regel wordt strikt de hand gehouden.[1] Overtreding ervan leidt tot de sanctie van het vierde lid van art. 345. De zaak moet op de bestaande telastelegging door het zelfde college opnieuw onderzocht worden en levert bovendien 'substantiële nietigheid' op (HR 18 mei 1942, NJ 1942, 622[2]).

Art. 365 Sv biedt de voor de hand liggende uitwerking van deze bepaling: binnen twee etmalen moet het vonnis door rechters en griffiers zijn getekend (lid 1) en *op zijn laatst* dan moeten de verdachte en zijn raadsman van de uitspraak en van het proces-verbaal der rechtszitting kunnen kennis nemen (lid 3). Aan deze regel wordt niet de hand gehouden. De wet stelt op overtreding ervan géén sanctie en er is aan het verzuim geen 'substantiële nietigheid' verbonden (HR 3 maart 1981, NJ 1981. 367).

In dit opzicht lijken rechters op kinderen. Wat (in het proces) niet mag, maar ongestraft blijkt, doen ze zonder scrupules. Geruime tijd geleden heb ik aan dit merkwaardig verschijnsel enige aandacht besteed in de Van Wijnbergen-bundel[3], waarin echter maar één aspect belicht werd. Voorschriften van procesrechtelijke aard die verplichtingen omschrijven van wat ik nu maar zal noemen de beroepsdeelnemers aan het proces (rechters, openbaar ministerie, griffier) hebben ten doel de kwaliteit van het proces te bevorderen in die – aanvaarde – zin van het woord dat het een 'due process' een behoorlijk proces is en blijft. Het behoeft wel geen betoog dat, wanneer de verdachte veertien dagen na de uitspraak ten dienste staan om in hoger beroep te komen, hij en zijn verdediger kort na de uitspraak moeten kunnen beoordelen òf ze dat zullen doen en als niet alleen de opgelegde straf daartoe noopt, behoren ze daar-

* (Zijnde het jaar van de Bezuinigingswetten) Rippert, le déclin du droit.

1. De gepubliceerde rechtspraak geeft alleen een paar gevallen waarin niet *gecontroleerd* kon worden of de termijn in acht was genomen.
2. De uitspraak in de uitleveringsprocedure moet ook binnen veertien dagen na de zitting plaatsvinden. Zie art. 29 Uitleveringswet dat echter niet ook het vierde lid van dat artikel toepasselijk verklaart terwijl volgens HR 2 nov. 1982, NJ 1983, 357 overschrijding in dat geval wel 'ongewenst' is, maar géén substantiële nietigheid oplevert. Merkwaardig, omdat uitleveringszaken naar hun aard spoedeisend zijn.
3. Regel en Praktijk, Tjeenk Willink, Zwolle-1979. De regel die afwezig zou mòeten zijn, blz. 167-173.

voor kennis te kunnen nemen van uitspraak en proces-verbaal.[4] Al in de tijd toen ik als substituut-griffier de conceptvonnissen voor de meervoudige strafkamer van de Arnhemse Rechtbank – ruim binnen de 14 dagen – moest ontwerpen (en dat lukte ook altijd) klaagde de latere Leidse hoogleraar, toen rechter, G. Duisterwinkel, over al dat werken voor 't archief, maar die klacht miste natuurlijk feitelijke grondslag. De grondwettelijke regel dat vonnissen – met uitzondering van de gevallen bij de wet bepaald – de gronden moeten inhouden waarop zij berusten (art. 121) is fundamenteel.

Waarom dan toch deze openlijk beleden en bijna algemene wetsschennis? Negatief gesproken: omdat er geen sanctie op staat. Maar het zou niet eerlijk zijn dat als enig argument te noemen. Wel is het zo dat, ware er wel sprake van sancties, het voorschrift hoe dan ook zou worden nageleefd. Want dan loont de overtreding niet. Maar om eens een ander voorbeeld te noemen: op niet naleven door de rechter van het voorschrift van art. 285, lid één, Sv: volgens welk voorschrift de verdachte en zijn raadsman een getuige mogen ondervragen, staat ook geen enkel nationaalrechtelijke[5] sanctie (HR 3 februari 1976, NJ 1976, 282), maar toch wordt dat voorschrift (bijna) steeds zeer nauwgezet nageleefd.[6] Hoe komt dat?

Het instituut van de 'substantiële nietigheid' vindt zijn grondslag *in de eerste plaats* hierin dat er voorschriften zijn – niet in en door de wet met nietigheid bedreigd – wier naleving toch – naar het oordeel van de rechtspraak – wezenlijk is binnen het strafproces en wier overtreding dus de kwaliteit van dat proces onaanvaardbaar aantast. Maar bij die beoordeling zal ook een rol spelen, en een belangrijke, of naleving van het voorschrift in redelijkheid mogelijk is. Paradoxaal gezegd: of naleving van het voorschrift niet zó veel tijd en aandacht vergt, dat de kwaliteit van het Strafproces op andere terreinen daar onder moet leiden.

Een wat alledaagse vergelijking: Politiebeambten moeten aangiften opnemen, alsmede processen-verbaal en dat allemaal uitwerken. Dat is belangrijk werk. Maar als het te veel tijd gaat vragen kan het buitenwerk erdoor in de knel komen. Zo ook: moeten rechters heel veel van hun tijd besteden aan het 'na-werk' dan kan dat moeten gaan ten koste van de voorbereiding van de zaken en, vooral, van een rustige, evenwichtige behandeling van de zaak op de zitting. Daarom is het reëel aan te nemen, dat de vrijstelling van de nietigheidssanctie meer dan eens het gevolg is van een andere afweging: Waardoor wordt de kwaliteit van het strafproces het meest ingrijpend aangetast: door niet naleving van dit voorschrift of door wel naleving te eisen met als gevolg: stagnatie, blokkade elders.

Het is duidelijk dat, wanneer dié keuze nodig wordt – doodgewoon omdat het aanbod van zaken zó onevenredig is toegenomen – de kwaliteit van de rechtspraak – welke keuze men ook maakt moet verslechteren. Het is niet concludent om uit de gevolgtrekking, dat keuze A de minst *on*aanvaardbare is, tevens te concluderen dat

4. Het OM dat nogal eens in cassatie gaat van een vrijspraak zal daartoe toch minstens tijdig voor de indiening van de verplichte en beslissende cassatiememorie moeten weten of de uitspraak uitzicht biedt op succes, wat niet het geval is bij een 'ongemotiveerde' vrijspraak.

5. Of art. 6, lid 3 sub d Verdrag van Rome dit verzuim niet met nietigheid treft, is een andere zaak. Zou de rechter een verdachte desgevraagd verbieden een getuige welke vraag dan ook te stellen, dan lijkt mij dit regelrecht in strijd met een eerlijk proces. Uit HR 21 okt. 1986, NJ 1987, 443 valt – indirect – m.i. hetzelfde af te leiden.

6. Daarentegen heb ik herhaaldelijk meegemaakt dat een rechter de verdachte niet toestond n.a.v. de getuigenverklaring opmerkingen in andere dan vragende vorm te stellen, hoewel art. 285 lid 2 Sv tot zodanige toestemming noopt.

die keuze – gelet op de kwaliteit – ook aanvaardbaar is. Het minst kwade van twee kwaden is niet het goede. En als die keuze voorkomen kàn worden móét zij voorkomen worden.

2. Kwaliteit, efficiency, bezuiniging

Efficiënte rechtspraak is – naar ik meen – rechtspraak die haar doelstelling (en dàt is natuurlijk: kwalitatief goede rechtspraak) op zo doelmatig mogelijke wijze bereikt. Uiteindelijk is efficiency een economisch begrip: vooropgesteld het verlangde eindpunt A, is de vraag: hoe kom ik dáár, vanuit B, op de meest doelmatige manier.

In het navolgende ga ik er van uit dat de kwaliteit van de rechtspraak óók meebrengt dat de korte weg, de weg met de minste duur óók de beste is als zij op generlei wijze die kwaliteit aantast.[7] L'injustice est dans le délai. Maar de snelheid mag het resultaat niet ongunstig beïnvloeden. Dat is allemaal nog niet zo simpel als het lijkt, want snelheid – althans niet – traagheid – is in de rechtspraak zelf een kwaliteit en niet enkel een middel. Als gevolg daarvan kan verhoging der snelheid opwegen tegen verlaging van een andere kwaliteitsfactor.

Een duidelijk voorbeeld van niet-efficiënte rechtspraak, die het al eeuwen heeft uitgehouden, is de civiele dagvaardingsprocedure. Aan de kwaliteit in de gedaante van volledigheid èn perfectie is de kwaliteit als tijdsfactor in die mate opgeofferd, dat het kort geding wel een bloeitijd tegemoet moet gaan in een tijd die in belangrijke zaken snelle beslissingen eist. De lofzangen op het kort geding zal ik niet verstoren maar ik wil wel vermelden dat ze voor een flink deel te danken zijn aan de negatieve ondervindingen met de 'gewone procedure'. Het kort geding mist juist die volledigheid en die mate van perfectie die de gewone procedure kenmerken. Men heeft het er kennelijk graag voor over.

Efficiency en kwaliteit staan tot elkaar in een spanningsverhouding die op Hegeliaanse wijze het produkt van de rechtspraak bepaalt. Ik zou zonder enige aarzeling willen volhouden dat die spanning tot voor kort onvoldoende 'werkte' doodgewoon omdat efficiency niet, althans volstrekt onvoldoende in het spel werd gebracht. Efficieny wordt slechts een gevaar voor de kwaliteit van de rechtspraak als de produktie – van welke aard die ook zij – daardoor allesbepalend wordt of teveel als einddoel wordt beschouwd.

Efficiency kan kostenverhogend en kostenverlagend werken. Door versnelling van de procedure zal kostenverlaging kunnen optreden. Het is echter zeer wel mogelijk dat die versnelling zelf slechts kan bereikt worden door grote kosten te maken.

Mijn eerste stelling in deze paragraaf is: dat maatregelen ter bevordering van de efficiency niet alleen tot verbetering van de rechtspraak *kùnnen* leiden, maar dat ook uit hun aard *zùllen* doen wanneer men ze zonder overspanning binnen de spanning met (andere) kwaliteitsfactoren brengt.

Ik gebruik deze woorden om ze direct te laten volgen door die van een mijner mede-redacteuren Iens Verburgh, die in een vaak aangehaald artikel[8] schrijft:

7. Deze clausulering is natuurlijk onmisbaar, men denke aan de gevaren van snelrecht in het strafproces.
8. Bezuinigingen op rechtspraak, NJB 1981, blz. 877-879.

'bovendien leert de geschiedenis dat bezuinigingsnoodzaak, voortkomend uit een algemene economische noodtoestand ook tot verbeteringen kan leiden...'

In zijn overigens door mij hoog gewaardeerde artikel betreur ik die passage bijzonder. Wat de geschiedenis leert – als zij iets leert – is altijd toevallig en zo ooit dan is dat hier van toepassing. Het doel van bezuiniging is geld te besparen. Geld is het (schaarse) middel, waarmee men o.a. diensten koopt. Wie voor een dienst aanvankelijk honderd gulden over heeft en later maar vijftig moet er op rekenen dat de dienstverlening achteruit gaat. Dat is het logische gevolg van bezuinigen. Nu kàn het zijn dat het anders ligt en de geschiedenis van de bezuinigingswetten uit 1935 geeft daar misschien een enkel voorbeeld van.

Een – hopelijk – absurd voorbeeld: we moeten bezuinigen en dus schaffen we het OM bij de Hoge Raad af. Dat zijn naar ambtelijke maatstaven zwaar betaalde personen die toch alleen maar vrijblijvende adviezen uitbrengen aan knappe mensen, die als ze een advies nodig hebben dat ook wel uit eigen kring kunnen halen. Zo gezegd, zo gedaan. Na tien jaar blijkt dat de Hoge Raad nu – niet gehinderd door zwaar gedocumenteerde adviezen – op kortere termijn (nog) betere arresten wijst. Dat zou – kon het aangetoond worden – voorpaginanieuws zijn. Niet beoogd en onverwacht: 150 jaar lang dachten we dat het een instituut was, waarvan het de moeite (en het geld) waard was om het te handhaven: nu blijkt dat het alleen maar schade heeft veroorzaakt aan de kwaliteit van de rechtspraak. Mijn verwijt zou dan zijn: toch wel erg triest dat niemand[9] in al die tijd zelfstandig op dat idee gekomen is. Lijkt het niet veel aannemelijker dat na tien jaar de conclusie zal zijn: nu kunnen we het werk helemaal niet meer aan, of, minder tragisch, wel vervelend èn moeilijk, maar zo goed en zo kwaad als het gaat, lukt het nu toch nog.

De truc om bezuinigingen en motieven van efficiency onontwarbaar te vermengen moet doorzien worden. Als we straks met onze rechtspraak op punt B staan en we moeten naar punt A (een bevredigende rechtspraak), dan zullen de eisen van efficiency meebrengen dat we ons bewegen langs de rechte lijn die A met B verbindt. Dat is de kortste. Maar toevallig ligt er op die lijn een oneffenheid in het landschap, een berg of een krater. Dan zal efficiency meebrengen dat om de berg of de krater heen wordt gegaan, want dat duurt korter. Dat soort argumentatie beweegt de bezuiniger niet. Hij vraagt zich af: wat is het goedkoopst? En goedkoop duurt soms het langst.

3. Verbinding van 1 en 2

In een periode die de rechtspraak door het toegenomen beroep dat op haar wordt gedaan in zaken, die in doorsnee genomen gecompliceerder plegen te liggen dan vroeger, steeds opnieuw met het dilemma confronteert dat ik in par. 1 uiteenzette: hoe verdeelt men de (te schaarse) tijd en middelen zó, dat de kwaliteit van de rechtspraak er het minst onder te lijden krijgt, in een periode dus, die eigenlijk uitbreiding van tijd en middelen vergt kan grotere efficiency enig soelaas bieden (al mag men daar geen overdreven verwachtingen van hebben) maar zullen bezuinigingen die ten koste gaan van bestaande waarborgen[10] noodzakelijkerwijs de kwaliteit van de rechtspraak

9. Behalve misschien Henc van Maarseveen.
10. Men kan natuurlijk ook bezuinigen op gerechtsgebouwen, op salarissen etc.

nog meer in gevaar brengen. Helaas is er geen meter die aangeeft waar en wanneer een onaanvaardbaar peil wordt bereikt en daarom kan altijd geschermd worden (en wordt door wie het aangaat ook geschermd) met de uitspraak dat de bezuiniging nog aanvaardbaar is, de kwaliteit niet wezenlijk aantast. Ik ben ervan overtuigd, dat we, vergeleken bij twintig jaar geleden, betere rechters hebben, die echter wegens de grotere moeilijkheid van het huidige recht en de haast onredelijke werkdruk, slechter werk afleveren. Ik heb laatst horen verkondigen dat de 'kennelijke vergissing' in de rechtspraak nog een grote toekomst tegemoet gaat. Er wordt in hoger beroep en in cassatie van alles rechtgezet dat eigenlijk niet rechtgezet kàn worden, tenzij men voor wat er staat leest wat er moet staan. Nog van de week zag ik twee, op zich genomen juiste, middelen in één zaak stranden op de omstandigheid dat zij waren gebaseerd op wat er stond en niet op wat er had moeten staan.

Het is mijn vaste overtuiging, dat de grens van het aanvaardbare reeds lang is gepasseerd.

4. Within a reasonable time

De toegang tot de rechter is niet een van de grote problemen waarmee degenen die strafrechtelijk vervolgd worden te maken krijgen: die toegang wordt hen ook tegen hun zin, meestal ruimhartig verleend. Bij stijging van zware criminaliteit, waarbij toch wel voornamelijk valt te denken aan de door wetgeving en rechtspraak tot zware criminaliteit bestempelde drugshandel[11] en nog steeds toenemende groei van de bevolking heeft die 'vrije' toegang, die zich bijna steeds ook – en wel kosteloos – uitstrekt tot de appèl- en de cassatie-instantie, ten gevolge dat er zeer lange oponthouden plaatsvinden bij vervolging en berechting.

De waarborg van art. 6 EVRM: berechting binnen een redelijke termijn en bedoeld als waarborg voor de verdachte, die anders te lang onder de dreiging van vervolging moet leven. Wij, die altijd aan de 'goede' kant hebben gezeten in de rechtszaal kunnen daar wel eens wat meesmuilend over doen. De meeste verdachten, die niet vastzitten – en dat zijn er weinig – hebben helemaal geen haast met hun berechting en welke serieuze dreiging hangt er nu boven het hoofd van iemand die straks wegens een verkeersovertreding tot een boete van dertig gulden zal worden veroordeeld. Toch dient men te bedenken dat voor véél mensen de verschijning voor de rechter wel zeker een bedreigende werking heeft, die hun de rust om gewoon te leven ontneemt. Maar wat daarvan zij: berechting binnen een redelijke termijn is óók een groot publiek belang, al was het maar omdat bestraffing jaren nà het delict in hoge mate bepaald word door die vertraging (en dus ongelijkheid schept jegens hen die met gerede spoed zijn veroordeeld) en niet afschrikwekkend werkt maar wel verbitterend. Tussen 'lik op stuk' en berechting-na-jaren ligt de middenweg het dichtst bij te snelle berechting.

Hoe is nu de toestand? Ik zou zeggen bij alle belangrijke strafzaken, die niet hebben geleid tot preventieve hechtenis of waarin ten langen leste die hechtenis maar is opgeheven of geschorst, zitten we bijna steeds tegen of zelfs over de grens die art. 6 EVRM naar gangbare uitleg heeft getrokken.

11. Om misverstand te voorkomen: waar ik het geheel mee eens ben, maar het is niet zó vanzelfsprekend als velen menen.

5. Een gezelschapsspel voor de rechterlijke macht

Onlangs is er door Kosto aan de minister van Justitie een vraag gesteld betreffende de termijn gelegen tussen het instellen van het beroep in cassatie en de dag waarop het dossier – waarop de cassatie betrekking had – van de instantie waarbij cassatieberoep was ingesteld naar de griffier van de Hoge Raad was gezonden. Dat was een termijn van meer dan twee jaar en drie maanden. Wanneer men bedenkt, dat zo'n zaak bij de Hoge Raad ook niet meteen aan de beurt is[12], rijst natuurlijk de vraag: hoe komt dat nou. En die vraag rijst nog wat evidenter als men naar de Hoge Raad luistert waar die overweegt:

'Mede in aanmerking genomen dat tussen het instellen van beroep in cassatie tegen een vonnis of arrest en het opsturen van de stukken van het geding naar de Hoge Raad geen nader onderzoek meer behoeft plaats te vinden.'

Anders gezegd: dat dossier hoefde al die tijd alleen maar in de kast te liggen.

Nu komt er in het antwoord van de minister betreffende deze zaak (waarin de Hoge Raad het OM *in derde instantie* alsnog niet-ontvankelijk verklaarde[13] in zijn vervolging nadat het hof de verdachte wegens medeplegen van gewoonteheling tot twee jaar gevangenisstraf had veroordeeld) een verklaring voor die extreem lange termijn, die heel bijzonder is: verwarring tussen

'twee verdachten met dezelfde achternaam, met dezelfde voorletters geboren in dezelfde plaats, met hetzelfde beroep wonende in dezelfde plaats en in dezelfde straat voor het medeplegen van dezelfde feiten, terwijl beide verdachten tegen die arresten beroep in cassatie hebben ingesteld.'

Zo'n coïncidentie zal waarschijnlijk de eerste honderd jaar niet meer voorkomen. Een a-typisch geval dus maar daarom in hoge mate verhullend.

Want het komt zéér regelmatig voor, het is heel gewoon dat zo'n dossier pas na 12-18 maanden de Hoge Raad bereikt zonder dat van enige opvallende reden blijkt. Dat is – ik zeg het maar terzijde – toch wel merkwaardig als men nog eens het oog slaat op art. 433 lid 3 Sv, volgens hetwelk de griffier van het hof de stukken aan de Hoge Raad moet verzenden 'binnen dertig dagen nadat de termijn voor het indienen der schriftuur door het Openbaar Ministerie is verstreken of dit eerder een schriftuur heeft ingediend', ruwweg gesproken uiterlijk zo'n 8 weken nadat het vonnis of arrest is uitgesproken (14 + 10 + 30 dagen). Maar U raadt het al: op overschrijding van

12. Het cassatieberoep werd ingesteld op 13 jan. 1984, de stukken kwamen bij de HR binnen op 25 april 1986 en de HR wees arrest op 10 maart 1987 (NJB 1987, afl. 26, nr 176).
13. Het arrest werd gewezen kort voor dat van 7 april 1987 (nr 80 198), NJB 1987, afl. 19, nr 129, waarbij de HR besliste dat de feitelijke rechter bij overschrijding van de redelijke termijn het Openbaar Ministerie niet niet-ontvankelijk *moet* verklaren, maar ook een lagere straf kan opleggen dan de verdachte zou hebben gekregen als die termijn niet was overschreden. Zie ik het goed dan had de HR in dit geval – als HR 7 april 1987 reeds gold, wat niet het geval was – zelf moeten kiezen tussen niet-ontvankelijk verklaring van het OM en verlaging van straf want inzake de periode waarover het ging – na het cassatie-beroep – had nog geen instantie geoordeeld zodat de HR als feitelijke rechter in eerste aanleg optrad. Zie voor 'travaux préparatoires' bij deze ingrijpende jurisprudentiële omslag: W.E. Haak. De sanctie op overschrijding van de redelijke termijn, Remmeling-bundel, Naar eer en Geweten, 1987, blz. 151-163 en Mr B.W.N. de Waard, Beginselen van behoorlijke rechtspleging, diss. 1987, blz. 233-235.

deze termijn staat geen nietigheid. De gevolgen kunnen pas komen als de veel langere redelijke termijn van art. 6 EVRM is overschreden en dat zijn *andere* gevolgen: niet ontvankelijkheid van het OM (dat met dèze vertraging bijna nooit ook maar iets te maken heeft) of, sinds april 1987: verlaging van de straf.

Ik stel opnieuw met Kosto de vraag, maar nu niet voor een uitzonderlijk geval, maar voor een hele reeks van 'gewone' gevallen: Hoe heeft het kunnen gebeuren? En dan komt aan het licht, dat deze aperte aanslag op de kwaliteit van de rechtspraak niet valt terug te voeren op inertie van de griffier, die niet de moeite neemt het dossier, dat als maar klaar ligt, op te sturen maar een schakel is in een noodlottige keten: Niet alleen zijn de vonnissen of arresten en de processen-verbaal niet gebruiksklaar twee etmalen na de uitspraak, maar indien geen cassatieberoep wordt ingesteld worden ze helemaal niet gebruiksklaar gemaakt. Nu is niet altijd de cassatietermijn veertien dagen na de uitspraak, maar bij vele verstekgevallen[14] veel en veel later, namelijk veertien dagen nadat men er in geslaagd is de veroordeelde, kort gezegd, van de uitspraak op de hoogte te brengen. Dan moeten in die oude zaken alsnog vonnissen of arresten worden gemaakt en de krabbels van de griffier in een mooi getikt proces-verbaal worden omgezet. Meer dan eens is zo'n griffier niet meer ter plaatse werkzaam en dan rijzen er nog meer moeilijkheden. Kortom: in het geheel van werkzaamheden voor strafzaken komt het uitwerken van de zaak 'niet helemaal vooraan'. Als intussen de raadsman wel eens kennis wil nemen van de stukken ziet hij wellicht een vonnis of arrest in verkorte vorm zonder bewijsmiddelen en zonder weerlegging van verweren, die nog niet uit het handschrift van de griffier ontcijferd zijn. Wanneer hij dan vervolgens ijzersterke middelen opstelt om die onvolkomenheden af te straffen, is dat vergeefs werk want voordat het dossier naar de Hoge Raad wordt opgezonden zijn alle stukken wel keurig in orde gemaakt en – sluitstuk van het geheel – de Hoge Raad kan alleen acht slaan op de inhoud van de stukken die hem – een jaar of later na datum – zijn toegezonden. HR 26 juni 1984, NJ 1985, 136 geeft hiervan wel een verbijsterende demonstratie en ik kan volstaan met de meestal voor de rechterlijke instanties zo milde annotator Prof. Th.W. van Veen te citeren:

'Natuurlijk geeft deze situatie aan een deel van de cassatierechtspraak iets spookachtigs. In een aantal gevallen gaat het niet meer om het goed toepassen van het recht op de zitting en bij de uitspraak, maar aan de kennis van het recht bij de rechters bij het aanvullen van het vonnis en het uitwerken van het p.-v. In zoverre is cassatie in strafzaken bezig een soort gezelschapsspel voor de rechterlijke macht te worden.'

Speaking about quality. Maar daarbij mag niet vergeten worden dat de oorsprong van het kwaad is gelegen in de onmogelijkheid van de feitelijke rechters om hun vonnissen en processen-verbaal gereed te hebben op de in art. 365 Sv voorgeschreven termijn. Onmogelijkheid niet in de zin van pure overmacht, maar binnen het geheel van de strafrechtspleging, die ook aan andere eisen moet voldoen.

Men heeft deze situatie, toen ze 'officieel' werd, laten doorwoekeren en nu zal ze wel – ten dele – gelegaliseerd worden. Ook zoiets: het verzet tegen die wijziging wordt gepareerd met de opmerking: het gebeurt in de praktijk toch al lang (ik heb het nu over de zgn. kop-staartvonnissen). Zo zou men ook kunnen volhouden dat nu er in de praktijk veel gestolen wordt, dit maar bij wet gelegaliseerd moet worden.

14. Waarin de dagvaarding ook niet in persoon aan de verdachte is betekend.

Kosto geeft een aardige aanwijzing om gevallen als dat wat hij signaleert in de toekomst te voorkomen. Hij stelt voor dat afschriften van akten van cassaties zullen worden gezonden naar de procureur-generaal bij de Hoge Raad, die dan een voortgangscontrole kan uitoefenen. Dat zou een uitstekende oplossing zijn ter voorkoming van ongelukken in incidentele gevallen. Maar hoe zou, als er hier sprake is van een structurele aantasting van de kwaliteit, zo'n berichtje èn de voortgangscontrole kunnen bewerkstelligen, dat de dossiers wèl tijdig naar de Hoge Raad worden gezonden als de tijd en de middelen daartoe ontbreken? Toch alléén als het ging ten koste van andere tijd en dus opnieuw van de kwaliteit van de rechtspraak, tenzij men – alle ideeën van bezuiniging terzijde schuivend – zich er op zou gaan bezinnen of factoren van efficiency kunnen worden uitgebuit. Gewoon gezegd: zijn er geen maatregelen denkbaar, die zonder ook maar enigszins de kwaliteit van de rechtspraak aan te tasten, ten gevolge hebben dat méér tijd vrij komt of dat meer tijd ter beschikking wordt gesteld.

6. We want more judges (and money?)

Over dat laatste – hoe belangrijk ook – zal ik kort zijn. Wij hebben te weinig rechters om – bij de huidige stand van zaken – de kwaliteit van de rechtspraak op het bestaande peil te kunnen handhaven. Uitbreiding van het bestand is doodgewoon nodig. Waar we vroeger met een redelijk elftal goede prestaties bereikten, lijden we nu nederlaag op nederlaag met een veel betere ploeg, maar altijd bestaande uit hooguit acht man. Dat kan even goed gaan, op den duur wint de kwantiteit.

7. Civiel recht en efficiency

Evenmin zou ik mij met huid en haar op het gebied der efficiency willen storten. Dat er veel verbeterd kan worden in de informatieverwerving, in de verwerking van gegevens, in de recherche en door het verkorten en verduidelijken van een aantal altijd wazig gebleven verbindingslijnen lijkt mij buiten twijfel. Maar de rechters, het OM en de griffier zullen toch de stukken moeten kennen, de behandeling van de zaken ter terechtzitting kan, bij handhaving van kwaliteitseisen, niet of bijna niet meer verkort worden (de rechter heeft de tijdsduur ook maar ten dele in de hand) en het vonnis (het civiele vonnis m.n.) leent zich in veel gevallen niet voor computerisering.

Daarnaast zijn er echter maatregelen mogelijk die de efficiency verhogen en die toch op het eigenlijk juridisch technische vlak liggen. Een deel daarvan zal ook kostenverlagend werken. Daar heb ik allerminst iets tegen maar het is een niet primair beoogd gevolg. Ik noem maar wat:

1. Verwerkelijking van de integratie van kantonrechter en rechtbank als enige eerste instantie (wat o.m. allerlei onnozele bevoegdheidskwesties doet verdwijnen en wellicht ook een aantal gebouwen).
2. Versnelde overgang naar de verzoekschriftprocedure als geregeld in de art. 429*a* e.v. Rv voor alle verzoeken met zo veel mogelijk uitschakeling van eigen regelingen, met name wat betreft termijnen van verzet, beroep en cassatie.
3. Terugdringen ook voor contentieuze procedures van de dagvaardingsprocedure ten gunste van de verzoekschriftprocedure.

4. Afschaffing hoger beroep in kort geding omdat dat – wat de feiten betreft – meestal mosterd na de maaltijd is èn desgewenst een bodemprocedure aanhangig kan worden gemaakt, die met toepassing van art. 66 Wet RO en art. 329 Rv meteen bij een gerechtshof kan worden aangebracht.
5. Mogelijkheid van partijen om voor de rechterlijke macht bindend overeen te komen, dat de uitspraak in het kort geding zal worden aangemerkt als uitspraak in het bodemgeschil.
6. Verdere versoepeling van de mogelijkheid tot het houden van een voorlopig getuigenverhoor.
7. Mogelijkheid voor partijen om in onderling overleg een rechtsvraag, die beslissend is voor een geschil waarin de feiten vaststaan, rechtstreeks bij de Hoge Raad aan te brengen.
8. Een beetje tegen het zere been van allen die zo verrukt zijn over de toekomende nieuwe regels van beslagrecht: verdergaande drastische vereenvoudiging van de formaliteiten.
9. Duidelijke propaganda voor toepassing van art. 43 Wet RO.

8. Strafrecht en efficiency

Wat het strafrecht betreft ben ik véél terughoudender. Het strafprocesrecht vindt in het wetboek geen of amper regeling van belangrijke zaken als: onrechtmatige bewijsgaring, anonieme getuigen (en verdachten), opsporing door undercover agents. Maar het heeft overigens een, dunkt mij, evenwichtige opbouw, die slechts hier en daar ontsierd wordt. Ik ga daar niet verder op in en noem twee zaken, waarbij wetswijziging m.i. efficiënt zou zijn zonder kwaliteit aan te tasten.

1. Afschaffing van het verzet.
2. Invoering van appèl tegen – alleen – de opgelegde straf. Dat is véél efficiënter dan voor een beperkt aantal zaken in hoger beroep een unus judex mogelijk te maken zoals nu gebeurd is en het heeft geen enkele kwaliteitsschending ten gevolge, m.n. betekent het geen aantasting van de waarborgen van de verdachte tegen de Staat als zijn opponent-vervolger. Tegenover de kans dat zijn straf verlaagd zal worden en de zekerheid dat zij niet verhoogd zal worden doet de verdachte vrijwillig – uiteraard als resultaat van afweging – afstand van alle weren, die voorafgaan aan die welke op de strafoplegging betrekking hebben (art. 349, lid 1, en 350 Sv). Dit in Engeland overbekende en goed werkende systeem, waarbij een der kenmerken te onzent nu juist zou moeten zijn dat over die strafmaat in beroep méér dan een (dus drie) rechters oordelen, zou een aanpassing aan de werkelijkheid zijn (de meeste verdachten gaat het er om een zo licht mogelijke straf te krijgen) die bovendien heel efficiënt is omdat zij het hoofdmoment van bijna elk strafproces door eliminatie van al het andere, volledig tot zijn recht laat komen.

9. Het schrijvertje aan het venster

Ik moet bekennen, dat ik tegen het schrijven van dit artikel erg heb opgezien. Een schrijvertje moet vertrouwen hebben. Zij/hij moet denken dat hij iets te zeggen heeft,

wat bij sommigen beklijft. 'Een dichter schrijft slechts voor een dichter verzen en voor de vrouwen die geen vers verstaan', verkondigde eens heel anti-feministisch Bertus Aafjes. Frisia non leguntur, herinner ik me uit andere bron. Maar een ding staat als een paal boven water: Juridica worden – hoe wezenlijk hun onderwerp is – het minst gelezen, tenzij zij vertaald zijn in populistische vorm. En dan zijn het geen juridica.

Wat je ook doet, hoezeer je de betrokkenen probeert te overtuigen, het haalt allemaal niets uit. De jurist moet zich maar bij zijn werk houden, de politiek zal wel beslissen, hoe hij dat werk moet doen. De Staatscommissie Herziening van de Rechterlijke Organisatie, de Hoge Raad en de Orde van Advocaten en weet ik wie nog meer hebben eensgezind, gevraagd of ongevraagd, de minister geadviseerd de unus judex in hoger beroep *niet* in te voeren, zulks met klem van argumenten. Maar het gaat gewoon door, zonder een fatsoenlijk debat met de opponenten, die toch wel iets van het strafrecht weten en wier belang bij hun wederspraak in ieder geval niet van stoffelijke aard is. Het interesseert de Tweede Kamer – regeringspartijen en oppositie – geen moer. Het worden allemaal hamerstukken, die tegen de beschaving der mensheid in trappen, want de criminaliteit moet de kop worden ingerukt en de minister-president zou, als hij niet zo flink was en zo'n blitse zoon had, al twee keer van zijn autoradio zijn beroofd. Ik moet hiermee ophouden, verbittering is niet produktief en ik zou ook best willen, dat de criminaliteit afnam en dat ik niet zo onrustig behoefde te zijn als mijn dochter 's nachts met de fiets naar huis gaat. Daar gaat het allemaal niet om, daar zijn we het gloeiend over eens, maar dat neemt toch niet weg dat die misdadigers, die criminelen 'van ons' zijn, en dus recht hebben op onze inspanning om ze eerlijk te berechten. Daar hoeft geen sentimentaliteit aan te pas te komen. Het is een kwestie van zelfrespect.

10. Akte van berouw

Ik betreur het in hoge mate dat ik in mijn conclusie voorafgaande aan HR 25 sept. 1984, NJ 1985, 426, mij niet (veel) krachtiger heb verzet tegen het fenomeen van de anonieme getuige. Het is – benoembare uitzonderingen daargelaten – onaanvaardbaar want het druist in tegen een grondbeginsel van het huidige strafproces, dat niet, ook niet ten dele geheim mag zijn, in het bijzonder niet voor de verdachte. Ook hier beweegt mij niet mededogen met de verdachte, die door zulke getuigen wordt aangeklaagd maar slechts dat er teveel kansen zijn op een verkeerde uitspraak na een onfair proces. Nog maar vrij kort geleden kon men in de krant lezen dat het Haagse Hof en zijn Procureur-Generaal H.A. Holthuis zich publiekelijk tijdens een zitting er over beklaagden, dat veel te veel van anonieme getuigen gebruik gemaakt werd en kort daarna stond in mijn plaatselijke courant dat een verkeersdeelnemer wegens rijden door rood licht werd veroordeeld op grond van een anoniem getuigenis.[15] Van de zijde van de getuigen is dat helemaal niet bevreemdend. Zij vinden het praktisch altijd vervelend tot afschuwelijk gevaarlijk om face to face met de verdachte tegen

15. En – bewijs is belangrijk – vervolgens citeer ik uit de Leeuwarder Courant van 14 juli 1987, over een mishandelingszaak die op een geldboete uitliep: 'Verklaringen van een anonieme getuige deugden volgens de Appelschaster niet: 'Dat betreft leugens. De vechtpartij heeft zich buiten het gezichtsveld van wie dan ook afgespeeld'.

hem te getuigen, zeker als hij een bekende is of een als gevaarlijk bekend staand persoon. Maar we hadden er nooit – in deze vorm – aan moeten beginnen of we hadden – met de Grote Senaat van de BRD – onszelf terug moeten roepen van deze heilloze weg. Want zij is in staat ons strafproces tot in de kern te misvormen.

11. Hoger beroep in strafzaken en de alleen rechtsprekende rechter

Op nog een punt zou ik willen doorgaan. De unus judex in hoger beroep in strafzaken is onlangs ingevoerd (art. 424*a* Sv) en betreft 26 en 33*c* WVW-zaken, onder invloed rijden en weigering van de bloedproef dus, iets te kort gezegd. Waarom tast zo iets nu de kwaliteit van de rechtspraak aan? Mijns inziens omdat de verdachte die in hoger beroep komt van een vonnis van de politierechter geen enkele objectieve waarborg heeft, dat zijn zaak in tweede aanleg degelijker zal worden beoordeeld dan in de eerste.

Het typerende van strafrechtspraak, zeker als het gaat om vrijheidsbeneming als straf, is nu juist dat het op de uiterste grens ligt van wat de ene mens legitiem de andere mag aandoen, op de uiterste grens ook van hoever de legitieme macht van de een zich over de persoon van de ander en diens vrijheid mag uitstrekken. Daar dringt zich – zeker als geen jury zich met de bewijsvraag c.s. heeft bezig gehouden – het oordeel van méér mensen over de existentie van één persoon op, in ieder geval in de laatste feitelijke instantie.

En hoewel er aan dit soort 26 en 33*a* WVW-zaken een heleboel moeilijkheden vastzitten, samenhangend met het daarbij niet in acht genomen grondrecht op eigen lichamelijk integriteit ('het onderzoek') gaat het – als we kijken naar de kwaliteit van de rechtspraak – toch niet allereerst daarom maar om die machtsrelatie van mens tot mens op het existentieel terrein der vrijheid en de beteugeling van de eeuwige tendency van power to corrupt (Acton).

12. De alleen rechtsprekende rechter in civiele zaken

Daarom kijk ik tegen de unus judex in civiele zaken (zelfs in hoger beroep) anders aan. Daar betreft het wèl voornamelijk de moeilijkheidsgraad van zaken en er zijn natuurlijk best rechters in eerste aanleg en in hoger beroep, die zo knap zijn dat zij een even goed of beter oordeel hebben dan dat het welk tot stand komt door overleg tussen drie rechters met het daaraan inherente gevaar dat het compromis de scherpte aantast. In hoger beroep zou ik het gelet op de variëteit van de zaken en de gemiddelde moeilijkheidsgraad, die nogal hoog ligt alleen maar niet opportuun, inefficiënt vinden om met zekere regelmaat één rechter te laten beslissen.

Het toenemend aantal cassaties zou de winst in verlies doen omslaan mede gelet op de omstandigheid dat, naar mijn overtuiging, de Nederlandse advocatuur een top (misschien zelfs: haar top) bereikt in de civiele cassatie-specialisatie. De onvermijdelijke onvolkomenheden zouden genadeloos aan de dag gebracht worden en dat zou de waardering van dit deel van de rechtspraak weer doen tanen en – om mijn leermeester Gerard Langemeijer te parafraseren – rechtspraak kan alles hebben: kunde, vlijt en inzicht maar zonder (vrij algemeen) vertrouwen is zij niets. Als op rechters maar een kwart van de kritiek werd losgelaten waaraan politici (zonder merkbare schade) blootstaan zouden zij en zou het rechterlijk bedrijf niet kunnen functioneren.

Diezelfde moeilijkheidsgraad (zij het in andere facetten) doet zich ook gelden in de eerste aanleg van civiele zaken maar op een andere manier. Kantonrechters moeten wel, vaak ook in belangrijke zaken het werk alléén opknappen maar het kantonrechterschap is dan ook een promotie-functie binnen de rechterlijke macht. Uitzonderingen daargelaten wordt men eerst rechter voor men tot kantonrechter verkozen wordt, al gewaagt art. 157*b* lid 2 Rv over hem als over 'een lagere rechter'.

Ik zie geen reden waarom een civiele zaak in eerste aanleg niet door één rechter, *die de zaak aan kan*, zou worden berecht. In de bijzin zit het venijn: als rechtspraak in eerste aanleg (in civiele zaken) door één rechter algemeen zou worden zal een niet gering aantal rechters die vonnissen wijzen hoewel ze daar (op grond van de moeilijkheidsgraad) nog niet toe in staat zijn en (wellicht) nooit in staat *zullen* zijn. Dat neemt niet weg, dat ze in samenwerking met anderen goede vonnissen tot stand zouden kunnen brengen.

Ik denk dat ik mag zeggen, dat ik hier niet vanuit de theorie, maar de – beleefde – werkelijkheid spreek. En onze rechterlijke organisatie is er (hoge uitzonderingen daargelaten) nog niet aan toe in alle openheid zulke vervelende judicia in het belang van de kwaliteit van de rechtspraak *tijdig* uit te delen. Daarom kan ook een onbeperkte unus-judex regeling in eerste aanleg zware schade toebrengen aan de efficiency van de rechtspraak en daarnaast en soms (daarmee) aan haar kwaliteit.

13. In alle ernst

Eén zaak moet ik nog kwijt. Ik heb vermeden in dit artikel (een enkele duistere uitzondering daargelaten) persoonlijke aanvallen te doen op mensen die 'het' anders zien. Dat soort tolerantie keert zich nogal eens tegen de uitdrager ervan. Hij vecht niet voor zijn zaak. Ik kan niets bewijzen en als jurist sta je dan zwak. Maar alhoewel een jurist wel (soms) een mens kan zijn is een mens nooit alleen maar jurist. Daarom voel ik mij niet zo zwak staan. Niet de geschiedenis zal mij gelijk geven maar de toekomst (hoop en verwacht ik). Inmiddels zou ik wensen, dat op mij niet van toepassing is het woord van de schrijfster: 'He was one of those people who saw a situation only in terms of themselves'.[16]

Laat mij eindigen met een gedachte toegeschreven aan Amerika's beroemdste journalist (geen jurist): H.L. Mencken. Breidt men 'human freedom' uit tot 'human rights' dan geeft hij in die gedachte onnavolgbaar weer een paradox die velen ook nù beklemt. Volgens Gerald W. Johnson heeft Mencken ooit opgemerkt:

'The trouble about fighting for human freedom is that you have to spend much of your life defending sons-of-bitches; for oppressive laws are always aimed at them originally, and oppression must be stopped in the beginning if it is to be stopped at all.'

Inderdaad: principiis obsta. Soms vrees ik, dat we die beginstadia al lang achter ons hebben.

16. Rachel Billington. A. Woman's Age, Penguin Books 1981, blz. 198.

24. Gezeur over kleur?

NJ 1986, 779

1. Voorzover tot goed begrip in cassatie van belang, begin ik onder 4 met een weergave van wat in de feitelijke instanties aan de orde is gesteld en van wat Ktr. en Rb. daarover hebben beslist. Enkele keren onderbreek ik dat relaas om een bepaalde opvatting, die straks van belang zal blijken, op voorhand vast te leggen (nrs. 6-8, 10, 14).

2. Dit is zo'n soort zaak, waarin ik, als dat kon, een bemiddelend vonnis zou prefereren of – zo dat niet kon – voortdurend zou willen blijven twijfelen. Kort gezegd verplicht zij tot een keuze tussen twee – vanuit hun optiek – even goed verdedigbare standpunten. Mijn eerste gedachte was: wat een gezeur over de kleur van zo'n huis aan de buitenkant. Maar dat is pure onzin: Het is nogal wat als je in een huis moet blijven wonen, nadat het tegen je zin in een afschuwelijke kleur is overgeverfd. Kleur is in het leven heel belangrijk. Maar: het is ook nogal wat als de eigenaar – woningbouwvereniging – van een huizenblok voor een huis uit dat blok een andere – de oude – kleurstelling moet handhaven. Het lijkt zo'n beetje op die ene stijfkop die zijn voortuintje niet vrijwillig wil afstaan met als gevolg dat de verbreding van de weg, nodig voor de veiligheid van het verkeer, jaren moet worden uitgesteld of dat de weg ter plaatse een vreemde kronkel moet maken. Het lijkt erop, maar daar eist het stijfhoofdig individualisme een zwaarder tol dan hier.

3. Maar waarom die twijfel als de wet duidelijk is? Welnu de wet is bijna nooit duidelijk als wij twijfelen en dat is niet onbegrijpelijk. Ik ga daarover nu niet uitweiden. Wel is duidelijk, dat de wet, met name art. 1590 BW dat hier bij uitzondering de hoofdrol speelt, nogal uitdrukkelijk in een bepaalde richting wijst en dat tendenties van de huidige tijd – kort gezegd belangen samenhangend met groepsvorming en collectiviteit – daar nogal haaks op staan. Niet specifiek van deze tijd, maar wel mede daardoor bepaald speelt een derde zaak mee: de uitoefening zelfs van 'absolute' rechten wordt mede bepaald door belang, redelijkheid, goede trouw, ontbreken van misbruik van recht enz. Wat dan onder 'belang' etc. valt te verstaan is daarmee nog niet uitgemaakt. Heb ik er meer of ander belang bij dat het ('nutteloze') torentje op het dak van mijn huis niet wordt gesloopt dan dat het zacht bruine van mijn huis niet wordt omgezet in een kakofonie van kakelbonte kleuren?

Maar: laat mij het begin niet langer uitstellen.

4. De eiseres tot cassatie – Zunder – heeft van verweerster in cassatie – Volksbelang – in huur het perceel Baksweer 144 te Raamsdonksveer, gem. Raamsdonk. Het perceel maakt deel uit van een blok woningen, dat door Volksbelang wordt verhuurd.

5. In het kader van het periodiek onderhoud van het buitenverfwerk heeft Volksbelang Baksweer 144, waarvoor eerst de kleuren bruin en groen waren ge-

bezigd (evenals voor de andere huizen van het blok) een andere kleurstelling gegeven: 'kleuren afwijkend van de oorspronkelijke kleur' om met Zunder te spreken. Volksbelang omschrijft het in haar aantekeningen: pro forma pleidooi, p. 2, aldus:

> 'De kleurstelling van het houtwerk van het complex en van het gehuurde, was bruin en groen. Na verkregen deskundig kleurenadvies, en met bijval van de Welstandscommissie van Bouwtoezicht West-Brabant viel de keuze van Volksbelang op het schilderen volgens het verfsysteem Exblarot nr. 2016 en 2026 en de woningen waaronder het gehuurde, te voorzien van een nieuwe verflaag met als kleurstelling:
> de kozijnen beige, de ramen geel, het tussenschot groen, de voordeur groen, het portaal groen en de schuurdeur groen.'

Dit gebeurde dus nadat een kleurenadvies was gevraagd met als doel de sombere woning(en) te verfrissen en op te fleuren. De directeur van het Bouwtoezicht West-Brabant noemde dit advies 'esthetisch een verbetering' en vond verder het nieuwe kleurenschema 'veel levendiger en erg goed passend bij de steenkleur' (conclusie van antwoord in eerste aanleg nrs. 10-12).

6. Uit het onder 5 aangevoerde volgt, dunkt mij, dat in cassatie als uitgangspunt moet dienen een wezenlijke verandering van het aanschijn, het aanzien, de aanblik van het huis aan de buitenzijde door de keuze van andere en anders gecombineerde kleuren. Ik acht dit van belang omdat in het proces naar voren gebracht is, dat opnieuw verven in het kader van onderhoud altijd een verandering teweegbrengt van oud naar nieuw en dat het toch apert onredelijk is zo iets te verbieden. Nu is zo'n verbod ook niet mogelijk als het – zoals hier – gaat om dringende reparaties, die niet tot na het einde van de huur kunnen worden uitgesteld (art. 1591 lid 1 BW). Wanneer voorts in zo'n geval opnieuw verven plaatsvindt in een kleur die zo dicht mogelijk ligt bij de oude (ingeval die oude kleurstelling niet precies meer aanwezig is) zal ook moeten worden aangenomen dat de huurder geen actie heeft. Dat is doodgewoon in strijd èn met de wet èn met de goede trouw die de huurder bij het uitvoeren van de huurovereenkomst jegens de verhuurder in acht moet nemen.

7. Maar hoewel opnieuw verven aan de buitenzijde een reparatie is die normaliter ook gedurende de huurtijd moet kunnen plaatsvinden is het in het kader daarvan aanbrengen van een nieuw kleurengeheel – *niet* iets wat in beginsel niet tot het einde van de huur kan worden uitgesteld.

8. De overstap van: opnieuw verven met zelfde kleuren òf met kleur, die de oude kleur het meest benadert, naar: verven met nieuwe, andere kleuren om het huis van somber tot fris te maken, kan – in het kader van de art. 1590 en 1591 lid 1 BW – niet 'stiekem' worden gemaakt. Er is dan iets heel anders aan de hand.

9. Reeds voordat Baksweer in nieuwe kleuren nieuw in de verf was gezet dagvaardde Zunder Volksbelang voor de Ktr. te Breda aan wie zij vroeg Volksbelang op straffe van een dwangsom te verbieden haar huis in de nieuwe kleuren over te verven. Zij noemde dat

> 'patates friteskraam kleuren of vis- en chipskleuren'.

10. Hiermede heeft, dunkt mij, Zunder aangegeven wat haar belang was bij het verzet tegen de nieuwe kleuren. Zij vond ze afschuwelijk. Dat Volksbelang en anderen het anders zagen doet er niet toe. Als het zich behagelijk gevoelen bij bepaalde kleuren, en het tegenovergestelde gevoel bij andere kleuren een belang is, kan dat niet wegvallen door 'objectieve' onjuistheid, door democratische overruling of door bureaucratie. Al vertelt iedereen mij dat Nabokov een beroemd schrijver is, ik vind zijn boeken niet om door te komen. Die domheid is mijn

recht en evenmin kan iemand verboden worden Multatuli en Du Perron achter te stellen bij een kasteel-roman. Zunder vindt de nieuwe kleuren bar lelijk en omdat zij het huis in andere kleuren geverfd had gehuurd, verzet zij zich tegen dit nieuwe, andere, dat volgens haar lelijk is.

11. Zunder voerde dus aan, dat Volksbelang als het de nieuwe kleurstelling door zou 'drukken' in strijd handelde met het bepaalde bij art. 1590 BW, dat verbiedt gedurende de huurtijd de gedaante of inrichting van het gehuurde te veranderen.

12. Bij vonnis van 29 juni 1983 heeft de Ktr. te Breda aan Zunder haar vordering ontzegd. De overweging die tot die slotsom leidde, luidde:

> '... dat Wij van oordeel zijn, dat iedere wijziging van de kleuren der woning, hetzij aan de binnenzijde daarvan, hetzij aan de buitenzijde, letterlijk genomen als gedaanteverandering kan worden beschouwd, doch dat wij tevens van oordeel zijn, dat de bovengeschetste wijziging van de kleuren niet gerekend kan worden tot het soort gedaanteverandering waartegen art. 1590 BW de huurder bedoelt te beschermen'.

13. Zunder ging van dat vonnis in hoger beroep. Tot dan toe had Volksbelang het verfwerk aan haar woning nog niet in de gewraakte kleuren laten uitvoeren. Nu gebeurde dat wel. Zunder paste haar vordering aan de nieuwe situatie aan en eiste dat Volksbelang het gehuurde op straffe van een dwangsom in de oorspronkelijke staat van kleuren terug zou brengen.

14. M.i. kan er in cassatie vanuit gegaan worden, dat aldus niet iets onmogelijks wordt gevorderd. Niet wordt immers aldus gevorderd de oude, verwijderde verflaag in 'de goede kleuren van toen' weer te doen herleven (p. 13 pro forma pleidooi Volksbelang) maar de nieuwe verflaag te verwijderen en te vervangen door een die overeenkomt met of zoveel mogelijk gelijkt op de kleurzetting, die bestond toen Zunder het huis huurde.

15. Zunder voerde tegen het vonnis drie grieven aan. Alleen grief I is in cassatie nog van belang. Deze richtte zich tegen de zojuist weergegeven overwegingen van de Ktr. en hield in dat onder 'gedaante' in de zin van art. 1590 BW moest worden verstaan: gestalte en uiterlijk.

16. Bij haar in hoger beroep gewezen vonnis van 31 juli 1984 bekrachtigde de Rb. te Breda het vonnis van de Ktr. en overwoog daartoe naar aanleiding van grief I o.m. (nummering toegevoegd door mij; *L.*):

1. 'Bij vaststelling van wat onder 'gedaante' in art. 1590 BW moet worden verstaan dient niet van doorslaggevende betekenis te worden geacht wat in taalkundige zin onder gedaante kan worden verstaan.
2. Bepalend is of er sprake is van een verandering van gedaante in die zin dat het belang van de huurder dat art. 1590 BW beoogt te beschermen wordt aangetast.
3. Naar het oordeel van de Rb. kan vanuit dat oogpunt niet elke kleurverandering als een gedaanteverandering worden aangemerkt maar is een kleurverandering slechts dan een verandering van gedaante indien bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven.
4. Daarbij valt bijv. te denken aan een verhuurd bedrijfspand dat bij aanvang van de huur is geschilderd in bedrijfskleuren, maar bij onderhoudsschilderwerk in geheel andere kleuren wordt geverfd.
5. Aan de buitenkleur van een huizenblok komt niet zodanige betekenis voor de gedaante van het verhuurde toe dat een verandering van kleur een verandering van gedaante oplevert.
6. Bezwaarlijk kan worden aangenomen – en dat is ook niet gesteld of gebleken – dat de huurders er recht op hadden dat de huizen altijd dezelfde kleuren

zouden behouden, terwijl redelijkerwijs ook niet was te verwachten dat de kleuren nooit zouden veranderen.'

17. Zunder voert in cassatie tegen het vonnis van de Rb. een middel van cassatie aan, bestaande uit twee onderdelen.

Het eerste onderdeel richt zich tegen de overwegingen, weergegeven bij nr. 16, onder 1 t/m 4, het tweede tegen die onder 5 en 6.

18. De strekking van het namens Zunder in cassatie gevoerde betoog zou ik als volgt willen samenvatten:

Verandering van kleurstelling aan het verhuurde levert op verandering van gedaante van het verhuurde. Of de huurder met een beroep op art. 1590 BW deze gedaanteverandering mag weerstreven hangt af van de vraag of dat verzet zich laat rijmen met, niet in verzet komt tegen de goede trouw, de redelijkheid die van de huurder geëist mag worden bij het tenuitvoerleggen van de huurovereenkomst.

19. In welk opzicht verschilt de beslissing van de Rb. hiervan?

20. Voornamelijk, zo meen ik, in dit opzicht dat de Rb. verandering van kleurstelling niet aanmerkt als verandering van gedaante in de zin van art. 1590 BW tenzij bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven. In de namens Zunder verdedigde opvatting kan zij zich tegen de kleurverandering verzetten, tenzij dat in de omstandigheden van het geval kort gezegd, onredelijk, onfatsoenlijk is. In die van de Rb. komt haar zulk verzet niet toe, tenzij bijzondere omstandigheden zulks billijken.

21. Het gaat er om, aldus de Rb., welk belang van de huurder art. 1590 BW beoogt te beschermen. Dat is juist maar het zegt nog niets. Want art. 1590 beoogt niet alleen maar bepaalt uitdrukkelijk, dat het het belang van de huurder beschermt, hierin bestaande dat het gehuurde niet tijdens de huur door de verhuurder van gedaante veranderd wordt (over inrichting spreek ik verder niet).

22. Men ontkomt er dus niet aan, al heeft de Rb. dat geprobeerd, vast te stellen wat onder 'gedaante' van het gehuurde dient te worden verstaan.

23. Art. 1590 BW gaat terug op art. 1723 CC, luidende:

'Le bailleur ne peut, pendant le duree du bail, modifier la forme de la chose louée.'

24. Ripert-Boulanger, Traite de droit civil, tome III, 1958, p. 570, nr. 1729, verstrekt de volgende inlichting:

Le bailleur ne peut rien faire qui diminue l'utilité ou l'agrément des lieux louées. Cette obligation quoique toute passive, est très importante parce qu'elle paralyse dans un large mesure l'exercise du droit de propriété... Le seul texte qui consacre explicitement cette obligation du bailleur est l'art. 1723, qui dit ... etc.

25. Hier en elders (voor vindplaatsen verwijs ik naar de pleitnotities voor Zunder, p. 3) blijkt dat het Franse recht *la forme* (de la chose louée) niet in die letterlijke zin opvat, die het aanschijn van de vorm (welke uiteraard de vorm vooronderstelt) – de kleur(en) ervan en erop, de wijze waarop en de dingen waarmee hij – de vorm – is versierd, opgetuigd – uitsluit.

26. Men ging nog aanzienlijk verder. Laurent, Principes de droit civil francais, 1898-1903, verdedigde dat zelfs het uitzicht op een tuin dat het verhuurde bood, 'la forme de la chose louée' betrof (nr. 146, p. 158-160):

'Dans son sens littéral, cette expression explique une transformation matérielle de la chose louée, transformation d'ou resulte un trouble ou une diminution de jouissance ..., il ne faut pas isoler l'art. 1723, il est une conséquence de l'obligation principale qui encombe au bailleur, celle de faire jouir le preneur de la chose louée avec tous les avantages qui y sont attachés au moment du contrat. Or la diminution de la lumière est certainement une diminution de jouissance.

Alors même que la diminution de jouir ne causerait qu'une diminution d'agrément, le propriétaire est en faute; la vue dont jouit un appartement sur un jardin en augmente l'agrément et par suite, la valeur locative ...'

27. Een oud vonnis van de Rb. te Amsterdam (24 april 1914, W 9698) achtte art. 1590 BW geschonden toen de verhuurder die het bovenhuis aan een diamantbewerker had verhuurd, de winkel in het benedenhuis – welk benedenhuis niet door de diamantbewerker was gehuurd – transformeerde in een door de bedroefde huurder als kroeg betiteld 'koffiehuis'. Daardoor immers, aldus de Rb., veranderde de toestand van het gehuurde bovenhuis. Ook de Franse rechtspraak geeft dergelijke beslissingen te zien: Parijs, 19 juli 1856, Dalloz, 1856.2.229.

28. Ook in Nederland heeft de doctrine van het begin af aan 'gedaante en inrichting' en daarmee het door art. 1590 BW beschermde belang van de huurder ruim opgevat.

Land, Verklaring van het BW, deel V, p. 155, noot 2 leert dat waar de wet spreekt van 'gedaante of inrichting':

'bedoeld is geheel algemeen de toestand waarin het gehuurde verkeert'.

29. Meer dan een eeuw later deelt Abas in zijn bewerking van Asser (5, II, 4e dr., 1976, p. 28) mee:

'Gedaante en inrichting tezamen betekent ongetwijfeld de toestand waarin het verhuurde goed zich tijdens het sluiten van de overeenkomst bevindt.'

En die passage was ook al te vinden toen Kamphuisen nog de bewerker was van Assers deel Bijzondere Overeenkomsten: 2e en 3e druk, resp. 1950 en 1960, p. 233 en p. 213.

30. Een van de recente bronnen, waaruit geput kan worden voor de oplossing van dit probleem is de conclusie van de fgd. A-G Martens, voorafgaande aan HR 7 maart 1980, NJ 1980, 611. Het ging daar als later in Hof Den Bosch 1 mei 1985, NJ 1985, 810 over renovatie van een blok huizen, waartegen een der huurders zich verzette. Dat door die renovatie gedaante en inrichting van het gehuurde werd veranderd, ook al neemt men die termen in de meest 'enge' zin, is, helaas, niet twijfelachtig. In zoverre kan de zaak niet rechtstreeks nieuw licht verschaffen op de vraag wanneer er sprake is van gedaanteverandering.

31. Desondanks zou ik uit die conclusie twee aspecten naar voren willen halen:

a. Volgens de fgd. A-G Martens is op zijn minst genomen goed pleitbaar dat voor beroep op art. 1590 BW *niet* van belang is dat vaststaat dat de renovatie 'objectief een verbetering opleverde', goedgekeurd was door de overheid en alleen tot stand kon komen indien het gehele complex van woningen werd gerenoveerd.
b. In de conclusie wordt als huidige leer aangemerkt dat de huurder bevoegd is zich tegen elke verandering te verzetten onverschillig of deze hem weinig bezwaar, de verhuurder daarentegen veel voordeel zou opleveren.

32. De vaststelling onder a acht ik van belang, omdat het in art. 1590 BW duidelijk niet enkel om het belang van de huurder gaat in de zin van economisch, op geld en in de huurprijs waardeerbaar, nut, anders gezegd dat de omstandigheid dat de verandering (ook) voor hem economisch nuttig is, *niet* meebrengt, dat hij haar moet aanvaarden, toch zeker als het belang van de verhuurder aanzienlijk is. Immers ook 'l'agrément' is hier een rechtens erkend belang en eigenlijk ziet dat op het welbehagen, het plezier, het zich lekker voelen in het gehuurde, zoals het is en was toen het gehuurd werd. Sommige mensen huren een groot oud en vervallen huis met veel onpraktische kamers en gangetjes en stofnesten op alle verdiepingen omdat ze er met de kinderen verstoppertje in willen spelen. Kom daar maar eens mee aan in een doorzon-huis, eerste stand. Wordt van dat oude donkerbruine

huis door renovatie een utilitair, licht geverfde ruimte voor moderne mensen gemaakt, dan is voor die eerst genoemde mensen l'agrément verdwenen. Ze vinden er niks meer aan.

33. De vaststelling onder a is in ons geval ook belangrijk omdat daar aan de orde wordt gesteld of het 'genot' van de huurder in een 'rijtjeshuis' of van een onderdeel van een blok huizen reeds daarom (of mede daarom) geen bescherming als belang meer mag ondervinden omdat de 'hele zaak' anders in de war en uit haar voegen raakt: een zo'n huis midden in een blok met a-kleuren geverfd in x-kleur. Dat kan toch niet. In het reeds geciteerde arrest van het Hof Den Bosch (NJ 1980, 810) wordt deze kwestie ook besproken, o.m. in de overweging:

> 'En de enkele omstandigheid, dat de gerenoveerde woningen een andere aanblik vertonen dan de niet gerenoveerde panden impliceert nog allerminst dat al deze woningen te zamen niet een complex vormen, dat als zodanig in stand kan worden gehouden.'

34. Daarom ben ik niet onder de indruk van het betoog namens Volksbelang gevoerd op p. 13 van de pleitnota in cassatie:

> '... herstel in de zin van het aanbrengen van verf van dezelfde soort en kleurstelling als oorspronkelijk aanwezig zal leiden tot het detoneren van het complex, immers één huis in een complex dat afwijkt in het harmonieuze geheel. Aantrekkelijk is dat niet te noemen, bepaaldelijk niet voor de andere huurders van het complex. Aan een complex is de specifieke problematiek verbonden van harmonie ...'.

35. Als daarvoor alle individuele rechten van individuen moeten wijken, dan zal daarvan op den duur weinig overblijven. Ik zie niet in waarom Zunder zonder mopperen moet gaan wonen in een huis dat zij om zijn kleur verfoeit, enkel omdat anderen in haar buurt en blok een zo opgeschilderd huis wel aanvaarden of er niet (meer) tegen protesteren.

36. De vaststelling onder b vind ik belangrijk omdat ook hier gesproken wordt van '*elke* verandering'. Immers naar mijn mening is de beslissende vraag in dit geding toch eigenlijk of de andere kleurstelling met een ander soort verf, die, dat staat m.i. vast, een wezenlijke verandering van aanblik van het huis aan de buitenzijde teweegbracht, is een *verandering van gedaante*. Ik heb reeds betoogd dat men 'la forme' altijd ruim heeft uitgelegd en toen wij in plaats van 'la forme' in art. 1590 BW spraken van 'gedaante en inrichting', bracht het verschil in woorden, volgens Opzoomer (BW, VIII, 3e boek, p. 292) geen verschil in betekenis mee.

37. Door het gebruik van het woord 'gedaante' wordt, denk ik, als er al verschil is, nog meer buiten twijfel gesteld, dat het gaat 'over het uiterlijk voorkomen waaronder iets zich vertoont' (Van Dale) en niemand zal wel willen bestrijden dat de kleur het uiterlijk voorkomen mede bepaalt.

38. Ik blijf op dit punt zo doorgaan omdat, stelt men de kleur buiten de gedaante als bedoeld bij art. 1590 BW, daarmee nog niet iedere kleurverandering moet worden geaccepteerd door de huurder, maar *dan* m.i. geldt dat kleurverandering slechts als bijzondere omstandigheden aanwezig zijn, oplevert: *wanprestatie,* waartegen de huurder kan ageren. Dan immers gelden alleen de algemene regels. En verven met een andere kleur dan de vroegere is op zich genomen nog geen wanprestatie.

39. Gesteld dat een ijverig zeloot voor het CDA van de verhuurder een van buiten geheel groen geverfd huis huurt en deze laat dat huis in het kader van noodzakelijke onderhoudswerken in de verkiezingsweek knalrood opverven, dan acht ik dat een wanprestatie, geheel los van de vraag of het ook ongeoorloofd is wegens verandering van gedaante.

40. Ik denk dus dat de vraag welk van de onder nr. 20 omschreven criteria het

juiste is *allereerst* hiervan afhangt of het doen verven van het huis in een wezenlijk andere kleurstelling dan die er vroeger was en zulks tegen de uitdrukkelijke zin van de huurder, oplevert verandering van gedaante.

41. Het oordeel van de Rb. kan nl. zo gelezen worden: Slechts onder bijzondere omstandigheden kan de huurder zich verzetten tegen zulk een wijziging van kleuren. Weliswaar oordeelt de Rb. dan – als die bijzondere omstandigheden aanwezig zijn – dat het plotseling weer over de gedaante van het huis gaat en niet in het algemeen over wanprestatie bij de uitvoering van de huurovereenkomst, maar die m.i. niet houdbare constructie doet er niet aan af, dat – zo er geen sprake is van gedaanteverandering – het enkele tegen de zin van de huurder aanbrengen van een andere kleurstelling voor de buitenkant van een huis (in een blok) nu geen bijzondere omstandigheden zijn gesteld of gebleken, de vordering van Zunder niet zou kunnen wettigen, althans tot dat oordeel *kòn* de Rb. *dan* geredelijk komen.

42. Namens Zunder wordt verdedigd dat in de Franse doctrine en rechtspraak 'de aanblik' van het gehuurde onder 'la forme de la chose louée' valt. Verwezen wordt daartoe naar: Encyclopedie Dalloz, Droit Civil I, Bail, en gedoeld wordt op de navolgende tekst

> 'Il lui est interdit, par exemple de modifier les dispositions et l'aménagement interieur des locaux, d'en diminuer ou même simplement, en principe, d'en modifier les avantages, *au point de vue,* notamment de l'escalier, de l'eau, de la lumière, *de la vue,* du mode de chauffage.'

en naar Baudry-Lacantinerie-Wahl, Traité Theorique et practique de Droit Civil, Du contrat de louage, 3e edition, tome premier, 1906, p. 242 e.v. waar eveneens onder 'la forme' mede wordt verstaan: la vue. Vervelend is nu echter, vind ik, dat 'la vue' zowel het *uitzicht* als *de aanblik* betekent en dat het in de enkele vervolgens door de Franse auteurs gegeven rechtspraak-gevallen steeds gaat over het uitzicht (sur un jardin, ook de Franse auteurs schrijven elkaar regelmatig letterlijk over). Nergens heb ik een voorbeeld kunnen vinden waarbij het over *verandering van kleur* gaat.

43. Dat neemt niet weg, dat ik bij mijn standpunt toch volhard: ook de aanblik, de verschijning van de vorm, behoort tot de gedaante van de zaak. Als dat zo is, zie ik niet in waarom dat een soort tweede klasachtige kwaliteit zou zijn, ik bedoel een die slechts onder bijzondere omstandigheden mee mag doen bij de bepaling of het over de gedaante gaat. Dat zou dan ook het geval moeten zijn bij die andere veranderingen van gedaante waarbij de vorm zelf wordt veranderd en als dat zou worden aanvaard zou het doodgewoon betekenen, dat art. 1723 CC – en wat ons aangaat art. 1590 BW – in het geheel niet 'strikt' moet worden opgevat, omdat slechts zodanige vormveranderingen onder de scepter van art. 1590 BW zouden vallen, waarbij tevens van bijzondere omstandigheden sprake zou zijn.

44. Het gaat hier over de kleurstelling en de kleursoort zelf. Maar men zou natuurlijk ook kunnen denken aan de voorstelling die op 'de vorm' wordt geverfd. Ook die geverfde voorstelling maakt niet in letterlijke zin de vorm van het verhuurde uit; ze is plat en de vorm is driedimensionaal. Denk aan die valse verhuurder die op het door de dominee gehuurde huis aan de buitenkant ironische teksten laat plaatsen of pornografische tekeningen. Dat is natuurlijk wanprestatie, maar ook als dat om een of andere reden niet het geval zou zijn, zou de huurder zich m.i. kunnen verzetten wegens verandering van de gedaante van het verhuurde.

45. Een m.i. heldere samenvatting van wat art. 1590 beoogt, treft men aan bij Rueb, WPNR 5395:

> 'In het algemeen kan de huurder met een beroep op art. 1590 BW (...) verhinderen, dat de verhuurder enige

werkzaamheid verricht die een verandering in het gehuurde teweeg brengt, tenzij hij bij gemis van een redelijk belang dat beroep niet te goeder trouw kan doen.'

46. Aldus ongeveer maar toch wel strenger ook Baudry-Lacantinerie-Wahl, onder 42 aangehaald, nr. 686:

'L'art. 1723 ne comporte aucune distinction et interdit purement et simplement au bailleur d'apporter pendant le bail aucun changement de forme à la chose louée. Cependant l'attitude du preneur s'opposant à une modification minime, avantageuse pour le bailleur et peut – être pour lui – même et depourvue de tout inconvenient appréciable, pourrait au moins dans certaines circonstances, constituer un abus de droit que l'on ne saurait admettre.'

(Zie ook nr. 64 van deze conclusie.)

47. Als we het er nu over eens zouden kunnen zijn dat onder 'redelijk belang' in dit geval ook valt te verstaan het belang dat men heeft bij plezierig wonen in een huis op niet mindere wijze dan het geval was toen men dat huis huurde, dan betekent dit dat een verzet tegen schildering van het buitenwerk met kleuren en kleurcombinaties die men erg lelijk vindt, in beginsel niet in strijd met de goede trouw is, maar zulks slechts onder bijzondere omstandigheden kan worden.

48. Ik merk nu op, dat Asser-Kamphuisen, alleen tweede druk, 1950, en Van den Heuvel, Huurrecht, losbladig, het beroep van de huurder op art. 1590 BW geheel of in hoge mate lijken te willen beperken tot de gevallen waarin deze bij zijn verzet een economisch, op geld waardeerbaar belang heeft. De opvatting van Van den Heuvel wordt bestreden in de conclusie van de fgd. A-G Martens, boven aangehaald. Deze is van mening dat het te ver gaat een redelijk belang bij de huurder te eisen:

'Mij lijkt deze formulering weinig gelukkig, wat te ruim; ik zou menen dat de huurder zich enkel dan niet met vrucht tegen door de verhuurder gewilde veranderingen kan verzetten, indien het belang dat de verhuurder bij die verandering heeft zoveel groter is dan dat van de huurder bij handhaving van de bestaande toestand, dat zijn verzet alle omstandigheden in aanmerking genomen, onredelijk is.'

49. Indien men echter onder de redelijke belangen van de huurder ook de niet-economische meetelt en mee laat wegen, die dus welke te maken hebben met 'l'agrément', dan zullen er aan de kant van verhuurder wel bijzondere grote belangen aanwezig moeten zijn wil het verzet van de huurder tegen de voorgestelde verandering onredelijk zijn. En die prioriteit verdienende belangen van de verhuurder heeft de wet voor een flink stuk al erkend daar waar dringende reparaties nodig zijn, waarmee niet gewacht kan worden tot het einde van de huur, omdat, zo begrijp ik, achterwege laten daarvan het vermogensobject van de verhuurder zou (kunnen) aantasten.

50. In de derde druk van Asser-Kamphuisen (1960) komt de passage waarop ik doel, geciteerd in voormelde conclusie bij HR 1980, 611, p. 2014, r.k., bovenaan, niet meer voor.

51. Ik acht het eerste middelonderdeel gegrond. Met name meen ik dat niet juist is, dat een (wezenlijke) kleurverandering van het gehuurde slechts dan als een verandering van de gedaante van het gehuurde kan worden aangemerkt indien bijzondere omstandigheden daartoe aanleiding geven.

52. Daartegenover zou ik als stelling willen verdedigen, dat een wezenlijke verandering van kleurstelling (buitenzijde huis) een verandering van de gedaante van het gehuurde is, waartegen de huurder zich – zeker als hij dat vooraf doet, zoals hier – met recht kan verzetten, tenzij hij bij dat verzet geen redelijk belang heeft, onder belang mede begrepen het niet-economisch waardeerbare belang van subjectief prettig wonen.

53. De redelijkheid van het belang zal te eerder mogen worden aangenomen naar gelang het belang van de verhuurder bij de door hem nagestreefde verandering minder groot tot afwezig is. Het ontbreken van belang of van genoegzaam redelijk belang bij de huurder zal de verhuurder moeten stellen en vervolgens bewijzen, althans aannemelijk maken. In het algemeen zal dat hierop neerkomen, nu het belang van de huurder ook kan gelegen zijn in rechtens moeilijk weegbare zaken als behagelijk wonen, dat de verhuurder bijzondere omstandigheden moet aanvoeren en aannemelijk maken, waaruit volgt dat het verzet van de huurder berust op handelen in strijd met de goede trouw en wat daar vlak bij ligt: oplevert misbruik van recht in de zin daaraan gehecht door E.M. Meijers in wat ooit was art. 8 lid 2 Inleidende titel van het NBW.

54. *Over het tweede onderdeel* van het middel zal ik korter zijn.

55. Voor het geval het eerste onderdeel van het middel terecht is voorgesteld, gelijk ik meen, rijst de vraag of de overwegingen van de Rb., weergegeven bij nr. 16 onder 5 en 6 toch nog kunnen bewerkstelligen dat het vonnis juist is gewezen.

56. De overweging dat aan de buitenkleur(en) van een huizenblok niet zodanige betekenis toekomt voor de gedaante van het verhuurde dat een verandering van kleur (daarvan) een verandering van gedaante oplevert, is taalkundig wat raadselachtig, maar zal wel het uitgangspunt inhouden, dat welke kleurwijziging dan ook aan een huis *slechts* onder bijzondere omstandigheden, die hier niet zijn aangevoerd, ook betekent dat er sprake is van gedaanteverandering in de zin van art. 1590 BW.

57. De hier dan vermelde omstandigheden, dat het betreft wijziging van de *buiten*kleur van een huis, dat onderdeel uitmaakt van een huizenblok, zullen zo uitgelegd moeten worden: er moeten al bijzondere omstandigheden bijkomen wil kleurverandering op zich genomen worden aangemerkt als gedaanteverandering in de zin van art. 1590 BW. Die bijzondere omstandigheden zijn er niet. *Integendeel* er zijn omstandigheden: kleur *buiten*verfwerk *binnen een blok,* die aan het in r.o. 3 gestelde in dit geval bijzondere kracht verlenen: Buitenschilderverfwerk is niet erg belangrijk en de bezitter (huurder) van een huis in zo'n blok kan van de verhuurder – een woningbouwvereniging – toch niet vergen een bijzondere behandeling te krijgen wat betreft die kleurstelling.

58. Met andere woorden: tot op zekere hoogte is de Rb. in strijd met haar eerdere uitgangspunten aan het doen wat zij, volgens mij zou moeten doen: aangeven waarom in dit bijzondere geval – wegens bijzondere omstandigheden – de wijziging van de kleurstelling niet is een gedaanteverandering waartegen Zunder zich met een beroep op art. 1590 kan verzetten.

59. Toch meen ik – zij het niet dan na enige aarzeling – dat een en ander niet betekent dat de Rb. tot haar beslissing kon komen.

60. Bezien vanuit het criterium van Rueb valt aanstonds de vraag: waar heeft de Rb. vastgesteld dat Zunder geen redelijk belang heeft om zich te verzetten? Het enkele feit, dat zij in een huis woont dat onderdeel van een blok vormt, kan die gevolgtrekking toch niet dragen. En als dat een belang voor de *verhuurster* oplevert, waar wordt dat belang dan afgewogen tegen het belang van Zunder in een huis te wonen met kleuren, die haar zinnen?

61. Ook als de afwegingsformule wordt gehanteerd, vermeld onder nr. 48 van deze conclusie, moet ik vaststellen dat de Rb. *die* afweging niet heeft voltrokken. Ik kan het moeilijk anders zien dan dat de Rb. heeft vastgesteld kleurwijziging is uitzonderingen (bijzondere omstandigheden) daargelaten, geen gedaan-

teverandering (als bij art. 1590 BW bedoeld) toch zeker niet als het een kleurwijziging betreft aan de buitenzijde van een huis, dat tot een blok huizen behoort, die allemaal diezelfde andere kleuren verf krijgen of hebben gekregen. Dat komt mij onvoldoende voor.

62. Wat betreft de overweging opgenomen in deze conclusie onder nr. 16.6 wil ik opmerken dat het er op zich genomen in deze procedure niet over gaat of huurders er recht op hebben dat hun huis altijd dezelfde kleur zal behouden. Waar het wel om gaat is of Zunder zich in dit geval rechtens mocht verzetten tegen de kleurwijzigingen, die Volksbelang wilde aanbrengen en later heeft aangebracht aan haar huis *tijdens de huurtijd*. Zij heeft wèl gesteld en heel uitdrukkelijk dat zij er recht op had zich tegen die kleurwijziging te verzetten. In zoverre als dat verzet terecht was mocht zij redelijkerwijs wèl verwachten dat, zolang zij huurster was, de oude kleurstelling zou blijven, althans niet vervangen zou worden door de door Volksbelang geprefereerde en door haar verfoeide.

63. Voor zover in de overweging tot uitdrukking gebracht mocht zijn, dat kleuren nu eenmaal verschieten of dat nieuwe verf altijd wat anders aandoet dan oude verf, zou ik willen herhalen, dat het over die situaties hier niet gaat maar over een waarbij doelbewust *andere* kleuren zijn gekozen om de huizen 'op te frissen en op te fleuren' (zie deze conclusie onder nr. 6).

64. Terugkomende op het afwegingsproces naar aanleiding van Hof Den Bosch 1985, 810 citeer ik de navolgende overweging van dat hof:

> 'Gelet op de gewijzigde maatschappelijke inzichten, inzake de rechtspositie van huurders ... (– –) moet aangenomen worden dat een ( ) huurder geen beroep toekomt op art. 1590 BW, indien de verhuurder tot woningverbetering wil overgaan, doch de (...) huurder zich daartegen verzet terwijl het nadeel dat de verhuurder van die wijziging ondervindt – zowel gelet op zijn eigen belang als op dat van andere belangen welke hij zich mag aantrekken – zo groot zou zijn dat de ( ) huurder – gelet op zijn belang zich tegen een voorgenomen verbetering te verzetten – in redelijkheid zijn toestemming aan de voorgenomen woningverbetering niet mag onthouden. Door aldus te handelen zou de ( ) huurder zich schuldig maken aan misbruik van recht.'

65. Zoals duidelijk zal zijn kan ik mij, evenals de raadsman van Volksbelang, in deze beslissing heel goed vinden, maar met ander resultaat.

66. Ik merk terloops op dat bij objectieve woningverbetering door renovatie als waarover het toen ging, de economische belangen een zwaardere rol kunnen en zullen spelen dan in ons geval. Hier gaat het immers om nagestreefde subjectieve woning*verfraaiing* door het sombere kleurgeheel aan de buitenzijde te vervangen door een fris kleurtje, waar tegenover staat het even subjectieve gevoel van degene die met die kleuren het meest te maken heeft, de huurster, dat ze opgescheept zit met een huis geverfd met kleuren als van een fritestent.

67. Maar belangrijker is, dat de afweging die het hof daar nodig vond, hier in het geheel niet heeft plaatsgevonden: De Rb. stelde voorop, dat de wijziging van het kleurenpalet buitenzijde huis mocht, tenzij er bijzondere dingen aan de hand waren. *Als* dat uitgangspunt juist is, is ook het vonnis juist en hoefde een afweging in het kader van misbruik van recht of van een voldoende sterk redelijk belang bij de huurder vergeleken bij dat van de verhuurder, niet meer plaats te vinden.

68. Ik heb echter betoogd en getracht aannemelijk te maken dat dat uitgangspunt hier *niet* juist is en dat dit onjuiste uitgangspunt de verdere beslissingen van de Rb. meesleurt.

69. Het moeten leven met ongewen-

ste, verfoeide, nieuwe kleuren aan het huis dat men bewoont, waaruit men dagelijks vertrekt en waarin men – is alles goed – regelmatig terugkeert, dat is het onderwerp van deze procedure. Dat de bewoner, die huurder is daar *niets* mee te maken heeft, als zijn huis deel uitmaakt van een blok en omdat dat zo is (notulen overlegvergadering 27 sept. 1982, overgelegd bij akte in hoger beroep van 20 maart 1984), dat komt mij onaanvaardbaar voor.

70. Het middel gegrond achtend concludeer ik tot vernietiging van het vonnis van de Rb. te Breda en verwijzing van de zaak naar het Hof te 's-Hertogenbosch teneinde op het bestaande hoger beroep opnieuw te worden berecht en afgedaan.

Hoge Raad enigszins anders.

25. Van de hond én van de kat gebeten

Vrijheidsontneming als straf en als maatregel

1. Na 1870

Sinds in Nederland de doodstraf werd afgeschaft – het beste wat de negentiende eeuw ons als juridische hervorming ter handhaving heeft overgeleverd – vinden wij dat de overheid een mens niets ergers kan aandoen, bij wege van straf, dan hem zijn fysieke vrijheid ontnemen: het koninklijk recht om te gaan en te staan, waar hij zelf wenst te gaan en te staan. En hoe langer die vrijheidsontneming duurt hoe zwaarder de straf met als culminatiepunt: levenslang. Er is een geweldig verschil tussen een zo lange vrijheidsstraf dat de persoon die haar moet ondergaan naar de mens gesproken de gevangenis slechts met Hegels voeten vooruit zal kunnen verlaten en een levenslange gevangenisstraf. In het laatste geval wordt immers het uitzicht op uiteindelijke vrijheid van den beginne af weggenomen en men zou kunnen volhouden, dat vrijheid zo wezenlijk is voor de mens dat algehele ontneming daarvan het mens-zijn-zelf in zijn diepste vezelen aantast. Maar ook het ontbreken van *zekerheid* omtrent dit uitzicht is voor velen ingrijpender dan de zekerheid van lange duur: niet zelden was dat in het verleden de oorzaak van het fanatieke verzet tegen oplegging van terbeschikkingstelling.

Strafrechtelijke instituties, die wij vanzelfsprekend vinden, als vervangende hechtenis en voorwaardelijke gevangenisstraf met als voorwaarde: betaling van een geldsom als schadevergoeding aan het slachtoffer, illustreren dat ook voor de Nederlandse mens, die naar men zegt zo gehecht is aan geld, de kans om niet te hoeven zitten, wel fiks wat florijnen waard is.

Vrijheidsontneming: de zwaarste reactie van overheidswege op zelfs de ellendigste vergrijpen, die de menselijke demon kan verzinnen en uitvoeren. Wie tegen zijn zin vrijheidsontneming moet ondergaan kan daartegen als tegen fundamenteel onrecht, te allen tijde bij de rechter opkomen. Het habeas-corpus-beginsel heeft eeuwigheidswaarde maar werd helaas ook alle eeuwen door geschonden door overheden, die zich niet aan het recht onderworpen achtten.

2. Gronden voor vrijheidsontneming

Waarom kan de overheid – door een uitspraak van haar (van haar onafhankelijke) rechters iemand tegen zijn zin toch zijn vrijheid ontnemen? Ik zal mij niet wagen aan een wijsgerig betoog met als inzet de rechtvaardiging van zulke vrijheidsontneming: daartoe zou ik niet bij machte zijn en ik hoop eigenlijk dat er geen algemene (voor alle tijden en omstandigheden geldende) rechtvaardiging voor *is*. Wat ik na-

streef is heel gewoon en alledaags de gronden te vinden die in het huidige tijdsbestek en naar huidige opvattingen die vrijheidsontneming acceptabel maken.

Daarbij moet ik vooropstellen, dat gedwongen vrijheidsontneming de mens in zijn wezen aantast, een essentieel zwaar leed aan hem toevoegt. Maar bovendien: als men naar de methode van Imanuel Kant deze vrijheidsontneming tot een algemene zou maken, was het in de kortste keren met de samenleving gedaan. Het is dus ook een kwaad.

De gronden nu, die zulk optreden van de overheid toch niet onaanvaardbaar maken, voorzichtiger en juister gezegd: nog ruimte voor discussie open laten, zijn:

a. verwijtbaar strafbaar gedrag van zo ernstige aard dat deze repercussie – intuïtief gemeten zou ik zeggen – niet in wanverhouding staat tot dat gedrag, liever nog door dat gedrag – opnieuw, naar huidige maatstaven – als het ware wordt gevergd.
b. ernstig gevaar van concrete aard voor de veiligheid en vrijheid van anderen.
c. ernstig gevaar voor de veiligheid van de betrokkene zelf.

3. Het bestwilcriterium

Wat betreft de derde en meest aanvechtbare grond: zij houdt in, dat de overheid voor de betrokkene de afweging maakt tussen enerzijds diens belang bij vrijheid en anderzijds diens op hem zelf betrokken belang bij welzijn, gezondheid, leven. De mondige mens zal in het algemeen die keus zelf moeten kunnen maken en de vraag is waar de mondigheid zodanig ophoudt dat de keuze door een ander – de staat – gemaakt *mag* worden. Dat die grenzen aan het verschuiven zijn, behoeft wel geen betoog.

4. Harm to others

Het zal in het vervolg om die twee andere gronden gaan. Zeer wel denkbaar is, dat men in de toekomst optreden van de overheid in de vorm van vrijheidsontneming alleen dan geoorloofd zal achten wanneer er sprake is van 'harm to others'. Wanneer die 'harm' betrekking heeft op veiligheid zou vrijheidsontneming haar grond vinden in de verzekering van die veiligheid.

Wij kennen vrijheidsontneming op die grond bij gedwongen opneming krachtens de Krankzinnigenwet en bij maatregelen in het kader van besmettelijke ziekten. Het zou denkbaar zijn ook strafbaar gedrag alleen dan met vrijheidsontneming te sanctioneren wanneer de dader de veiligheid van anderen in gevaar brengt. De drugshandelaar zou gevangen gezet kunnen worden niet wegens het verwijtbare van zijn gedrag, maar omdat de gezondheid van anderen door voortgezet gedrag van dien aard in hoge mate in gevaar wordt gebracht. De duur van de vrijheidsontneming is dan niet afhankelijk van de zwaarte (de morele ernst) van het delict, maar van het gevaar voor andermans leven, veiligheid en gezondheid dat er uit voortvloeit. *Deze* gevaarlijkheid behoeft in het geheel niet te worden toegeschreven aan een geestelijke stoornis of aan gebrekkige ontwikkeling van de geestvermogens. In deze visie wordt het leed (en het kwaad) dat vrijheidsontneming met zich mee brengt afgewogen tegen het leed (en het kwaad) dat anderen zonder die vrijheidsontneming dreigt te overkomen. Het is dan absoluut geen vereiste, dat de vrijheidsontneming 'verdiend' is. En

hoezeer zij 'verdiend' zou zijn, zij heeft geen reden van bestaan meer als het gevaar is weggevallen.

Wij hebben het ons echter in veel opzichten moeilijk gemaakt door overeenkomstig het Europese mensbeeld enerzijds te kiezen voor een *schuld*strafrecht, maar naast vrijheidsontneming op grond van schuld = verwijtbaarheid, ook vrijheidsontneming te aanvaarden op gronden van veiligheid.

5. Het eerste probleem: méér straf dan de mate van schuld rechtvaardigt

Ik zal nu in het licht van het voorafgaande twee niet geheel onbelangrijke vragen ter discussie stellen. Zij houden verband met wat ik toch maar zal blijven noemen de (mate van) toerekeningsvatbaarheid. In de wetenschap wordt het schuldstrafrecht uiteraard aangevochten. Het veronderstelt een wil die niet geheel onvrij is en de wereld is verdeeld in voluntaristen en involuntaristen en wat daar zo al tussen in zit. Het vreemde is dat wij in de praktijk met de *hypothese*, dat de mens enigermate, maar niet erg, vrij is, bijna allemaal goed uit de voeten kunnen. In de praktijk, aldus Gerard Langemeijer, zijn wij allemaal (gematigde) voluntaristen. Wij verwijten anderen en – een enkele maal onszelf – laakbaar gedrag en we eisen dat door de overheid tegen laakbaar gedrag van anderen – zeker als dat tegen onszelf is gericht of voor ons bedreigend is – streng zal worden opgetreden: ze moeten in degradatiewoningen worden gestopt, meteen lik-op-stuk krijgen of in een meermanscel op het politiebureau worden opgesloten. Wie na weer een bomontploffing op een voetbalveld (tijdens een 'belangrijke' voetbalwedstrijd, wel te verstaan) zou meedelen dat die voetbalvandalen omdat ze geen vrije wil hebben, het niet kunnen helpen, dat zij handelden zoals zij deden, zou, vrees ik, een paar dagen lang op zijn eigen veiligheid acht moeten slaan.

6. Schuld vaststellen en schuld meten

Wat nu het typische van ons schuldstrafrecht is, is dat het maxime: geen straf zonder schuld, naar vaste rechtspraak geen logisch en moreel vervolg krijgt in de stelling: en dus straf alleen naar de mate van schuld, in die zin, dat de hoogte van de straf de mate van schuld niet te boven mag gaan. In de bundel die het Pieter Baan Centrum ter gelegenheid van de viering van zijn veertigjarig bestaan heeft uitgegeven, De persoon van de verdachte, trof ik in een bijdrage van mevrouw J.M.J. Lommen-van Alphen (1989, p. 26) deze passage aan: 'Een beroep op evenredigheid van de straf naar de mate van schuld wordt door de Hoge Raad stelselmatig verworpen, (...) Hoe terecht men dit ook kan vinden, toch (...)'. Ik zou graag de redenen vernemen, waarom men dit zo terecht moet vinden. Eén mogelijke reden wil ik zelf wel aandragen: wij zijn wel in staat in enig gedrag de aanwezigheid van schuld *vast te stellen* maar niet om de mate van schuld te *meten*. Ik vind reeds de eerste – positieve – stelling gewaagd en zou die in ieder geval willen relativeren: Wij zijn waarschijnlijk wel in staat in enig gedrag *afwezigheid* van schuld vast te stellen. Hoewel de verleiding groot is ga ik op deze nuancering, die mijns inziens erg wezenlijk is, niet uitvoerig in. Alleen dit: dat van strafbaar gesteld gedrag A, gepleegd door een volstrekt waanzinnige, aan deze geen verwijt kan worden gemaakt, zou ik wel durven aanvaarden. Maar bij hetzelfde gedrag van iemand die begint te dementeren, zal ik wellicht niet verder komen dan: dat hem er geen enkel verwijt van kan worden gemaakt, kan ik

niet vaststellen. Dat wij de mate van schuld niet kunnen meten lijkt evident. Maar daarmee is niet gezegd dat wij over de relatie van schuld en straf geen *enkele* uitspraak kunnen doen. In feite worden die uitspraken ook gedaan (en soms te gemakkelijk). Ook zou ik willen opmerken dat uitspraken omtrent de mate van (on)toerekeningsvatbaarheid mij zelden echt overtuigend voorkomen en dat verminderde toerekeningsvatbaarheid niet altijd de mate van schuld bepaalt. Maar op dat terrein van het schuldstrafrecht is men tenminste wetenschappelijk – met deskundigen – bezig. Wat daarvan zijn: dat het adagium: geen straf zonder schuld geen vervolg vindt in de stelling: en dus geen straf die de mate van schuld te boven gaat, is in ieder geval een bedenkelijke zaak en kan ten hoogste tot uitdrukking brengen dat het schuldstrafrecht nog in een primitief stadium verkeert: we kunnen wel vaststellen, dat er arsenicum in de erwtensoep zit, maar niet hoeveel.

7. Schuld als afwijking van het gewone mensbeeld

Dat neemt echter niet weg, dat in de praktijk bij de straftoemeting de mate van schuld = verwijtbaarheid (bij de niet 'gestoorde' mens) wèl een belangrijke rol speelt, maar dan als een soort proefondervindelijk, op vergelijking bij de gemiddelde mens – the man in de Claphamroad – gebaseerde taxatie, die geen wetenschappelijk fundament heeft, die daarom in gelijke gevallen bitter van uitkomst kan verschillen – bijvoorbeeld van land tot land – en die, zo gaat het nu eenmaal in de juridische wereld – niet aan enige regel van recht getoetst kan worden. De mate van schuld, die de rechter aanneemt, is een zaak van 'feitelijke' aard. Schuld valt – tenzij zij betrekking heeft op iemand wiens geestvermogens duidelijk liggen beneden die van 'de gemiddelde mens' – samen met de ernst van het feit en de omstandigheden van persoon en geval.

8. Drie gevolgtrekkingen

Ik trek uit dat alles voorlopig drie konsekwenties, waarvan de eerste ook voor mij nieuw is en tot innerlijke weerstand en weerzin heeft geleid:

A. Nu ons inzicht in de mate van verwijtbaarheid zo slechts gefundeerd is, in zo'n primitief stadium verkeert, is de grote mate van vrijheid van straftoemeting, die de feitelijke (Nederlandse) rechter heeft – een vrijheid die via het instituut van de cassatie niet wordt gecontroleerd – alleen maar aanvaardbaar als zij wordt uitgeoefend binnen een terdege geïnformeerd circuit. Ik bedoel dat er snel werk gemaakt moet worden van de vergelijking van strafopleggingen.

B. De regel: niet meer straf dan overeenstemt met de mate van schuld moge als gevolg van onmacht tot het vaststellen van die mate, niet werken, rechtvaardig en logisch is zij wel. Een rechter die vaststelt, dat hij aan een verdachte om welke reden dan ook meer straf zal opleggen – of andere straf zal opleggen – dan overeenkomt met de mate van zijn schuld, handelt in strijd met het beginsel en het wezen van het schuldstrafrecht.

C. Als het onderzoek van de gedragskundige uitwijst, dat de verwijtbaarheid van het handelen van de dader evident blijft beneden de verwijtbaarheid van zulk hande-

len door de man in de Claphamroad, en de rechter neemt dat advies over, dan moet in dat geval in een schuldstrafrecht de vrijheidsontneming als straf lager uitvallen dan bij de gemiddelde mens. De rechtspraak aanvaardt dat wel niet, maar ik meen dan ook dat dat een kolossale fout is. De uitspraak: wij geven hem toch evenveel (of zelfs meer) gevangenisstraf dan die 'gewone' mens (immers hij is even gevaarlijk of juist door zijn geestestoestand gevaarlijker) is niet te rechtvaardigen vanuit het uitgangspunt. Evenmin als de uitspraak: omdat hij gevaarlijk is, en de t.b.s. inrichtingen niet genoeg beveiligd zijn, geven wij deze persoon meer straf dan met zijn schuld overeenkomt.

9. Het tweede probleem: vrijheidsontneming op dubbele grondslag

En nu mijn tweede punt. Als vrijheidsontneming leed veroorzaakt (en een – noodzakelijk – kwaad is) dan veroorzaakt vrijheidsontneming als gevolg van vier jaar t.b.s. precies datzelfde leed (en kwaad) als door het opleggen van vier jaar gevangenisstraf wordt veroorzaakt. Het verschil is immers slechts dat in het eerste geval dat leed in ieder geval niet verdiend leed is, terwijl dat, naar wij in de praktijk aannemen, wel het geval is als gevangenisstraf wordt opgelegd. Het is echter zonneklaar dat onverdiend leed als het kan moet worden voorkomen. Bij oplegging van t.b.s. kan dat niet, immers de veiligheid van anderen eist die vrijheidsontneming.

Maar dan is toch ook niet voor werkelijke tegenspraak vatbaar, dat waar vrijheidsontneming terwille van de veiligheid van anderen tevens als – zeer wezenlijk – leed wordt ondervonden, simpele rechtvaardigheid vergt dat die twee doeleinden: beveiliging van anderen en leedtoevoeging telkens waar dat kan in een en dezelfde vrijheidsontneming *moeten* worden bewerkstelligd. Gewoon gezegd: het is niet alleen vanuit medisch-psychiatrisch standpunt horribel, dat iemand eerst jaren gevangenisstraf moet ondergaan en dat pas daarna de t.b.s. aan de beurt komt. Het is ook vanuit juridisch standpunt volstrekt onaanvaardbaar en onredelijk. Eigenlijk is het niet veel anders dan wanneer men – ik geef wel een gruwelijk voorbeeld – iemand die in boze tijden of op boze plaatsen veroordeeld wordt – wegens diefstallen – tot het afhakken van een hand, en wiens rechterhand juist voor de executie wegens ziekte operatief moet worden geamputeerd, te horen(en te voelen) krijgt dat ook de andere hand moet worden afgehakt, omdat de amputatie niet het oogmerk had leed te veroorzaken. Maar ze deed het wel en daar komt het op aan.

De nieuwe wetgeving maakt het mogelijk alleen t.b.s. op te leggen en niet óók straf, ook wanneer een veroordeelde slechts voor een deel niet toerekeningsvatbaar wordt verklaard. Dat kan alleen gerechtvaardigd zijn als de verwijtbaarheid, die aanwezig is, gedelgd wordt door de vrijheidsontneming inherent aan de t.b.s. Ik denk dat deze mogelijkheid moet uitgroeien tot een vaste regel, waar ik alleen aan wil toevoegen, dat ik niet over het hoofd zie, dat de duur van de ontneming van vrijheid ingevolge de t.b.s. zo kort kan zijn, dat zij, in het kader van het schuldstrafrecht, moet worden gevolgd door een restant vrijheids*straf*.

10. Conclusie

Ik kom tot een afsluiting. Niet strafbaar is – zo het oude artikel 37 Sr – wie een feit begaat, dat hem niet kan worden toegerekend.

Ik ben ervan overtuigd dat die na ons komen het als een twintigste eeuws barbarisme zullen veroordelen dat daaruit niet de konsekwentie werd getrokken; wie een feit begaat, dat hem slechts ten dele kan worden toegerekend, kan slechts voor dit deel gestraft worden.

Want stel eens, dat we in de nabije toekomst een volstrekt probaat medicijn of middel zullen vinden waardoor iedere gevaarlijkheid voor anderen absoluut wordt weggenomen. Dan zou er toch geen enkele rechtvaardiging meer kunnen zijn voor vrijheidsontneming waaraan geen verwijt ten grondslag ligt.

Nu al kan ieder die dat wil, inzien dat wie om twee redenen vrijheidsontneming moet ondergaan en dulden, waarvan er een plaats moet vinden zonder dat zijn schuld daarbij enige rol speelt, in het ondergaan van die vrijheidstoeneming tevens de schuld delgt die op andere grond tot vrijheidsontneming voert.

Kort gezegd: t.b.s. moet *altijd* meteen ten uitvoer worden gelegd. Zij gelde tevens voor het geheel als (gedeeltelijke) delging van de opgelegde vrijheidsstraf.

26. Moviola

NJ 1991, 313

Voorgeschiedenis

1. Op 20 sept. 1984 verscheen nr. 22 van Moviola, 'een tijdschrift tot rust en vreugd in film en cultuur', met daarin opgenomen een artikel van de verzoeker van cassatie onder de titel 'Een messias zonder kruis, (enige kanttekeningen bij Leon de Winter)'. Dat artikel bevat de passages opgenomen in de inleidende dagvaarding, uitgereikt aan de verzoeker in persoon op 7 nov. 1988, welke heeft geleid tot het veroordelend arrest van Hof Amsterdam 8 dec. 1989, waartegen het cassatieberoep en de door adv. mr. G. Spong, te 's-Gravenhage, bij pleidooi voorgestelde middelen zich richten.

2. Moviola is (was?) een tijdschrift, blijkbaar onregelmatig verschijnend met een oplage van 400 stuks, Exemplaren van nr. 22 zijn aan bezoekers van de filmdagen 1984 te Utrecht gratis uitgedeeld.

3. Leon de Winter voornoemd had in een televisie-interview bij Sonja Barend uitlatingen gedaan, die de directe aanleiding vormden voor het artikel van de verzoeker. Bij brief van 2 okt. 1984 heeft Sonja Barend zich gewend tot de officier van justitie bij de Rechtbank Amsterdam. Zij vermeldt dat zij een klacht indient o.m. tegen de heer Theo van G 'wegens antisemitisme'. Opmerking verdient dat de passages die zij daartoe in het artikel aanwijst precies die zijn welke in de inleidende dagvaarding zijn opgenomen. Bij brief van 8 okt. 1984 heeft de directeur van het Centrum voor Informatie en Documentatie Israel (CiDi) zich bij die aangifte[1] aangesloten.

4. Tegen de aanvankelijke inleidende dagvaarding – uitgereikt op 5 maart 1985 tegen een zitting van de Amsterdamse politierechter van 24 april 1985, waarbij de eerder genoemde passages werden aangemerkt als opleverende het misdrijf van art. 137c Sr –, is een bezwaarschrift ingediend namens de verzoeker dat leidde tot een beschikking van de Amsterdamse Rechtbank in raadkamer van 17 mei 1985 waarbij de verzoeker buiten vervolging werd gesteld omdat gebleken was, kort gezegd, dat naar alle waarschijnlijkheid vrijspraak zou volgen. Nader toegelicht werd dit oordeel niet.

5. Van die beschikking ging de officier van justitie in hoger beroep. Bij beschikking van 6 sept. 1985 heeft het Hof Amsterdam de beschikking van de rechtbank bevestigd.

Het hof overwoog daartoe:

'2.2. Met het aan verdachte verweten opzet heeft de rechtbank kennelijk bedoeld het opzet van de verdachte om zich door de aangevochten passages in het door hem in het tijdschrift 'Moviola' onder de titel 'Een Messias zonder kruis' gepubliceerde artikel beledigd uit te laten over een groep men-

1. Van een klacht in de zin van art. 64 Sr – *voorwaarde* voor vervolging – was geen sprake.

sen, joden, wegens hun ras (en/of hun godsdienst).

2.3. Het hof onderschrijft voormeld oordeel van de rechtbank in zoverre dat het hof het hoogst onwaarschijnlijk acht dat de strafrechter, later oordelend, door de voor hem te leveren bewijsvoering bewezen zal achten dat de verdachte voormeld opzet heeft gehad.

2.4. Hierbij neemt het hof in aanmerking dat de aangevochten passages in het gewraakte artikel niet op zichzelf moeten worden beschouwd, maar in het kader van het gehele artikel. De strekking daarvan is duidelijk: de verdachte verwijt een filmregisseur en scriptschrijver dat hij zijn artistiek falen bemantelt met een beroep op hetgeen de aangevallene in een televisie-interview heeft aangeduid als zijn 'joodse identiteit' en dat hij in dat interview uit commerciële overwegingen appelleert aan het collectief schuldbesef van het Nederlandse volk dat tijdens de tweede wereldoorlog veel te weinig actief verzet heeft geboden tegen hetgeen de bezetter joodse landgenoten heeft aangedaan.

2.5. De zeer polemische toonzetting van het aangevochten artikel en wellicht ook de weinig subtiele taalbeheersing van de verdachte, die zich niet zonder enige zelfverheffing aanduidt als iemand die zich aan een 'litteraire' belediging van de betrokken regisseur/scriptschrijver schuldig maakt, hebben hem kennelijk ertoe gebracht zijn betoog met enige macabere 'grappen' te larderen over de massale moord waaraan de Duitsers zich tijdens de tweede wereldoorlog hebben schuldig gemaakt en met name over de moord op Anne Frank en tevens met een profanatie van de joodse rite van de besnijdenis. Het is alleszins begrijpelijk dat leden van de joodse gemeenschap e.a. zich hieraan hebben geërgerd, maar in het kader van het gehele artikel kunnen die passages niet worden aangemerkt als beledigend jegens joden wegens hun ras of godsdienst.'

6. Van die beschikking heeft de procureur-generaal bij het hof beroep in cassatie ingesteld. Op 3 dec. 1985 heeft de huidige P-G Remmelink geconcludeerd tot verwerping van het beroep. Bij beschikking van 11 febr. 1986 heeft de Hoge Raad echter de beschikking van het Amsterdamse Hof vernietigd en de zaak verwezen naar het Hof 's-Gravenhage.

De Hoge Raad overwoog:

'6.1. Het hof heeft in de hiervoor weergegeven overwegingen tot uitdrukking gebracht dat voor de beoordeling van de vraag of de in de telastelegging opgenomen passages uit het daarin genoemde tijdschriftartikel beledigend zijn in de zin van art. 137c Sr, deze passages niet op zichzelf gelezen moeten worden doch in samenhang met de overige inhoud van dat tijdschriftartikel, waarbij met name gelet moet worden op de strekking daarvan.

6.2. aldus overwegende heeft het hof aan de term 'belediging van een groep mensen wegens hun ras, godsdienst of levensovertuiging' niet een met art. 137c Sr strijdige betekenis toegekend, zodat het middel in zoverre faalt.

6.3. De in het middel vervatte motiveringsklacht treft echter doel. Immers: De door het hof in zijn hierboven onder 5 sub e weergegeven overweging bedoelde macabere 'grappen' over de massale moord waaraan de Duitsers zich tijdens de tweede wereldoorlog hebben schuldig gemaakt en met name de moord op Anne Frank, waarmede – naar 's hofs vaststelling – de verdachte zijn artikel heeft 'gelardeerd', kunnen bezwaarlijk anders dan als beledigend voor de Joden wegens hun ras en godsdienst worden opgevat.

Gelet op de onnodig grievende vorm van die uitlatingen, vermag de door

het hof vastgestelde strekking van het artikel, de polemische toonzetting en de weinig subtiele taalbeheersing van de verdachte, niet voldoende duidelijkheid te verschaffen omtrent 's hofs beweegredenen om aan de in de telastelegging gewraakte passages in het kader van het gehele artikel het beledigend karakter jegens Joden wegens ras of godsdienst te ontzeggen.'

7. Na deze verwijzing heeft het Hof 's-Gravenhage bij beschikking van 12 nov. 1986 het bezwaarschrift tegen de inleidende dagvaarding alsnog ongegrond verklaard en de verzoeker verwezen naar de terechtzitting.

Het hof overwoog daartoe:

'dat het hof het niet hoogst onwaarschijnlijk acht dat de strafrechter, later oordelend, door de voor hem te leveren bewijsvoering het ten laste gelegde geheel of ten dele bewezen zal achten, nu verdachte, ook indien de strekking van het door hem opgestelde tijdschriftartikel niet beledigend in de zin van art. 137c Sr zou zijn, in de gewraakte passages, welke in het kader van het gehele artikel overbodig en niet functioneel zijn, een aantal gratuit, en onnodig grievende uitlatingen deed, welke bezwaarlijk anders dan als opzettelijk beledigend voor de Joden wegens hun ras en godsdienst kunnen worden opgevat'.

8. Namens de verzoeker is op 1 april 1987 tegen de beschikking van het Hof 's-Gravenhage beroep in cassatie ingesteld. Op 24 aug. 1987 heeft mijn ambtgenoot geconcludeerd tot verwerping van dat beroep. Bij beschikking van 8 maart 1988 heeft de Hoge Raad het cassatieberoep verworpen. Van de hiervoor onder 7 geciteerde overweging van het Haagse Hof zegt de Hoge Raad kortaf dat die geen blijk geeft van een onjuiste rechtsopvatting.

9. Pas daarna kon de hoofdzaak opnieuw aanvangen met een inleidende dagvaarding die leidde tot behandeling van de zaak ter terechtzitting van de politierechter op 11 nov. 1988. Gevorderd werd de veroordeling van de verzoeker tot een geldboete van duizend gulden. Maar bij schriftelijk vonnis van 25 nov. 1988 heeft de politierechter de verzoeker vrijgesproken.

De politierechter overwoog:

'Op zichzelf genomen zijn de in de telastelegging weergegeven passages uit het door verdachte gepubliceerde tijdschriftartikel zonder meer aan te merken als beledigende uitlatingen voor Joden wegens hun ras, nu daarin op cynisch macabere en daardoor grievende wijze wordt gerefereerd aan het gruwelijke leed dat de Joden als groep in etnische zin tijdens de tweede wereldoorlog hebben ondergaan.

Hoewel verdachte aannemelijk heeft gemaakt dat hij niet de bedoeling heeft gehad zich beledigend uit te laten over Joden als zodanig, is deze intentie hier in zoverre zonder betekenis, dat ook dan zijn opzet tot beledigen in de zin van art. 137c Sr aanwezig moet worden geacht indien hij had moeten beseffen dat zijn uitlatingen, gezien de inhoud en vorm ervan, door leden van de Joodse gemeenschap als kwetsend en grievend zouden worden ervaren.

Aan een oordeel hierover gaat evenwel vooraf de vraag, of de gewraakte passages hun beledigende karakter, in de zin van voormeld wetsartikel, behouden indien zij – zoals ook door verdachte steeds is benadrukt – niet op zichzelf gelezen worden maar in samenhang met de overige inhoud van het tijdschriftartikel, gelet op de strekking daarvan.

Bij het beantwoorden van deze vraag wordt overwogen:

– dat het artikel blijkens zijn inhoud onmiskenbaar de strekking heeft van een polemische aanval op de persoon van de schrijver/filmer Leon de Winter;

– dat verdachte daarbij onmiskenbaar

zich heeft gericht op het, in verdachtes visie misplaatste, door deze De Winter in een televisie-programma inroepen van zijn Joodse identiteit;
– dat verdachte zich er met name over heeft opgewonden dat, zoals hij in het bewuste artikel schrijft, De Winter 'eigenlijk reclame maakt met 6 miljoen doden', en over 'het uitventen van je Jood-zijn';
– dat verdachte zich daarbij heeft bediend van de stijlfiguur van de schromelijke overdrijving door gebruik te maken van enkele afschuwwekkende sick-jokes om daarmee op zijn manier de ernst van zijn bezwaren als het ware uit te schreeuwen.
Aldus bezien in samenhang met de overige inhoud van het tijdschriftartikel en gelet op de strekking daarvan komt de politierechter tot het oordeel dat de gewraakte passages, hoezeer ook deze op zichzelf als grievend en kwetsend zijn te beschouwen, niet gratuit door verdachte zijn neergeschreven maar een functie vervullen waarin zij in redelijkheid niet kunnen worden aangemerkt als nodeloos grievend en kwetsend en derhalve als beledigend voor Joden wegens hun ras.'

10. De officier van justitie is van dit vonnis in hoger beroep gekomen. Bij het thans aangevallen arrest van het Hof Amsterdam is het vonnis van de politierechter vernietigd en de verzoeker wegens 'zich in het openbaar bij geschrift opzettelijk beledigd uitlaten over een groep mensen wegens hun ras' veroordeeld tot een geldboete van duizend gulden of twintig dagen vervangende hechtenis.

Het hof overwoog in een 'nadere bewijsmotivering':

'De gewraakte passages zijn onmiskenbaar grievend en beledigend voor Joden als zodanig wegens hun ras.
Namens verdachte is betoogd dat de passages een beledigend karakter ontberen doordat zij zijn opgenomen in een tijdschriftartikel dat tot strekking had om de verontwaardiging van verdachte te uiten over het optreden van een scenario-schrijver in een televisie-interview.
Dit betoog faalt. De enkele omstandigheid dat verdachte met zijn uitlatingen mogelijk een redelijk belang nastreefde ontneemt aan de gewraakte passages niet het grievende en beledigende karakter.
Zij waren voor de strekking van het artikel allerminst onmisbaar.
De verdachte heeft ter terechtzitting in hoger beroep voorts nog verklaard dat hij geen opzet tot belediging had en dat hij zich niet heeft afgevraagd of de in de telastelegging opgenomen passages beledigend zou kunnen zijn.
Het hof verwerpt dit verweer nu de verdachte door het feit dat zijn betoog een geoorloofde strekking had, niet was ontslagen van de verplichting om zich te onthouden van beledigende uitlatingen en dat hij had moeten beseffen dat deze passages, gezien de inhoud, bezwaarlijk anders dan als beledigend kunnen worden beschouwd.'

De middelen

11. De bij pleidooi aangevoerde middelen van cassatie houden in

a. dat het hof niet heeft beslist op het namens de verzoeker gevoerde verweer dat het onderhavige stuk een kunstuiting is;
b. dat de voor het bewijs gebruikte verklaringen van S.M. Barend en R.M. Naftanael passages bevatten, die niet voor het bewijs hadden mogen worden gebruikt omdat zij een mening of gevolgtrekking bevatten, die aan de rechter voorbehouden dient te zijn. Daarbij wordt een beroep gedaan op HR 3 jan. 1984, NJ 1984, 337.

a. De 'exceptio artis'

12. De in de toelichting op het middel weergegeven passage uit de pleitnotitie van de raadsman van de verzoeker in hoger beroep houdt in dat de gewraakte pas-

sages in het geheel van het als kunstuiting aan te merken artikel een duidelijke functie hebben, waarbij een vergelijking wordt getrokken met een geruchtmakend toneelstuk van Fassbinder, waarna volgt

> Zij zijn als hyperbool gebruikt, als figuur van schromelijke overdrijving om daarmee de integriteit van de filmmaker te beschrijven en de film waarin de hoofdpersoon in archieven de namen van familieleden die in de oorlog in concentratiekampen in Duitsland zijn omgekomen (zoekt; L.).

13. Ik zou menen dat de beschrijving betreft niet de integriteit maar het ontbreken daarvan bij de filmmaker. Ook verderop mist de tekst helderheid maar men kan wel aannemen dat hier een beroep wordt gedaan op de exceptio artis in die zin dat de gewraakte passages in het geheel van de kunstuiting (het artikel) een wezenlijke functie vervullen via 'de figuur van schromelijke overdrijving' terwijl dat geheel (het artikel) geen beledigende tendens heeft met betrekking tot de Joden als groep mensen.

14. Ik wil vooropstellen dat de exceptio artis niet een (buitenwettelijke) strafuitsluitingsgrond is maar een verweer, dat de bewezenverklaring probeert aan te tasten: Omdat hier sprake is van een kunstwerk is wat anders beledigend zou zijn – gelet op die context – niet beledigend of niet opleverende schennis van de eerbaarheid. Zie in dit verband ook HR 6 maart 1990, NJ 1990, 667, m.nt. 't Hart.

15. Een soort respons als bij een beroep op een strafuitsluitingsgrond is dus niet vereist. Wel zal de rechter zich moeten afvragen of op die grond:
– de passage is onderdeel van het kunstwerk. Dit kunstwerk als zodanig is niet beledigend, zinnenprikkelend enz. Deze passage is een consistent onderdeel van het kunstwerk. Zij deelt daardoor in de kwaliteit van het geheel
– de bewijsmiddelen, die dit beroep op het (onderdeel) zijn van een kunstwerk niet weerspreken of weerleggen, wel zonder meer tot een bewezenverklaring kunnen leiden. Is dat niet het geval dan is een nadere bewijsoverweging nodig.

16. Natuurlijk kan een rechter niet (dwingend) uitmaken of iets een kunstwerk is. Dat kunnen, zoals de geschiedenis leert, zelfs kunstbeoordelaars niet. Maar de rechter mag het ook niet doen. Wat hem betreft is dit duidelijk ultra vires. Wat hij in feite doet is beoordelen of dit deel van het geschrevene – dat als het alléén stond – (zeker) beledigend zou zijn voor een individu of voor een groep mensen wegens hun ras – zulks niet of niet meer is bezien in het geheel van het geschrift. Dat is al een moeilijke opgave genoeg.

17. Bij zijn beschikking van 11 febr. 1986 (zie onder 6) heeft de Hoge Raad zich geconformeerd aan het oordeel van het Amsterdamse Hof dat voor de vraag of de omstreden passages uit het tijdschriftartikel van de verzoeker beledigend zijn in de zin van art. 137c Sr

> 'deze passages niet op zichzelf gelezen moeten worden doch in samenhang met de overige inhoud van het tijdschriftartikel, waarbij met name gelet moet worden op de strekking daarvan'.

18. Dat vervolgens de beschikking van het hof toch wordt vernietigd vindt zijn grond in een motiveringsgebrek. De Hoge Raad stelt vervolgens vast dat de gewraakte

> 'macabere 'grappen' over de massale moord waaraan de Duitsers zich tijdens de tweede wereldoorlog hebben schuldig gemaakt en met name de moord op Anne Frank waarmede – naar 's hofs vaststelling – de verdachte zijn artikel heeft 'gelardeerd' bezwaarlijk anders dan als beledigend voor de Joden wegens hun ras en hun godsdienst kunnen worden opgevat'.

19. Met andere woorden: Los van het geheel bezien vallen de passages ongetwijfeld onder het bereik van art. 137*a* Sr. Zij

zijn niet alleen grievend maar: onnodig grievend en onder die omstandigheid heeft het hof niet voldoende duidelijk gemaakt waarom in het kader van het hele artikel het beledigend karakter van deze passages jegens Joden wegens hun ras toch wegvalt.

20. Onvoldoende immers, aldus de Hoge Raad, is de door het hof vastgestelde strekking van het artikel

> aanval op een schrijver-filmer die zich ter bemanteling van zijn artistiek falen in een televisie-interview op zijn 'Joodse identiteit' beroept waarbij deze persoon – steeds volgens de verzoeker als criticus – in dat interview uit commerciële overwegingen een appel doet op het collectief schuldbesef van het Nederlandse volk

en de bij een zeer polemische toonzetting en – volgens het hof – wellicht ook weinig subtiele taalbeheersing[2] behorende lardering van het betoog met enige macabere grappen enz.

21. De Hoge Raad kan maar 'marginaal' toetsen of zo'n gedachtengang van het hof er mee door kan. Zij dient niet begrijpelijk te zijn om te sneuvelen en dat heeft de Hoge Raad toen uitgemaakt. Wat betekent dat: dat de door het hof opgesomde omstandigheden aan de passages ook als ze beoordeeld worden – zoals het behoort in het kader van het gehele artikel – het karakter van belediging in de zin van art. 137*c* Sr niet *kunnen* ontnemen.

22. Na verwijzing heeft het Hof 's-Gravenhage (zie stuk 7) zich, veronderstellenderwijs, op het standpunt gesteld dat de strekking van het artikel in zijn geheel niet beledigend was in de zin van art. 137c Sr.

23. Naar het mij voorkomt volgt daar, juridisch uit dat dan ook de passages uit dat artikel, die in de telastelegging staan, als consistent deel uitmakend van het geheel niet het beledigend karakter hebben of houden, dat zij zouden hebben als zij geïsoleerd zouden zijn vermeld, tenzij nu juist deze passages voor de strekking van het geheel niet nodig, ja overbodig zijn.

24. Ik geef maar een wat dwaas voorbeeld. In een prachtig artikel tegen milieuvervuiling wordt A verweten dat hij daar een groot aandeel in heeft gehad. Dat wordt omstandig toegelicht en aannemelijk gemaakt, waarna de schrijver opmerkt dat A bovendien een sadist is die twee achtereenvolgende echtgenotes van hem daardoor de dood in heeft gedreven. Dit laatste is voor het betoog niet alleen niet nodig, maar ook overbodig en de fraaie strekking van het artikel zal de schrijver met betrekking tot deze passage niet kunnen vrijwaren van strafrechtelijke vervolging.

25. Dat is ook wat het Haagse Hof heeft beslist: deze passages zijn

> 'in het kader van het gehele artikel overbodig en niet functioneel'.

De Hoge Raad heeft in het daaropvolgend cassatieberoep vastgesteld dat het hof daarbij niet van een onjuiste rechtsopvatting is uitgegaan. De gedachte derhalve, dat passages in een artikel, dat naar zijn tendens niet (strafrechtelijk) beledigend van aard is wel beledigend van aard kunnen zijn, nl. wanneer zij in dat geheel overbodig en niet functioneel zijn, wordt aanvaard, zij getuigt, naar de Hoge Raad zuinigjes vaststelt, niet van een onjuiste rechtsopvatting.

27. Of de feitelijke vaststelling van het hof:

> dat die passages in het geheel overbodig en niet functioneel waren

juist was kon de de Hoge Raad in die bezwaarschriftprocedure in het geheel niet toetsen en in een bodemprocedure maar heel marginaal: nl. als zij onbegrijpelijk is.

28. Nadat de politierechter in eerste aanleg het standpunt had ingenomen (zie nr. 9) dat de passages

> 'in samenhang met de overige inhoud van het artikel en gelet op de strekking

2. Ik vrees dat het hof hier zich op een terrein ging bewegen waar het beter weg kon blijven. Het ligt vol ondergrondse mijnen.

daarvan' (zie HR 11 febr. 1986, nrs. 6 en 17 van deze conclusie)

hoezeer ook deze op zichzelf als grievend en kwetsend zijn te beschouwen niet gratuit door verdachte zijn neergeschreven maar een functie vervullen waarin zij in redelijkheid niet kunnen worden aangemerkt als nodeloos grievend en kwetsend en derhalve als beledigend voor de Joden wegens hun ras heeft de rechter in hoger beroep dit standpunt niet aanvaard en overwogen als onder 10 van deze conclusie weergegeven.

29. Ik wil in dit geval mij zoveel mogelijk strak houden aan een cassatietechnische beschouwing, niet zozeer omdat de zaak naar beide zijden heel delicaat ligt, maar omdat in deze derde cassatietoetsing niet veel meer te beoordelen valt en een aantal kwesties die in feitelijke aanleg speelden, niet meer te beoordelen vallen. Maar wat ik wel wil zeggen is, dat deze eindeloze rechtszaak met zijn vele uiteenlopende beslissingen wel duidelijk maakt, dat we hier met een van de moeilijkste problemen van het strafrecht te maken hebben, waarover discussie vooral ook buiten de rechtspraak broodnodig blijft.

30. Ik kan verder kort zijn. Het Amsterdamse Hof heeft – zeer beknopt het beroep op rechtvaardiging wegens de strekking van het geheel – voor mijn part noemt men dat: beroep op de exceptio artis, maar dat woord is maar willekeurig – afgewezen omdat die passages *allerminst onmisbaar* waren voor de strekking van het artikel.

31. Dit oordeel is niet onbegrijpelijk en kan in cassatie niet verder op zijn feitelijke juistheid worden getoetst.

32. Wat verder in het middel wordt opgemerkt inzake het ontbreken van opzet tot belediging bedoelt, meen ik, niet om de weerlegging van dat verweer in hoger beroep te bestrijden, maar strekt ten betoge dat deze door het hof gegeven verwerping niet betreft een beslissing op de exceptio artis.

33. Dat moge zo zijn, maar dat laatste verweer is, zoals ik heb uiteengezet, op andere gronden doeltreffend verworpen.

34. Voorzover de veronderstelling in nr. 32 van deze conclusie niet juist mocht zijn, merk ik op, dat het verweer inhoudende het ontbreken van opzet om te beledigen op goede gronden is weerlegd.

35. Ik acht het eerste middel niet gegrond.

Het tweede middel (zie 11b)

36. De aangevallen verklaringen afkomstig van S.M. Barend en R.M. Naftanael luiden onderscheidenlijk:

'Volgens mij zijn deze passages kwetsend ten opzichte van het Joodse gedeelte van de Nederlandse bevolking.'

en:

'De door mij aangehaalde passages vind ik gewoon beledigend voor de Joodse bevolking.'

'Volgens mij heeft Van G. zich opzettelijk zo beledigend uitgelaten dat hij daardoor heeft aangezet tot haat tegen de Joodse bevolking.'

37. Naar het mij voorkomt zijn deze verklaringen op een belangrijk, ja beslissend punt verschillend van die welke in HR, NJ 1984, 337 door de Hoge Raad, overeenkomstig mijn advies, onaanvaardbaar werden bevonden.

38. Hier toch geven twee mensen, die door het artikel niet in persoon worden aangesproken hun indruk weer van wat het artikel in hen teweeg heeft gebracht, en die indruk, deze innerlijke waarneming, houdt in dat die passages, vervat in een fel artikel tegen de Joodse auteur en filmregisseur Leon de Winter van dien aard zijn dat zij de gehele Joodse bevolking van Nederland, waarvan zij prominent deel uitmaken en op grond waarvan hun indruk zo belangrijk is, daardoor wegens haar Jood-zijn is beledigd.

39. Zo begrepen konden deze verklaringen in mijn opvatting zonder schending van het bepaalde in art. 344 Sv voor het bewijs worden gebruikt.

40. Daar ik ook het tweede middel niet gegrond vind en tot cassatie ambtshalve geen gronden aanwezig acht, concludeer ik tot verwerping van het beroep.

Hoge Raad: conform.

Bijlage B

Het ging in deze zaak in het bijzonder om de navolgende passages:

'Sinds ik mijn liefdesconsulent Jurriën Rood vroeg om commentaar uit te spreken bij een animatiefilmpje over twee copulerende gele sterren in een gaskamer, heb ik weinig meer mogen vernemen van deze brandende kwestie'.

'Wat ruikt het hier naar caramel. Vandaag verbranden ze hier alleen de suikerzieke Joden'.

'Moet je horen Jezus, wat dacht je van een vrolijke familiefilm over een klein meisje dat de hele oorlog door de Gestapo belt: Kom me halen! Kom me halen! m'n dagboek is klaar! ... en ze komen niet!!'

27. Geloofwaardigheid van de (niet al te) lijdelijke rechter

Inleiding

Het is een afgezaagd onderwerp met een stereotiep en dus nóg afgezaagder antwoord: de rechter is, zo hij het al ooit geweest is, al lang niet meer lijdelijk. Lees er de huidige handboeken en (nogal) recente artikelen maar op na. Het gaat dan overigens altijd over de civiele rechter, want de rechter in strafzaken is altijd veeleer als leidelijk dan als lijdelijk gekenschetst.

Het thema dat mij is opgegeven. 'is de lijdelijkheid van de rechter in straf- en civiele zaken een bedreiging voor de geloofwaardigheid', gaat echter uit van die lijdelijkheid van beide soorten van rechters en vraagt behandeling van de vraag of deze een bedreiging is van zijn geloofwaardigheid. Altijd heb ik er een bloedhekel aan gehad als iemand zijn artikel, voordracht of beschouwing begint (en vaak zelfs vervolgt en eindigt) met aanmerkingen te maken op het hem voorgezette en door hem aanvaarde thema. Je krijgt als onderwerp op: de democratie in de Derde Wereld en begint omstandig uiteen te zetten dat er geen Derde Wereld bestaat en dat, zo die al zou bestaan, daarin democratie geen rol speelt. Zo'n spreker of schrijver pleegt contractbreuk: hij had er nooit in moeten toestemmen om hierover te spreken of te schrijven. Hij zeurt over iets anders dan over wat hem te zeuren was opgedragen. In die goeie oude tijden kreeg je daar als subordinerend militair de kogel voor. Zo iemand werd echt lijdelijk gemaakt.

Mijn taak is daarmee gegeven: ik moet nagaan in welke opzichten de civiele rechter en vervolgens de strafrechter lijdelijk zijn en dan ingaan op de vraag of die vormen van lijdelijkheid de geloofwaardigheid van de rechter bedreigen. Zou ik geen enkele vorm van lijdelijkheid aantreffen of vinden, dan hield na die constatering het artikel wegens de mij gegeven opdracht op: zoals de rijkdom van arme mensen niet bedreigend kan zijn voor de armoede van rijke mensen, zo kan bij ontbreken van lijdelijkheid de lijdelijkheid niet bedreigend zijn. Men moet er zich echter wel rekenschap van geven dat dit niet inhoudt dat *niet*-lijdelijkheid, dat is activisme van de strafrechter en de civiele rechter, *geen* bedreiging zou kunnen vormen voor de geloofwaardigheid van die activistische rechters. Dat reken ik daarom ook tot mijn thema. Daarentegen is daarvoor niet van belang of de rechter (m)eer actief dan lijdelijk is, want dat hoort bij een ander thema thuis.

Wat wel kan en moet worden bestudeerd is, als gezegd, welke effecten de niet-lijdelijkheid heeft op de geloofwaardigheid van de beide soorten van rechters, wat soms moeilijk is waar dientengevolge (nog niet bestaande) effecten moeten worden bestudeerd van gedrag dat niet bestaat. Ik kom hier meteen aan een punt dat mij mijn leven lang heeft bezig gehouden en geërgerd als hét steunpunt van elk *establishment* of het nu links of rechts georiënteerd is.

Altijd en overal hebben de actuele machthebbers zich met hand en tand verzet tegen veranderingen met als achterliggend motief dat hun macht (en/of hun rijkdom) daardoor zou tanen of verdwijnen en met als opgegeven argument dat het nieuwe verkeerd was. Dat kan iedereen altijd volhouden omdat en voorzover dat nieuwe nog niet in praktijk is gebracht, nog niet op de pijnbank is gelegd van enig Nationaal Statistisch Onderzoek. Maar als de politiek het doet, betekent het ook meteen de doodslag voor het nieuwe. Iedereen kan namelijk ten aanzien van het nieuwe dat nog niet bestaat altijd een abstract aantal nadelen construeren of zelfs verzinnen. En het gekke is dat daarbij in deze wereld van internationale betrekkingen, voor politici vaak nieuw – en dus gevaarlijk – is wat in nationaal verband nog niet bestaat, ook al zijn er buiten de landsgrenzen volop aanwijzingen te vinden van het heilzame effect van dat nieuwe.

Ik breng de titel van deze beschouwing in herinnering. Wat volgt zijn een paar losse beschouwingen en biedt allerminst een schematisch overzicht. Daarmee wil echter niet gezegd zijn dat het willekeurige beschouwingen zijn.

Enige opmerkingen over de lijdelijkheid van de strafrechter

Die lijdelijkheid is zeker geen typisch kenmerk van de Nederlandse strafrechter. Toch is zij niet geheel afwezig: de strafrechter entameert zelf geen zaken. Hij wacht af wat op zijn tot bord uitgegroeid bordje wordt gelegd. De rechter als aanklager zou in strijd komen met de zo vaak misprezen maar in wezen toch onmisbare trias-gedachte. De procedure van artikel 12 Wetboek van Strafvordering (Sv.), volgens welke een hof, waar het openbaar ministerie weigert te vervolgen, daartoe opdracht kan geven, moet als een niet ongevaarlijke uitzondering daarop worden beschouwd, maar zij is niettemin onontbeerlijk nu de individuele burger(s) in ons systeem niet zelf een vervolgingsrecht heeft/hebben en daarom niet geheel machteloos dient/dienen te zijn als het openbaar ministerie zijn/hun belangen niet wil waarnemen.

En er is meer: de rechter kan een dagvaarding niet op eigen initiatief veranderen. Het voert te ver hier lang op in te gaan maar het is wel typerend voor ons tijdsgewricht en de hysterische paniek die daarin is ontstaan tegenover de (al dan niet georganiseerde) criminaliteit, dat ernstig is overwogen dat recht van correctie, aanvulling of schrapping van de telastelegging aan de rechter toe te kennen. Dat een ruimere marge voor het aanbrengen van correcties etc. aan het openbaar ministerie wordt gegund dan nu het geval is, komt mij daarentegen als niet onjuist voor. Nog niet zo lang geleden heeft de oud-procureur-generaal bij de Hoge Raad Remmelink betoogd dat het strafrecht ook een spel-element in zich draagt. Ik denk dat dat element aardig aan het afnemen is en zeker amper een rol speelt in de grote strafzaken. En dat heeft zijn repercussie op de 'gewone' criminaliteit, want we hebben geen apart strafproces voor grote en voor kleine zaken, al wordt er soms onderscheid gemaakt.

Overigens zou ik jonge beoefenaren van de studie van het strafproces in overweging willen geven na te gaan in hoeverre rechters – en met name rechters van de Hoge Raad – steeds eerder bereid zijn fouten in de telastelegging als kennelijke vergissingen te beschouwen en verbeterd te lezen als gevolg waarvan 'het middel' feitelijke grondslag mist. De verdachte of diens raadsman die een middel aanwendt, moet geacht worden het goede middel te hebben willen aanwenden en als hij het ver-

keerde middel heeft aangewend wordt dat daarom omgezet en gelezen als het goede middel. Deze welwillende en zeer redelijke moderne benadering kan men wat betreft de basis ook toepassen op de officier van justitie en zijn telastelegging: hij of zij zal het juiste feit op de juiste wijze te laste hebben willen leggen, maar als hij een onjuist feit of een feit onjuist heeft telastegelegd, zal dat niet worden geconverteerd, tenzij het in het kader van een correctie van een kennelijke vergissing kan plaatsvinden.

Over de lijdelijkheid van de rechter ten aanzien van executie en met name plaats van executie van een vrijheidbenemend vonnis, is al veel gezegd en kan nog veel gezegd worden. Ik volsta met de vaststelling dat door het regime van de executie van vrijheidsstraffen, twee nominaal gelijke straffen in ernst geheel verschillend kúnnen zijn en verwijs naar het beroemde arrest van het hof te Leeuwarden, gewezen in bezettingstijd, waarbij een zodanige straf werd opgelegd dat executie in Ommen met zijn onmenselijk regime niet mogelijk was. Deze lijdelijkheid van de strafrechter zou in meer gevallen dan nu mogelijk is, moeten worden herzien, maar voor het overige zijn de niet talrijke aspecten van lijdelijkheid van de strafrechter geheel te rijmen met zijn taak als lid van die macht die volgens Montesquieu hoewel zij *en quelque façon nulle* is toch zo gevreesd is onder de mensen (*si terrible parmi les hommes*).

Maar overigens laat de wet amper lijdelijkheid toe: de voorzitter heeft de leiding van het onderzoek op de terechtzitting (artikel 274 Sv.), welk beginsel ook toepasselijk is waar de uniciteit van de rechter het begrip voorzitterschap uitsluit (politierechter, kantonrechter, enkelvoudige appelrechter, kinderrechter). Nu moeten daarbij twee kritische kanttekeningen worden aangebracht.

1. Het leiding geven aan het onderzoek betekent op zich nog niet dat de strafrechter ook activistisch moet optreden. Te verdedigen valt dat de rechter in het (buitenlandse) jury-proces ook de leiding van het onderzoek heeft. In elk geval zal niemand volhouden dat de jury de leiding heeft bij het onderzoek, hoewel haar beslissing ook voor de rechter (meestal) bindend is. Maar in ons stelsel heeft de (voorzittende) rechter niet alleen in die zin de leiding van het onderzoek, hij is ook degene die onderzoekt: hij ondervraagt de verdachte, hij beslist of getuigen gehoord zullen worden en ondervraagt hen als eerste etc. Het materiaal waarmee hij straks moet oordelen is hij tijdens de zitting aan het verwerven. Het is gebruikelijk om te zeggen dat op het openbaar ministerie de bewijslast rust en dat is ook wel juist, maar het heeft niet veel betekenis in al die gevallen waarin de rechters zelf het materiaal dat tot bewijs kan dienen in het proces binnenhalen, ook door vermelding van de korte inhoud van bepaalde geschriften. Het zijn *deze* bemoeienissen van de rechters, deze vorm van rechterlijk activisme die mij straks tot enige opmerkingen over zijn daarmee verband houdende geloofwaardigheid zullen voeren.

2. De voorzitter heeft de leiding van het *onderzoek ter terechtzitting*. Er wordt vaak gezegd dat het Nederlandse strafproces, anders dan dat in Angelsaksische landen maar ook afwijkend van dat in Duitsland, een papieren proces is en dat de rechter op de terechtzitting eigenlijk niet veel meer doet dan controleren of de papieren juist zijn. Wat er zij van die kwalificatie, juist is dat de rechter (behalve dan de rechter-commissaris, maar die mag volgens het eerste artikel, dat het onderzoek ter terechtzitting beschrijft, aan dat onderzoek op straffe van nietigheid niet deelnemen) in de strafzaak buiten de terechtzitting volstrekt lijdelijk is, reeds omdat hij van de gang van zaken buiten de terechtzitting in het algemeen pas op de hoogte komt bij de voorbereiding van de terechtzitting en als hij al eerder daarvan weet (als rechter die de

gevangenhouding verleent of verlengt), daarop voor het stadium van *onderzoek ter terechtzitting* geen noemenswaardige invloed kan uitoefenen. Ook dat is weer een uitvloeisel van de machtenscheiding en als zodanig geheel respectabel. Dat ik daar vervolgens een 'maar' aan koppel, zal ik onder punt twee van mijn conclusies uiteenzetten.

Conclusies omtrent de geloofwaardigheid van de strafrechter in verband met zijn (on)lijdelijkheid

1. Wie de artikelen 268 e.v. Sv. doorneemt, kan alleen maar vaststellen dat ter terechtzitting een centrale plaats is ingeruimd voor de activiteiten van de voorzitter van de kamer: heel veel artikelen beginnen met als onderwerp in actieve vorm: de voorzitter. Hij doet dit, hij kan dat doen etc. Mijn overtuiging is dat door deze activistische leiding – gesteld tegenover arbitrale leiding – de geloofwaardigheid van de rechter in het gedrang kan komen. Het is een bewijs van grote ambachtelijke kunde, ja in zekere zin een kunststukje, om onder de omstandigheden die de wet schept, een strafzitting zo te leiden dat de idee dat de verdachte als niet veroordeelde ook nog niet schuldig is, wordt verwerkelijkt. Dat komt omdat, ingevolge de huidige praktijk, de rechter er voor moet zorgen dat het bewijs tegen de verdachte op tafel komt. Het proces-verbaal van de zitting bevat een opgave van die processen-verbaal van politie en rechter-commissaris en van andere geschriften, waarvan de korte inhoud door de voorzitter is meegedeeld, en dat is strikt vereist voorzover die stukken of een gedeelte eruit ten bezware van de verdachte in het vonnis worden gebruikt, bijvoorbeeld maar niet alleen in het kader van de bewijsvoering.

Maar als het de officier van justitie zou zijn die de korte inhoud van die geschriften die dienstig zijn voor het bewijs ter zitting zou meedelen en de voorzittende rechter niet (en dit in het proces-verbaal op juiste wijze was neergelegd) dan zou, naar mijn mening, de wet aan het gebruik van die stukken, zo meegedeeld, niet in de weg moeten staan. Artikel 297 lid 5 Sv.: 'Ten bezware van de verdachte wordt, op straffe van nietigheid, op gene stukken acht geslagen, dan voor zover zij zijn voorgelezen of hun korte inhoud overeenkomstig het voorgaande lid is medegedeeld'. Het lijkt alsof het er niet toe doet wie de korte inhoud meedeelt, maar helaas eist de combinatie van lid 4 en 5 van artikel 297 Sv. dat de voorzitter dit doet.

Ik maak het kort: het is moeilijk een proces te overzien waarin men zelf op intensieve wijze betrokken is. Het ligt voor de hand dat de rechter die de verdachte confronteert met tegen hem verzamelde bewijzen, bij die verdachte de indruk wekt dat hij 'tegen' hem is. Het zou daarom beter zijn voor de geloofwaardigheid van de rechter als hij meer zou (kunnen) terugtreden bij de onmiddellijke behandeling van de zaak, meer als arbiter zou optreden tussen de vervolging en de verdediging, dan als eerste woordvoerder van, in het beste geval, beide. Kwesties als het beletten van gevolg geven aan vragen (artikel 288 Sv.) zouden op die manier duidelijker door hem als rechter tussen conflicterende partijen worden opgelost dan, zoals nu vaak het geval is, wanneer de rechter uit eigen initiatief tot dat beletten over gaat.

2. Het proces gevoerd op schriftelijke stukken die ter terechtzitting soms maar op summiere wijze ter sprake zijn gekomen, verdient nader onder kritiek gesteld te worden. De lijdelijkheid van de rechter ten aanzien van die stukken, waarvan hij de juistheid en de importantie pleegt aan te nemen, tenzij wel heel duidelijk het bijna niet

te leveren tegenbewijs op tafel komt, dient te verdwijnen. Bij bestrijding van de juistheid van die stukken moet de rechter, behoudens in uitzonderlijke omstandigheden, eisen dat de zegsman van die verklaring ter zitting wordt gehoord, zodat er echt sprake is van toepassing van het beginsel der onmiddellijkheid.

Enige opmerkingen over de lijdelijkheid van de civiele rechter

Over de al of niet bestaande lijdelijkheid van de civiele rechter en de (on)wenselijkheid daarvan is overvloedig geschreven. Ik ga dat niet herhalen, toejuichen of amenderen. Het ligt nogal voor de hand dat partijen in een burgerlijk geschil zelf uitmaken waarover de ruzie loopt en, daaraan voorafgaand, óf ze ruzie willen maken. Eigenlijk zou ik dat laatste wat nader moeten uitwerken, want het kan ook zijn dat ze eigenlijk geen ruzie willen maken maar een ander over hun verschil van mening willen laten beslissen, liever nog: een ander er bij willen halen om beter zelf over hun verschil van mening te kunnen oordelen.

Ik heb vroeger wel eens beweerd dat de rechter er is om conflicten te beslechten, niet om partijen te verzoenen, regelingen te treffen of aan te moedigen. Ik kom daar in zoverre op terug, dat die beslechting als taak van de rechter *ultimum remedium* is in die zin dat hij moest beslissen als partijen dat wensen. De comparitie van partijen tot regeling in der minne is een aan de rechter als initiator toegewezen rechterlijke taak, die hij wel met inachtneming van de hem verstrekte feitelijke en juridische gegevens, maar voorts toch autonoom en derhalve niet-lijdelijk kan en moet uitoefenen. Het is een bekend gegeven dat het treffen van een minnelijke regeling wordt bevorderd door de onzekerheid van de uitkomst van het rechtsgeschil als *ultimum remedium*. Dat is maar betrekkelijk waar. Wie zeker weet dat hij wint, heeft weinig behoefte aan schikking, wie daarentegen verwacht te verliezen zal iedere schikking die hem enig voordeel aanreikt aangrijpen.

Wat wel eens over het hoofd wordt gezien, is dat de schikking ook vanuit strikt juridische optiek de meest rechtvaardige oplossing kan zijn. Dat het in de rechterlijke uitspraak altijd alles of niets is, kan allang niet meer volgehouden worden sinds wij gedeelde aansprakelijkheid kennen en gedeelde schuld. Maar de opvatting van Paul Scholten dat het bemiddelend vonnis in wezen onrecht is, een opvatting die lang heeft gegolden als de absolute waarheid, kan nu toch wel als gepasseerd worden beschouwd. Daarom zou het niet volslagen vreemd, ja meer dan eens gewenst zijn, datgene wat de schikking zou hebben opgeleverd als partijen haar hadden aanvaard, in het geval dat dit laatste uitblijft, in een vonnis neer te leggen. Ik ga me er nu niet in verdiepen of het huidige procesrecht dat toestaat. Het bemiddelende vonnis is in een gecompliceerde samenleving een werktuig dat niet slordig weggegooid dient te worden.

Nog twee andere punten, zo kort mogelijk, Partijen die aan het procederen zijn willen, liefst van al, hun proces voor honderd procent winnen. De wetenschap dat dat niet zeker, twijfelachtig of onwaarschijnlijk is, kan hen naar andere oplossingen doen uitzien. Maar wat nu eigenlijk vreemd is, is dat het gelijk of ongelijk van partijen in een aantal gevallen niet van de merites van hun zaak afhangt, maar van de kundigheid waarmee de zaak behandeld wordt. Die kundigheid is zo veeleisend dat, tot nu toe, de opvatting prevaleert dat alleen geschoolden in het juridische vak deze kunnen beheersen. Natuurlijk is er echter ook bij de geschoolden verschil in kundigheid. Dat woord genomen in zo ruim mogelijke zin.

Zo zal in het civiele recht een partij die objectief gezien gelijk heeft, kunnen verliezen omdat niet de goede actie is ingesteld of omdat een bevrijdend verweer niet gevoerd is. De rechter is lijdelijk, hij kan een verweer dat niet is gevoerd niet ambtshalve ten tonele opvoeren. Zo lijdt de billijke uitspraak geweld doordat de strijd aan één zijde slecht is gevoerd. Nu zal men zeggen: dat is een algemeen verschijnsel, eigen aan de onvolkomenheid en ongelijkheid van alle aardse zaken. Wie een arts treft die de hartkwaal over het hoofd ziet en zich onnodig bezighoudt met leverinjecties, zal wellicht doodgaan, terwijl hij bij een goede diagnose nog zou leven. Met de loodgieter en de auto-monteur is het, op ander vlak, niet anders gesteld. Dat is allemaal maar al te waar, maar wanneer een tweede medicus wordt opgeroepen en deze bericht dat er onmiddellijk maatregelen getroffen moeten worden in het kader van de hartkwaal zal niemand zeggen: dat kan niet meer want de eerste arts heeft het niet gezien. Een klein beetje vergelijkbaar is de situatie van de civiele rechter die met lede ogen moet aanzien dat een partij zijn zaak verliest omdat zijn arts (in dit geval de advocaat) de verkeerde acties voert, onjuiste verweren aanvoert of nalaat bestaande, bevrijdende verweren te voeren.

Ik zou menen dat er over nagedacht moet worden of de rechter in deze niet op één of andere wijze, bijvoorbeeld door bij tussenbeslissing de vraag op te werpen of het voeren van dit verweer, het instellen van deze actie niet te prefereren valt, de mogelijkheid moet hebben het wijzen van een billijke uitspraak te bevorderen. Dat is zeker in strijd met het spel-element dat zo lang aan de civiele procedure eigen was en ten dele nog is, maar evenals in het strafproces is de behoefte daaraan bepaald aan het afnemen. Door de mogelijkheid in alle feitelijke instanties de eis (drastisch) te wijzigen of te vermeerderen, geschapen bij wetswijziging begin vijftiger jaren, is aan dat spel-element een belangrijke factor ontnomen. Maar de lijdelijkheid van de rechter is daarbij niet aan de orde geweest.

Het is overigens opvallend dat wat in het civiele recht reeds lang mogelijk is: wijziging van de eis, in het strafproces nu ook, zij het in beperkter verband begint door te dringen: mogelijkheid van wijziging van de aanklacht tot aan het einde van de feitelijke behandeling.

Laatste punt. Zou men een partij gewikkeld in een civiel proces vragen wat zij wenst dan zou het niet verrassend zijn als deze zou antwoorden: dat proces winnen en liefst nog vandaag. Er kunnen voor zijn wederpartij redenen zijn waarom hij de toevoeging zal weglaten. Zijn belang bij een zo laat mogelijke uitspraak is echter geen rechtens te respecteren belang en zijn neiging en gretigheid om de zaak op de lange baan te schuiven moet dan ook in een goede procesorde terdege weerstreefd worden.

We kunnen wel zeggen dat de bloei van het kort geding aan dit mankement van de gewone civiele procedure is te wijten. Wat daar dan vaak niet bij gezegd wordt, is dat het kort geding dientengevolge, ondanks de vele eraan klevende gebreken, tot deze bloei is geraakt. Want in feite is kort-gedingrechtspraak in veel opzichten kadirechtspraak: weinig of geen getuigen, geen strikte regeltoepassing, geen onderzoek ten gronde etc. Maar het voldoet aan die tweede eis die degene welke zijn recht bij de rechter zoekt – en dat is de eisende partij, de ander wordt immers meegesleept als hij niet zelfstandig wil lopen – aan het proces stelt.

Wat betreft het verloop en de duur van de procedure heeft de civiele rechter zich een lijdelijkheid laten opdringen, die niet op wet of recht steunt maar op de – met die van hun cliënten tegenstrijdige – belangen van de advocaten. Bij de vele veranderingen die in de samenleving worden doorgevoerd op punten waar men eeuwen-

lang dacht dat het niet anders kon, voegt zich misschien ook – enkele aanwijzingen zijn daarvoor voorhanden – deze dat het volwaardige civiele proces gesteund door het recht en bewerkstelligd door de niet-lijdelijke rechter zich afspeelt binnen redelijke termijn. Redelijk voor hen die hun recht zoeken wel te verstaan, en dat is binnen veel korter tijd dan nu dat proces vergt. Als aan die eis niet voldaan wordt, zou het wel eens kunnen zijn dat het gewone civiele proces een uitstervende diersoort gaat worden, in zijn bestaan bedreigd door wilde, verslindende dieren waarvan het kort geding er maar één is. En de rechter een volmaakt ongeloofwaardige verschijning uit de oude doos.

28. Het gekortwiekte grondrecht van vereniging en vergadering

NJ 1983, 295

Feiten der voorgeschiedenis:

De Vereniging van Gedetineerden in het Huis van Bewaring II te Haarlem – verder te noemen: De Vereniging – dagvaardde in k.g. voor de Pres. van de Rb. te Haarlem de Staat der Nederlanden – verder te noemen: de Staat – met vordering, inhoudende na nadere omschrijving bij akte, dat de directie van genoemd Huis van Bewaring, orgaan van de Staat, zou worden veroordeeld om binnen een week na het te wijzen vonnis op straffe van een dwangsom van f 5000 per overtreding:

a.1. aan het Bestuur van de Vereniging eenmaal per week vergaderruimte voor de duur van twee uren ter beschikking te stellen zonder dat er op dit overleg direct toezicht gehouden wordt;

b.1. aan het bestuur toestemming te verlenen om gedetineerden die daarom verzoeken op cel te mogen bezoeken;

c. aan het bestuur toestemming te verlenen om regelmatig enquêtes te houden onder leden der Vereniging;

d. rechtstreeks en op gezette tijden met het bestuur der Vereniging overleg te voeren;

e. de Vereniging toe te staan om ook binnen het Huis van Bewaring II te Haarlem te mogen werken/overleggen met een toegevoegd buitensecretaris, zijnde maatschappelijk werk(st)er van een erkende reclasseringsinstelling danwel een van toestemming vanwege de secretaris van de lokale Haarlemse reclasseringsraad voorziene niet-justitie gebonden professionele hulpverlener.

Na debat en overlegging van pleitnotities en vele produkties heeft de Pres. bij vonnis van 3 febr. 1981 het gevorderde onder c, d en e (praktisch) ongewijzigd, dat onder a. en b. in gewijzigde en beperkte vorm toegewezen, met ontzegging van het meer of anders gevorderde, waaronder de dwangsom, en met veroordeling van de Staat in de proceskosten.

Van dat vonnis ging de Staat in hoger beroep. Bij appeldagvaarding werden tegen het vonnis acht (grief VII kompareert tweemaal) grieven aangevoerd. De Vereniging voerde in hoger beroep verweer en concludeerde tot bevestiging van het vonnis van de Pres., aldus akkoord gaande met de wijze waarop het onder a. en b. gevorderde gewijzigd en beperkt werd toegewezen, zijnde veroordeling van de Directie om:

a.2. aan het Bestuur van de Vereniging eenmaal per veertien dagen vergaderruimte voor de duur van twee uur ter beschikking te stellen zonder dat er op dit overleg direct toezicht gehouden wordt;

b.2. aan het Bestuur van de Vereniging eenmaal per *veertien* dagen voor de duur van een uur een ruimte ter beschikking te stellen voor het houden van spreekuur ten behoeve van individuele gedetineerde leden, die daarvan

gebruik wensen te maken en die wens tevoren aan de directie hebben kenbaar gemaakt, zulks zonder direct toezicht.

Bij arrest van 10 april 1981 vernietigde het Hof te Amsterdam het vonnis van de Pres. behalve in zoverre deze het onder a.2. gevorderde had toegewezen en weigerde met gegrondbevinding van de derde, de vijfde, de zesde, de zevende en de achtste grief de overige door de Vereniging gevorderde voorzieningen, een en ander met compensatie van proceskosten in beide instanties.

De Vereniging stelde beroep in cassatie in. De Staat heeft geen incidenteel beroep in cassatie ingesteld.

Wat niet (meer) ter beslissing staat:

Op grond van dit laatste staan in cassatie de voor de Vereniging gunstige beslissingen met betrekking tot de eerste, de tweede en de vierde grief vast. Ik zou het volgende lijstje willen opstellen van zaken waarover de rechtsstrijd niet (meer) loopt:

a. dat gedetineerden recht van vereniging *en vergadering* hebben;
b. dat de onderhavige Vereniging – geregistreerd overeenkomstig de wet – daarvan in dit geval de belichaming is;
c. dat het doel van die Vereniging: het – in de ruimste zin des woords – behartigen van belangen van gedetineerden in gemeld Huis van Bewaring, een geoorloofd doel is;
d. dat de Vereniging ter behartiging van die belangen in rechte kan optreden ondanks het aan individuele leden, daaronder begrepen: bestuursleden, van de Vereniging openstaande beklagrecht als bedoeld in art. 51 lid 1 Beginselenwet Gevangeniswezen (verwerping éérste grief):
e. dat de Vereniging als zodanig er een eigen zelfstandig en door het recht van vereniging en vergadering beschermd belang bij heeft dat zij als vereniging kan functioneren en dat het daarbij in beginsel geen verschil maakt of het in concreto gaat om zogenaamde interne activiteiten danwel om optreden naar buiten, waaronder te verstaan valt elk optreden als vereniging tegenover derden en voorts dat de Vereniging – gezien haar statutaire doel – zich voor de onderhavige vordering zowel ten behoeve van zichzelf, als ter behartiging van de belangen der leden kan beroepen op het recht van vereniging en vergadering ter verdediging van een burgerrechtelijk beschermd belang. Tegen deze beslissingen immers van de Pres. richtte zich de tweede grief van de Staat. Die grief is door het Hof verworpen;
f. dat het grondrecht van vereniging en vergadering met betrekking tot gedetineerden meebrengt, dat de Staat zelf tot meer dan een louter gedogen van de Vereniging gehouden zal zijn, omdat nu eenmaal de Vereniging, wil zij enige werkzaamheid ontplooien binnen het huis van bewaring, van de medewerking van de Staat in de persoon van de directeur van het huis van bewaring, afhankelijk is (r.o. 7 van het Hof).

De kern van de zaak:

Waar het nu om gaat is, niet nog allereerst wat dat meerdere waartoe de Staat jegens gedetineerden gehouden is, inhoudt, maar met behulp van welk toetsingscriterium zulks moet worden bepaald.

Het Hof overweegt, voorzover hier van belang, dat aan de Staat te dezen beleidsvrijheid toekomt en dat dit betekent, dat bij dat beleid genomen besluiten door de rechter slechts op hun rechtmatigheid kunnen worden getoetst aan het criterium of een redelijk handelend bestuursorgaan zoals een directeur bij het Huis van Bewaring bij afweging van alle in aanmerking komende belangen hiertoe had kunnen komen (r.o. 8 van het Hof).

Hiertegen richt zich met name onderdeel a van het eerste middel, waarin

wordt gesteld zakelijk, dat niet marginaal maar vol op rechtmatigheid moet worden getoetst. Om op die vraag een antwoord te kunnen geven moet zij geloof ik, eerst zo zuiver mogelijk onder woorden worden gebracht. Daar heb ik heel wat tijd voor nodig.

Welke is de kernvraag? en *Wat is het antwoord daarop?*

Behalve waar intrede doet de problematiek van de horizontale werking van de grondrechten, die hier geen rol speelt, is, ook historisch beschouwd, de Staat (met de van haar afgeleide, tot haar opklimmende organen) inzake grondrechten de – enige – *debiteur* van het individu, dat als het ware zijn onderdaanschap slechts aanvaardde op voorwaarde, dat de Staat hem vrij liet op voor hem fundamentele terreinen. Juist met betrekking tot grondrechten is het dáárom hoogst *on*aannemelijk, dat schending daarvan slechts marginaal getoetst zou kunnen worden. Voorbeeld: het grondrecht van godsdienstvrijheid en -belijdenis. Niet de vraag of het volstrekt onredelijk is een bepaalde godsdienst te verbieden of aan banden te leggen is m.i. bepalend voor de inhoud van het grondrecht, maar doodgewoon de vraag òf de Staat het individu in zijn godsdienstvrijheid héèft belemmerd. Dàt mag de Staat niet, ook al is het niet apert onredelijk.

Dit is mijn uitgangspunt want ik denk, dat als – in beginsel – ergens aan de overheid *géén* beleidsvrijheid toekomt het juist betreft de inmenging in de grondrechten of fundamentele vrijheden. Daarmee is echter lang niet alles gezegd, laat staan opgelost. Ik sprak immers over de klassieke grondrechten en het wezen daarvan is – anders dan bij de sociale grondrechten – bepaald door negatie: de Staat mag zich *niet* bemoeien, moet blijven *buiten* een aantal vrijheidsterreinen van het individu. Maar geldt wat ik schreef ook voor de sociale grondrechten of voor het sociale aspect (deel) van een grondrecht? Als de Staat ten behoeve van een fundamenteel recht van het individu (bijv. op wèrk) optreedt (bijv. een banenplan ontwerpt) bezit hij dan geen beleidsvrijheid tegenover het individu?

Ik zou die vraag bevestigend willen beantwoorden, maar vervolgens stel ik vast, dat in het onderhavige geval in ieder geval een déél van het meerdere, waartoe de Staat boven het louter gedogen is verplicht wezenlijk niets meer inhoudt dan het non-interventie beginsel zoals dat in 'normale' omstandigheden geldt. Geeft men aan iemand, die rechtens van zijn vrijheid is beroofd (geeft men aan een vereniging, die bestaat uit leden, die rechtens van hun vrijheid zijn beroofd) het grondrecht van vereniging en vergadering (zie a, b en c), dan is die 'men', – dat is de Staat, – enerzijds degene die de belemmeringen of de verhindering schept tot het recht van vereniging en vergadering (door vrijheidsbeneming) anderzijds tevens degene die zegt (moet zeggen): en toch hebt U, gedetineerde, dat recht van vergadering en vereniging, dat ik zojuist door U gevangen te zetten, van U heb afgenomen. De tegenspraak is slechts weg te nemen – op te lossen – en er bestaat slechts ècht een grondrecht van vereniging en vergadering *voor* gedetineerden, als de Staat ook de zelf opgerichte barricades op dit punt afbreekt en aldus, ook hen niet verhindert hun grondrecht uit te oefenen. Dat kan de Staat alleen maar (en moet hij ook) doen door actief op te treden en aldus de gedetineerden in de gelegenheid te stellen dat grondrecht uit te oefenen. De gedetineerden zijn nu nog niets *verder* dan al die niet gedetineerden die van de Staat mogen vergen dat deze als zij zich willen verenigen, daartoe geen hindernissen in de weg zal leggen. Zou de Staat bijvoorbeeld een vereniging verbieden om in welke zaal of welk gebouw, op welke plaats onder de blote hemel, ook samen te komen, dan zou dat in strijd zijn met het grondrecht. Welnu een Staat, die alleen gedoogt dat gedetineerden een vere-

niging oprichten tot behartiging van hun belangen en geen faciliteiten daartoe schept, doet in wezen hetzelfde.

Dat heeft het Hof in zijn zevende rechtsoverweging scherp onderkend. Ik zou uit een en ander de verdergaande conclusie willen trekken, dat met betrekking tot die faciliteiten, zonder welke uitoefening van het recht van vereniging en vergadering voor gedetineerden, redelijkerwijs te enen male onmogelijk is, een overheid, die dat grondrecht voor deze groep mensen erkent, op zich genomen evenmin beleidsvrijheid heeft als met betrekking tot de klassieke grondrechten van niet-gedetineerden. Het is een moeilijke zin, maar ík kan haar niet vereenvoudigen zonder haar te vervalsen.

Thans wijs ik op art. 11 lid 1 Verdrag van Rome van 4 nov. 1950 en de belangrijke beslissing van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens van 27 okt. 1975 NJ 1977, 1, m.nt. Alkema onder NJ 1977, 2. Die beslissing houdt in, dat door de Staat (ten behoeve van vakverenigingen waarmee de Vereniging gelijkenis vertoont) het uitoefenen van het recht van vereniging en vergadering bijv. door collectieve acties niet alleen toegestaan *maar ook mogelijk gemaakt* moet worden. Pas dan – als óók *mogelijk* gemaakt is – is er sprake van respectering van het klassieke grondrecht van vereniging en vergadering. Ik loop wat op de feiten vooruit als ik tevens constateer, dat art. 11 volgens het Hof wel geen recht geeft om geconsulteerd te worden, máár wèl om aanhoord te worden;

Vervolgens komt de vraag aan de orde: maar brengt dan de bijzondere rechtspositie van de leden van deze Vereniging niet mee, dat het grondrecht van vereniging en vergadering beperkt is?

Dat is een heel andere vraag dan die ik hiervoor heb beantwoord: dàár ging het erover of het mogelijk maken door de Staat van de uitoefening van het grondrecht van vereniging en vergadering (voor gedetineerden) slechts marginaal mag worden getoetst, hìer rijst de vraag *in hoeverre* moet de Staat (die het grondrecht erkent) uitoefening van het recht mogelijk maken, gelet op de bijzondere situatie waarin gedetineerden verkeren.

Om een wat kinderachtig voorbeeld te geven: zou de Vereniging een maandelijkse ledenvergadering bij Brinkman op de markt te Haarlem (als die gelegenheid nog bestaat) beleggen, dan behoeft de Staat, in persoon van de directeur, aan het mogelijk maken van uitoefening van het grondrecht op deze wijze (die voor anderen héél gewoon is) niet mee te werken: het botst met de situatie van detentie en wel *heel frontaal*.

P.J. Boukema (Ars Aequi, okt. 1972, blz. 476) onderscheidt:

1. beperkingen die een onmiddellijk en onvermijdelijk gevolg zijn van de bijzondere rechtsverhouding zelf (als voorbeeld noemt hij: 'de gevangene zal zich in de feitelijke onmogelijkheid bevinden om deel te nemen aan een betoging buiten de gevangenis'.
2. beperkingen die in geen enkele verhouding staan tot de bijzondere rechtsverhouding, en
3. beperkingen, die aan de ambtenaar, militair etc. als zodanig worden opgelegd, en die gemotiveerd worden vanuit de bijzondere rechtsverhouding zelf.

Al meteen is merkwaardig, dat Boukema stelt, dat de grenslijn tussen *2. en 3.* niet scherp is, terwijl men misschien zou hebben vermoed, dat de afbakening tussen 1. en 3. moeilijkheden zou scheppen.

Ik meen dat over de beperkingen onder 1. niet nader behoeft te worden gesproken. Er is geen twist over, dat die beperkingen móéten worden aangebracht en geen van de gevraagde faciliteiten is *in déze zin* onverenigbaar met de detentiesituatie. Op dit terrein ligt óók de in grief 3 aan de orde gestelde zaak. De (bijzondere) detentiesituatie van hen, die zich tijdens de (voorlopige) detentie in

afzondering bevinden, brengt mee, dat zij – ook al zijn zij bestuurder van de Vereniging – binnen het Huis van Bewaring geen contacten met andere leden kunnen hebben. Als men aan het Bestuur van de Vereniging vergaderfaciliteiten verleent, betekent dat niet dat het 'afgezonderde' bestuurslid recht op deelneming aan die vergadering heeft. Zouden, tenslotte, de gevraagde faciliteiten onder 1. thuis horen, dan dienden zij niet marginaal getoetst, maar zonder meer afgewezen te worden als wezenlijk onverenigbaar met de detentiesituatie.

Wàt dient te worden begrepen onder de beperkingen onder 3. bedoeld? Het betreft níet beperkingen *noodzakelijk* verbonden aan de functie of situatie van de betrokkene. Ik krijg de indruk dat hier sprake is van beperkingen, die uit algemene doelstelling van het apparaat, waartoe de ambtenaar, de militair behoort vallen af te leiden: ambtenaren dienen tot het redelijk laten functioneren van het gewone staatsbedrijf: Staking, kritiek op de Staat – is daarmee niet of moeilijk verenigbaar. Militairen hebben óók een handhavingsplicht met betrekking tot de Staat: vrije meningsuiting, die 'de veiligheid van de Staat in gevaar brengt' is dus moeilijk acceptabel. In grote trekken gaat het dan over een – al dan niet min of meer opgelegde – loyaliteit ten opzichte van de debiteur van het grondrecht: de Staat.

Wat daarvan zij, in 1972 reeds schreef P.J. Boukema:

> 'Alvorens te onderzoeken of deze beperkingen moeten voldoen aan de clausuleringen die de grondrechten bevatten, eerst een opmerking over de *aanvaardbaarheid* van deze beperkingen in meer algemene zin. De overtuiging wint veld dat beperkingen in de uitoefening van grondrechten door hen die in een bijzondere verhouding tot de overheid staan slechts dan aanvaardbaar zijn, indien deze in het licht van de doelstelling van de organisatie c.q. instelling, *noodzakelijk zijn met andere woorden functioneel.* Daarbij dient gelet op de concrete functie en plaats van de betrokkene
> en voorts (blz. 480):
> Er valt een toenemende neiging te bespeuren grondwettelijke grondrechten ook van toepassing te laten zijn op bijzondere verhoudingen. ... Ik acht deze ontwikkeling een gelukkige ... Daarbij moet ook uitsluitsel worden verkregen over de vraag of en eventueel de mate waarin het vrijwillig karakter van een bijzondere rechtsverhouding (beroepsmilitairen; ambtenaren) grondrechtsbeperking buiten de grondwettelijke clausulering toelaat.'

Het is wel duidelijk, dat de bijzondere rechtsverhouding van gedetineerden tot de overheid zich bij uitstek niet kenmerkt door het karakter van vrijwilligheid. Op grond daarvan het grondrecht meer beperken dan de clausulering van het grondrecht zelf toelaat, is dus uitgesloten. De clausulering van het grondrecht van vereniging en vergadering vindt men in art. 9 lid 2 Gw: 'De wet regelt en beperkt de uitoefening van dat recht in het belang der openbare orde'.

Ik kom nu eindelijk aan de laatste (poging tot) formulering van mijn vraag: Kan de directie van het Huis van Bewaring met betrekking tot het mogelijk maken van de uitoefening van het recht van vereniging en vergadering, dáár waar het niet gaat om met de detentie onverenigbare situaties, als die faciliteiten verbieden, – weigeren – die haar en het personeel slecht te pas komen immers extra werk en onrust veroorzaken? Ik zeg dat *zó* omdat dit m.i. de werkelijkheid weergeeft. Daarbij zij het volgende aangetekend: als het er om gaat of de directie in redelijkheid kon beslissen dat de gevraagde faciliteiten geweigerd werden, lijkt mij het antwoord duidelijk: bezien vanuit de vermeerdering van werklast, misschien zelfs van minder rust en orde, is de weigering wel redelijk. Ik kan mij best voorstellen, dat ook de weigering

van de faciliteit onder a.2. waartoe de directie volgens het Hof *niet kon komen* vanuit de directie en het personeel bezien *niet* apert onredelijk was. Het levert meer werk op, er moet ruimte vrijgemaakt worden, extra – indirecte – beveiliging moet plaatsvinden enz.

Maar ik kan niet inzien, dat het grondrecht aldus ter vrije dispositie zou moeten worden gesteld van de Staat en haar orgaan (de directeur van het Huis van Bewaring) een vrijheid die slechts dan zou ophouden als binnen het kader van de gedetineerden-huisvesting de weigering, bezien vanuit de taken van directie en personeel *volstrekt onredelijk* zou zijn. Dat zou ze namelijk bijna nooit zijn en dan was (wordt) het grondrecht een wassen neus; immers: het ligt niet voor de hand – zo blijkt ook wel uit de processtukken – dat de directies ruimhartig faciliteiten zullen gaan verlenen aan verenigingen waarop zij – anders dan op de overlegcolleges – geen vat of invloed hebben. Begrijpelijk zèker, maar dáár is de rechtsvraag niet mee opgelost.

Het komt mij voor, dat bij de beoordeling van deze vraag aanknoping moet worden gezocht bij de wettelijke clausulering van het grondrecht en dat dan de navolgende figuur verschijnt: die faciliteiten, die afzonderlijk of tesamen het recht van vereniging en vergadering voor gedetineerden *mogelijk* maken en die niet absoluut 1. onverenigbaar zijn met hun detentiesituatie mogen alleen maar geweigerd worden als zij orde regelmaat en tucht concreet en rechtstreeks in gevaar dreigen te brengen. Daarmee is de situatie omgedraaid: of de faciliteiten al dan niet kunnen worden geweigerd hangt af van de vraag of zij – gelet op orde, regelmaat en tucht – redelijkerwijs gevraagd en toegestaan kunnen worden. De vraag of het verzoek tot verlening van faciliteiten redelijk is, is zeker *niet* de keerzijde van de vraag of weigering van zulk een verzoek redelijk is. Redelijk zijn namelijk die verzoeken ook als zij – nodig voor een – fatsoenlijke – uitoefening van het grondrecht – van directie en personeel voorzieningen vragen, die anders niet nodig zouden zijn geweest, maar die aan deze geen de maat van het aanvaardbare overstijgende inspanning en kosten vragen.

Ik besef, dat mijn advies een *bewuste* keuze inhoudt tot verdere uitbouw van het grondrecht en dat die keuze het aan directie en personeel van de gevangenis wellicht nog weer wat moeilijker zal maken hun taak goed uit te oefenen. Ik besef óók dat mijn keuze *niet* in de wet kan worden nagewezen (zo min trouwens als de andere). Maar ik meen allereerst haar in het voorgaande te hebben verantwoord als een *mógelijke* keuze en – laat mij het voorzichtig zeggen – ik geloof vervolgens en vooral dat het ook, de betere, de méér rechtvaardige keuze is.

Als Uw Raad mijn opvatting zou delen, zou de zaak opnieuw moeten worden beoordeeld, maar dan niet aan de hand van het door het Hof opgestelde criterium. Niet bij voorbaat uitgesloten is, dat dat tot geen andere uitkomst zou leiden. Maar ik heb toch de idee, dat de Haarlemse Pres. – zonder het met zo veel woorden te zeggen – geoordeeld heeft aan de hand van het criterium, dat ik thans als antwoord op de vraag opstel:

of de verzoeken, gelet op het bijzondere van de detentie-situatie, in redelijkheid *toegewezen* kònden worden.

en niet:

of de verzoeken, gelet op het bijzondere van de detentie-situatie, in redelijkheid *afgewezen* kònden worden.

Tussen die twee ligt een breed tussengebied. Respekt voor een belangrijk grondrecht gebiedt *m.i.* de eerste keuze.

Nog drie opmerkingen naar aanleiding van dit eerste middelonderdeel.

I.

Mijn gedachtengang wil ik alleen laten gelden voor die faciliteiten die, op zich of samen met andere, onmisbaar zijn om tot een behoorlijke uitoefening van

het grondrecht te komen m.a.w. zonder welke faciliteit(en) het grondrecht beneden normaal gaat functioneren. Nu is daar al één faciliteit die dat bewerkstelligt, en die desondanks *niet* gevraagd is: het houden van een algemene ledenvergadering. Het getuigt m.i. van grote prudentie, dat deze kwestie niet in het geschil betrokken is en ik zou als mijn mening willen geven, dat de noodzaak in bovenbedoelde zin van de welgevraagde faciliteiten daardoor te meer in het oog springt behoudens wellicht van die genoemd onder e., die eerder betrekking heeft op het *'beter'* functioneren en zonder welke het recht van vereniging en vergadering van, mondige, gedetineerden ook wel uitgeoefend kan worden.

II.

Méér dan eens heeft de Staat het argument: 'het hek is van de dam' gebezigd. Kan straks aan een vereniging met een paar leden worden geweigerd wat nu aan *deze* vereniging wordt toegestaan? Dat kàn, omdat in redelijkheid deze faciliteiten aan een dergelijke groep, gelet op het bijzondere van de detentie-situatie nìet kunnen worden toegewezen, zoiets kan zo'n groepje niet vergen. Een zekere representativiteit voor de gehele bevolking van het tehuis danwel voor een *belangrijke* groep daarvan (vrouwen, vreemdelingen, jeugdigen) is toch minstens nodig.

III.

M.i. doet aan het bovenstaande niet af, dat er al een overlegcommissie bestaat. Dat een gedetineerde maar drie keer aan vergaderingen in dat overleg kan deelnemen en dan vervangen (opgevolgd) moet worden, zegt m.i. genoeg over het andere karakter en het eigene van de Vereniging. Wat de Pres. van de Amsterdamse Rb. in zijn – parallelle – vonnis van 2 okt. 1980, blz. 4, op dit punt heeft vastgesteld, heeft hij, zo stel ik achteraf vast, ook namens mij gezegd.

Ik meen dat onderdeel a van middel I in zoverre doel treft dat het Hof ten onrechte de weigering van de verzochte faciliteiten heeft getoetst op de wijze als weergegeven in rechtsoverweging acht van het arrest.

Voor het overige meen ik kort te kunnen zijn:

ad middel Ib:

Het Hof heeft *niet* overwogen, dat de besluiten van de directie leidende tot beperkingen in de uitoefening van het grondrecht van vereniging en vergadering en tot beleidsvrijheid te dien aanzien berusten op art. 9 lid 2 Gw, art. 11 lid 2 Verdrag van Rome en art. 22 lid 2 Verdrag van New York, maar is tot de conclusie gekomen dat die bepalingen zich niet verzetten tegen de volgens het Hof hier te pas komende marginale toetsing als in overweging 8 van het arrest omschreven. Die wijze van toetsing komt mij echter – om bovenvermelde redenen – wel in strijd met het recht voor. Omtrent de ook te berde gebrachte vraag of pp. het er in de feitelijke instanties over eens waren, dat de Staat in deze beleidsvrijheid zou toekomen, het volgende:

In de MvA heeft de Vereniging – reagerend op grief IV – zich m.i. wel wat ongelukkig uitgedrukt maar overigens kennelijk willen betogen dat die beleidsvrijheid alleen inhoudt, dat beperkingen kunnen worden opgelegd, die gelet op de detentie-situatie *onvermijdelijk* zijn. De Staat doet overigens op dit punt opmerken, dat het Hof niet gebonden was aan juridische beschouwingen van pp. (pleitnota blz. 14, laatste alinea).

Het middelonderdeel lijkt mij geen zelfstandige betekenis te hebben en in zoverre te falen.

Middel II, betrekking hebbend op r.o. 6 van het arrest van het Hof (waarbij de derde grief gegrond wordt bevonden) lijkt mij wèl juist, maar niet van belang. De Pres. behoefde m.i. – als reeds gezegd – voorbehouden, *onvermijdelijk* voortspruitend uit het bijzondere van een bijzondere detentiesituatie – isolement – niet als clausulering in zijn beslissing op te nemen zeker niet nu de Staat daarover

niets te berde had gebracht. Het Hof heeft echter aan de gegrondbevinding van de derde grief in zijn arrest en met name in het *dictum* daarvan géén consequenties verbonden (zelf dus óók de clausulering *niet* aangebracht) zodat elk belang bij het middel in dit stadium ontbreekt. Ik zou daar nog aan toe willen voegen, dat àls de clausulering wél was aangebracht (door Pres. en/of Hof) dit m.i. wel overbodig zou zijn geweest, maar niet foutief.

Middel 3a bestrijdt het oordeel van het Hof – r.o. 16 – dat het enquête-recht niet rechtstreeks uit het recht van vereniging en vergadering valt af te leiden en in middel 3b wordt betoogd, dat het oordeel vervat in deze r.o. 16 niet voldoende naar de eis der wet met redenen is omkleed.

Ik denk dat, nu geen ledenvergaderingen mogelijk zijn het per schriftelijke enquête navraag doen naar de mening der leden wél een – in deze bijzondere situatie – vitaal onderdeel is van de uitoefening van het recht van *vereniging*, aangezien het recht van *vergadering* in zoverre is belemmerd. Formeel is het echter zo, dat het Hof de voorziening geweigerd heeft op *twee* gronden en naar ik aanneem kan ook de eerste grond –de onbepaaldheid van de vordering op dit punt – die in het middel niet is aangevallen, de beslissing dragen, in welk geval het middelonderdeel faalt.

Wat middelonderdeel 3b betreft: met de overweging dat de Staat (directie) in een detentiesituatie tot meer is gehouden dan een louter gedogen, behoeft het Hof niet bedoeld te hebben dat dit meerdere (ook) bestond uit het gelegenheid geven aan het bestuur tot het regelmatig houden van schriftelijke enquêtes onder de leden van zijn Vereniging. Anders gezegd: dat meerdere kon bijv. wel bestaan uit het – toegestane – vergaderen eens per twee weken en het bieden van de daadwerkelijke mogelijkheid daartoe. Overigens ontwaar ook ik hier een overweging waarin het Hof naar reeds uit de woordkeuze blijkt, de marginaliteit van de toetsing bijzonder veel relief heeft gegeven. Met de steller van het middelonderdeel vroeg ik mij aanvankelijk af, hoe die raadpleging dan moet plaatsvinden. In de visie van het Hof zullen 'de wandelgangen' daartoe dienen. Maar hier wordt wel een machtswoord uitgesproken en de motivering is (zelf) marginaal.

Desondanks faalt, dunkt mij, het derde middel in zijn beide onderdelen.

Middel 1a gegrond achtend, concludeer ik tot vernietiging van het arrest van het Hof te Amsterdam van 10 april 1981 en tot terugwijzing van de zaak naar dat Hof, teneinde deze met inachtneming van het arrest van Uw Raad op het bestaande hoger beroep opnieuw te berechten en af te doen, zulks met zodanige beslissing omtrent de proceskosten als Uw Raad juist zal achten.

Anders de Hoge Raad.

29. Over rechtsmiddelen, in het bijzonder hoger beroep

Vanuit de belangen van de individuele burger bezien is het hoger beroep zijn enige echte herkansing: hij zoekt het hoger op, want hier beneden heeft hij zijn recht niet gevonden. Meer en meer ben ik er door de jaren heen van overtuigd geraakt dat bij cassatie de eenheid van het recht en de rechtsontwikkeling duidelijk voorop staan en dat het belang van het individu in die instantie per definitie op onvolkomen wijze wordt gediend, omdat dat belang in het algemeen meer van goede vaststelling der feiten dan van juiste toepassing van het recht afhankelijk is. Staat eenmaal tussen de strijdende partijen vast dat een overeenkomst tot stand is gekomen dan verschilt hun positie levensgroot van die waarbij het tegendeel is komen vast te staan en pas vanuit een van die posities worden de verschillende vormen van rechtstoepassing voornaam. Wanneer wij daarom voor de diabolische keuze zouden worden gesteld of het appel in een belangrijk aantal voorname gevallen af te schaffen of in cassatie enig verlofstelsel in te voeren, dan zou ik van deze twee kwaden onvervaard voor het laatste kiezen: dan maar het verlofstelsel.

In zijn beroemde roman 'Michael Kohlhaas' heeft Heinrich von Kleist, die leefde van 1777 tot 1811 aan Kohlhaas de in vertwijfeling uitgesproken woorden in de mond gelegd:

> 'Verstossen nenne ich den ... dem der Schutz der Gezetze versagt ist.'

De bescherming der wetten, die krijgen wij niet door die wetten zelf, maar door hun toepassing die zich in zijn uiterste vorm manifesteert als rechtspraak. Schitterende stelsels van wet, waarmee door een gecorrumpeerde rechtspraak de hand wordt gelicht zijn waardeloos en grond voor nog meer verbijstering en woede als losgelaten zou worden op diezelfde slechte uitkomsten, maar dan gebaseerd op juiste toepassing van slechte wetten. In het laatste geval weet elk wat hem te wachten staat, in het eerste begint men met schone verwachtingen.

Wij kunnen ons afvragen of niet rechtspraak *met appel-mogelijkheid* noodzakelijk is om de Schutz der Gesetze daarbinnen echt tot zijn recht te laten komen. Ik ben ervan overtuigd dat die vraag bevestigende beantwoording verdient. Het openstellen van de mogelijkheid van appel is – in wezen – de erkenning van de feilbaarheid van het menselijk oordeel, zelfs onder de best mogelijke omstandigheden. Met dat laatste bedoel ik vooral dat ons soort van samenleving, hoeveel bezwaar men er tegen moge koesteren, zo is ingericht dat goed opgeleide rechters in volle vrijheid en zonder enige vrees of zorg voor hun lichamelijk, geestelijk en geldelijk welzijn, in het algemeen in staat worden gesteld onbevangen en deskundig te oordelen over de aan hen voorgelegde intermenselijke conflicten. Dat zou op zich genomen voldoende reden zijn om met één instantie te volstaan. Er is bijna geen enkele andere reden om aan de niet-juistheid

van het aldus tot stand gekomen ons benadelend oordeel te twijfelen dan juist de feilbaarheid van *elk* menselijk oordeel, of dat nu met autoriteit is toegerust of niet. Er is, ik zeg het zeer uitdrukkelijk, geen garantie dat het in appel gegeven, afwijkend oordeel beter is dan dat van de eerste aanleg. Iedere rechtbank koestert een aantal uitspraken, waarin de Hoge Raad met vernietiging van de uitspraak van het appel-college die van de rechtbank of haar president, hoewel ooit dood verklaard, opnieuw tot leven roept. Geen enkele garantie, maar wel een flinke kans, die echter zeker niet in hoofdzaak hierop gebaseerd is, dat rechters van hoger beroep 'beter' zijn.

Het is een diep menselijke behoefte, die nog eens wordt versterkt zo vaak die mens in een conflict met anderen geraakt, dat niet buiten toedoen van derden kan worden opgelost, de beslissing van de autoriteit, die hem in het ongelijk stelt, aan een nieuwe toets te kunnen onderwerpen. Want op het moment dat wij spreken van conflictbeslechting die niet intern kan worden opgelost en daarom derden daarvoor nodig heeft, zullen die derden wat de beslissing betreft boven partijen moeten staan, autoriteit moeten zijn, want anders wordt het conflict niet opgelost immers wie de voorgedragen oplossing niet zint kan er vanaf. Die nieuwe toets zal dan echter opnieuw moeten worden gedaan door een autoriteit en als zodanig, alleen als zodanig, een hogere autoriteit. Ook tegen diens beslissingen kunnen bezwaren rijzen en aan die diep menselijke behoefte kan dan ook niet opnieuw ten volle tegemoet worden gekomen. Maar het scheelt toch nogal wat of ik na de eerste keer ongelijk gesteld te zijn, dat ongelijk ook na een tweede toets krijg, of dat ik die tweede toets zelfs niet kan benaderen. Eigenlijk is rechtspraak in twee feitelijke instanties een beeldende weerlegging van het oude adagium, wat breder uitgelegd dan men tegenwoordig pleegt te doen in het staatsrecht, waarin wordt verkondigd, dat de koning, het openbaar bestuur, de rechtelijke macht, dat is de volstrekte autoriteit niets verkeerds kan doen. The king can do no wrong.

In het civiele recht staat van de beslissing van de rechter in eerste aanleg hoger beroep open tenzij bij de wet anders is bepaald. Die figuur: *ja, tenzij*, heeft als grondtoon de klank van het vanzelfsprekende. Hoger beroep? Natuurlijk, maar soms is het anders. En er moet dan om het simpel te zeggen een fatsoenlijke reden voorhanden zijn om van de algemene regel af te wijken. Probleem wordt dan natuurlijk *wat* fatsoenlijk is, maar daar wil ik straks nog wat over zeggen.

In de losbladige editie Burgerlijke Rechtsvordering kan men desgewenst een op het eerste gezicht nogal indrukwekkende rij van bij de wet geschapen uitzonderingen vinden. Maar er zijn niet zo heel veel hete topoi bij. Toch wel enkele. En dan denk ik aan de gevallen van art. 1639w BW en van art. 28 van de Huurprijzenwet. Vooral bij de eerste reeks – Hammerstein heeft er al op gewezen – vraagt men zich af welke fatsoenlijke reden er is voor de uitsluiting van hoger beroep. We weten allemaal dat die er niet is, al wordt nu en dan nog een volstrekt formalistisch argument daarvoor van stal gehaald. De echte, niet fatsoenlijke reden is dat andere hete hangijzers rondom de procedure van art. 1639w BW, zoals zo vaak gebeurt, tot nu toe verhinderd hebben dat dit onderdeel: mogelijk maken van hoger beroep, in de wet werd vastgelegd. Wat nu zo speciaal aandacht vraagt is dat de jurisprudentie tegen de wet in deze twee soorten van gevallen en daarmee vergelijkbare soms toch hoger beroep (en cassatie) mogelijk maakt. Dat is daarom zo vreemd, omdat dit: het scheppen van een rechtsmiddel door de rechtspraak daar waar de wetgever het rechtsmiddel uitdrukkelijk uitsluit, zowat de laatste vrijheid is die men in het algemeen aan de rechtspraak zou willen toebedelen. Zo een beetje vergelijkbaar met het puur per rechtspraak verlengen van termijnen van beroep of van instellen van een vordering. Nu zou ik niet graag in een theoretische discussie verzeild willen raken met als onderwerp of het

toestaan van hoger beroep in 1639w BW-zaken wel in strijd is met de wettelijke uitsluiting als het gaat over de vraag of de kantonrechter ten onrechte buiten het rechtsgebied van dat artikel is getreden enz., maar men kan dat debat niet voortzetten daar waar ook appel en in het voetspoor daarvan cassatie mogelijk wordt, wanneer de kantonrechter essentiële vormen heeft verzuimd. Ook kan men mij niet tegenwerpen dat dan eigenlijk niet van een vonnis/beschikking sprake is, zodat het hoger beroep eigenlijk de eerste aanleg is. Die verleidelijke constructie, dit vonnis is zo kaduuk dat het geen vonnis is, die het non-existente vonnis weer eens voor het voetlicht zou brengen, ontglipt ons als wij bedenken dat het vonnis/de beschikking van de kantonrechter tot stand gekomen met verzuim van essentiële vormen (schending bijv. van het beginsel van hoor en wederhoor) wel degelijk als vonnis voor tenuitvoerlegging vatbaar is als daar niets op volgt.

Een geldige uitspraak dus maar op zo slechte wijze tot stand gekomen dat er, al verbiedt de wet dat, tegen opgekomen moet kunnen worden. Een manifestatie van de *noodzakelijkheid* van hoger beroep, los van de vraag wat de wet ervan denkt.

Een tweede categorie van zaken waarin het bindend oordeel van de autoriteit/derde aan een nadere toets moet kunnen worden onderworpen, is die waarin niet geringe belangen van de betrokkenen op het spel staan.Nu komt men in het civielrecht niet licht tot procederen als de belangen niet groot zijn en daarom heeft de wetgever zeer wijs bedacht dat die belangen groot zijn tenzij, langs wettelijke wegen, blijkt dat dat niet het geval is. Verontwaardiging alom derhalve toen bleek, dat de regering het hoger beroep in vreemdelingenzaken wilde afschaffen. Het was immers duidelijk, dat het hier over levensgrote belangen kon gaan en het is een schande dat, hoewel in tweede en eerste kamer een grote meerderheid tegen was, de afschaffing op politieke gronden, zonder serieuze weging van de belangen der betrokkenen, toch is doorgegaan. Daarna kwam het bericht dat ook overigens het hoger beroep op de tocht stond. Op zich genomen was dat logisch, want waarom zouden wij het hoger beroep handhaven als een winkelier een paar duizend gulden vordert van een onwillige klant, wanneer zelfs in echt belangrijke zaken hoger beroep niet meer mogelijk is. Maar het is logica van de koude grond omdat zij uitgaat van de premisse: omdat de politiek het hoger beroep in vreemdelingenzaken *terecht* heeft afgeschaft, kan dat ook op veel, ja bijna alle andere terreinen gebeuren. Later heb ik wel vernomen, dat dat niet de bedoeling was, maar wij, gewone burgers, kunnen alleen maar afgaan op wat men ons van hogerhand belieft door te geven. Op grond daarvan heb ik in een blad, dat onder juristen niet zo veel wordt gelezen, de volgende parabel met vervolg geschreven: (ik geef het vervolg op die parabel niet omdat dat vandaag, ook gelet op de combinatie Tilburg/Den Haag, niet erg van smaak getuigt):[1]

> In regeringskringen was men het er gloeiend over eens: de bakkers kregen echt te veel praatjes. Besloten werd krachtige maatregelen te treffen, want van nonsens hield men daar niet. Krachtens keizerlijk edikt moest binnen vier weken bij alle bakkers de tong verwijderd worden. Zo gezegd zo gedaan, er heerste nog orde in dat land. De vakbond van bakkers kwam weldra in spoedzitting bijeen en bracht een geharnast schriftelijk protest uit. Met vele argumenten staafde de bond de onrechtvaardigheid van de genomen maatregel. Weliswaar verhinderde deze niet dat zij hun beroep bleven uitoefenen, maar het plezier erin was toch wel verdwenen. En, zo besloot de bond het pamflet, hadden dan soms de slagers, de kruideniers en de drogisten niet altijd nog veel meer noten op hun zang? (boeken werden in dat land niet gelezen en kleding maakte men er zelf). Dat argument maakte tot in hoogste kringen grote indruk. Eigenlijk hadden de bakkers

1. Op 27 mei 1994 trad Minister van Justitie mr. E.M.H. Hirsch Ballin af (noot redactie).

gelijk. In het bijzonder het gelijkheidsbeginsel was op schromelijke wijze door de eenzijdige maatregel tegen de bakkers geschonden. Korte tijd later kwam een tweede keizerlijk edikt tot stand: binnen vier weken moest ook van alle slagers, kruideniers en drogisten de tong worden verwijderd. Wie in een zaak van enig gewicht aan mensen die terecht staan of recht zoeken hoger beroep onthoudt, of – erger nog – ontneemt, is bezig met amputatie van de rechtspraak op een vitaal onderdeel. Zij kan nog werken maar je moet niet vragen hoe.'

Terwijl ik voor u heb ontvouwd dat het hoger beroep tegen een (eerste) rechterlijk oordeel beantwoordt aan een diep menselijke behoefte en dat het als het ware noodzakelijk is (1) daar waar de eerste beslissing op zo gebrekkige wijze tot stand is gekomen, dat de verliezer zich onbehoorlijk behandeld moet voelen en (2) waar individuele belangen van betekenis op het spel staan, zou ik nu op dat laatste nog even willen voortborduren in het kader van het strafrecht. Daar gaat het er altijd over of aan iemand iets van hemzelf ontnomen moet worden wegens het begaan van een strafbaar feit. De reeks in afnemende mate en in tijdloos verband: ontnemen van leven, integriteit van lichaam en geest, ontnemen van vrijheid, ontnemen van bezit. Doodstraf kennen wij niet meer, foltering is verboden, maar of daar ook de geestelijke foltering onder valt weet ik niet. Het is duidelijk dat in al deze gevallen belangen van het individu op het spel staan en dat alleen waar het gaat over afneming van bezit (geldboetes enz.) de vraag kan rijzen of het belang wel zodanig is dat het de mogelijkheid van hoger beroep nodig maakt. Nu is een gulden voor A minder dan voor B en in zoverre is het belang moeilijk objectief vast te leggen. Toch zou ik willen zeggen, dat in onze geld-maatschappij zeker ook in de toekomst een bepaald minimum aan geld, dat men als boete verspeelt, buiten de werkelijk zwaarwegende belangen van het individu valt. Dat minimum kan naar mijn smaak dus zeker worden opgetrokken. Maar daar waar vrijheidsontneming, al dan niet voorwaardelijk, wordt opgelegd, moet altijd de mogelijkheid van protest/hoger beroep openstaan. Overigens begrijp ik niet waarom niet serieus wordt genomen het voorstel om twee soorten van hoger beroep in te stellen: appeal against conviction en appeal against sentence. de scheiding kan, mits uitsluitend in hoger beroep toegepast, veel tijd en veel kosten uitsparen en doet toch niemand onrecht.

Het hoger beroep is er in de eerste plaats voor het individu dat met de rechtspraak te maken krijgt zoals cassatie er in de eerste plaats is voor de ontwikkeling van het recht en voor de eenheid van het recht. Dat betekent echter niet dat het hoger beroep ook geen algemene belangen zou dienen. Een ervan, vooral spelend in het civielrecht, vind ik altijd nog het mooist tot uitdrukking gebracht in het adagium: le droit accroit en plaidant. Geleidelijk, al procederend, komt de zaak in een helder licht te staan. Mijn ervaring is dat de 'voorbewerking' van een ingewikkelde, verwarde en veelkoppige zaak waarbij de advocaten, zeker die van de zwak staande partij, er belang bij hebben het zicht op de werkelijkheid wat te verduisteren, een voorbewerking die gebeurt in eerste aanleg, in veel opzichten het moeilijkste rechterlijke werk is en, ongeacht de juistheid van de daarop volgende beslissing, de weg effent voor een duidelijke uitspraak over duidelijke punten in hoger beroep. Wie in cassatie een civiele zaak van het begin tot het einde doorneemt, zonder stiekem nu en dan te kijken hoe het afloopt, krijgt ten koste van veel tijd een prachtig beeld, maar zal dan ook merken, hoeveel er onderweg van de wagen is gevallen, meestal aan onnutte ballast, soms ook aan wat waardevol was zonder dat het als zodanig werd onderkend. Door die voor-arbeid in eerste aanleg kan de beroepsrechter zich beperken, kan hij bij het nu heldere licht dat op de zaak valt, de inspiratie krijgen tot een beslissing die de rechts-

ontwikkeling dient, ook al zou dat in cassatie niet gevolgd worden. De bij bijna alle rechters sterk levende idee, dat zij niet met wetenschap bezig zijn, maar met praktische dingen: het beslissen van conflicten op een zo goed mogelijke manier, neemt niet weg dat zij, zeker als de wegen geruimd zijn, verdere horizonten tegemoet kunnen reizen dan op hun spoorboekje staan aangegeven.

Wat het strafrecht betreft zou ik alleen nog willen benadrukken, dat de hoven eigenlijk de vijf pieken zijn waar de strafmaat samenkomt. Het is natuurlijk zo, dat de mate van bestraffing niet aan strikte regels kan worden onderworpen, omdat daarbij de omstandigheden van het geval en de persoon van de dader/omgeving een rol moeten spelen. Maar zolang men niet voelt voor een kamer van straftoemeting (die desnoods een coproduktie van de vijf hoven zou kunnen zijn) zal het toch van enorm belang zijn dat de gegevens van die vijf pieken op ruime schaal worden uitgewisseld om tot een overeenkomstig *uitgangspunt* te kunnen komen. De Hoge Raad speelt op dit gebied eigenlijk geen enkele rol.

Er zijn twee soorten van rechtsregels, wier waarde op de proef wordt gesteld wanneer men zich hun tegendeel voorstelt.

Eerste soort: de verdachte heeft recht op een fair proces (art. 6 EVRM). We draaien het om: de verdachte moet genoegen nemen met een unfair=oneerlijk proces. Dat is dus onzin. De regel heeft geen waarde dan alleen deze dat vervolgens moet worden uitgemaakt wanneer een proces jegens de verdachte nog fair is. En het blijkt dat men dan bijna zo ver kan gaan als men (dat zijn de wetgever en de rechters) wil. Als ik een met veel macht toegerust lid van het O.M. hoor verklaren dat tegenover onorthodoxe misdaad-organisaties onorthodoxe opsporingsmiddelen moeten staan, dan zeg ik: nee. Want ze mogen niet gebruikt worden als ze onbehoorlijk zijn. Tweede soort van omkering: de koper moet de koopprijs van het gekochte betalen. Keer het om en de regel zou luiden: de koper hoeft de koopsom van het gekochte niet te betalen. Ook dat is vreemd maar wij zeggen niet dat het onzinnig is. Er zijn gevallen denkbaar en in werkelijkheid aanwezig waarin de koper niet behoeft te betalen. Maar die moeten dan als uitzondering op de vanzelfsprekende regel niet alleen in de wet staan maar ook als uitzondering op goede gronden verdedigbaar zijn.

Een regel als: *van een beslissing, in eerste aanleg gegeven, staat aan de verliezende partij hoger beroep open* behoort niet tot de eerste categorie. Omkering levert geen onzin op. Maar wel een vreemd effect, dat verklaring behoeft en wettelijk fundament. Niet alleen het laatste. De gevallen waarin geen hoger beroep openstaat moeten van dien aard zijn dat de geïnteresseerde beschouwer zegt: dat begrijp ik. Als van belangrijke zaken als onteigening meestal geen hoger beroep openstaat dan begrijp ik dat omdat het bijna alleen gaat over de vraag van de schadevergoeding en over deze een advies van deskundigen noodzakelijk is. Als van toelaatbaarverklaring van uitlevering geen hoger beroep mogelijk is dan begrijp ik dat omdat het geen echte strafzaak is maar een strafzaak in den vreemde mogelijk maakt, althans niet verhindert. Er zijn landen waarbij de rechter er in zulke gevallen helemaal niet aan te pas komt. Maar als in vreemdelingenzaken het hoger beroep wordt uitgesloten dan begrijp ik daar niks van.

In 1985 bestond de Katholieke Radio Omroep zestig jaar. Er werd een mooi gedenkboek uitgebracht geschreven door de omstreeks 1990 overleden Nijmeegse historicus A. Manning. Het boek werd mij toegestuurd met de aanbeveling speciaal bladzijde 212 te lezen. Ik citeer:

'In 1957 schreef de KRO opnieuw een prijsvraag voor hoorspelen uit. Winnaar daarvan werd mr. Mattheus Verdaasdonk met: *De deur van het veerhuis staat altijd open*, gevolgd door Jan Leyten met: *Geen hoger beroep voor U*. Bij die gelegenheid zonden ook Jan Derks, Walter Breedveld, Louis Povel, Bernard Verhoeven, Paul Haimon en Helene Swildens werk in'.

Met zo'n titel mag je, denk ik, ook geen eerste prijs winnen. Maar wat die titel van een hoorspel, waarvan ik me helemaal niets meer kan herinneren, wel aangeeft, is dat het een wonderlijke zaak is, die de aandacht trekt, als aan iemand het recht op hoger beroep, op de volledige Schutz der Gesetze, wordt onthouden.

Ik ben tot de ontdekking gekomen dat ik in veel opzichten een oerconservatief mens ben geworden. Ik wil alsmaar behouden wat anderen met grote ijver en – helaas – veel resultaat willen opdoeken. Ik hoor tot de generatie die in haar vroege jeugd de oorlog heeft meegemaakt en daarmee het schrijnende onrecht dat ons toen als recht werd voorgeschoteld. De weerlozen moesten het ontgelden. Vormen van proces ontbraken vaak. Niet snel zal ik daarom zeggen dat nu bij ons de rechtsstaat wordt bedreigd. Maar zulke dingen gaan aanvankelijk sluipend hun gang. Ook te goeder trouw kan men er aan meewerken. Verzet, een figuur die in het proces misschien wel gemist kan worden, moet worden geboden. Flarden van een gedicht uit die tijd spoken door mijn hoofd: 'een van de groten, een van de voornamen', die tot het bitter einde weerstand bood. Ik voel mij groot noch voornaam maar hoop tot het bittere einde weerstand te blijven bieden aan al wie en alles wat het gebouw van recht en rechtspraak, uit eenvoudige maar deugdelijke steen opgetrokken, probeert aan te tasten. Het gebouw heeft een parterre en twee verdiepingen, maar de tweede, de zolder is moeilijk bereikbaar. Laten wij de eerste verdieping, een gek woord voor iets wat hoog ligt, met zorg en vlijt, met aandacht en bescheidenheid maar ook zelfverzekerd in stand houden. Onze kinderen en kleinkinderen zullen dan in de avond rond de moederboom op het marktplein uitrustend van gedane arbeid zich herinneren: ze deden veel fout, die oudjes van ons, maar hierin waren ze goed.

30. Wetstrouw of gerechtigheid? II

Ontslag wegens (verzwegen) zwangerschap

NJ 1992, 672

Waar gaat het in cassatie in deze zaak over?

Over de vraag of een werkneemster bij haar sollicitatie – ook ongevraagd – moet meedelen, dat zij in verwachting is (dat als het ware in haar curriculum vitae moet opnemen) en dat zij – zoals de kantonrechter 'geheel ten overvloede' in zijn beschikking overwoog – onrechtmatig handelt, als ze dat niet doet?

Een minister van Sociale Zaken heeft verklaard dat hij er zich in kon vinden dat de werkneemster in zo'n situatie haar zwangerschap niet zou openbaren. Er is gesproken over het liegrecht van de sollicitante en misschien zou men kunnen opmerken dat van een man ook niet verwacht wordt dat hij als sollicitant aan het licht brengt dat en wanneer hij desnoods op dicht bij elkaar gelegen tijdstippen een of meer kinderen heeft verwekt hoewel ook dat voor de werksituatie meer en meer van belang kan zijn. Citaat uit Asser-De Leede, Bijzondere Overeenkomsten, Arbeidsovereenkomst, 6e druk 1988, nr. 283:

> In art. 1637*ij* is aan de werkgever verboden bij het aangaan van een arbeidsovereenkomst onderscheid te maken tussen mannen en vrouwen. Dit verbod brengt m.i. met zich mede, dat bepaalde vragen tijdens het sollicitatiegesprek, zoals de vraag aan een vrouw of zij zwanger is, niet mogen worden gesteld. Doet de (potentiële) werkgever dat toch, dan lijkt het mij geoorloofd dat de vrouw zo'n vraag ontkennend beantwoordt, ook al is dat in strijd met de waarheid.

Nee, als dat de vraag was waar het om ging zou ik er geen schijn van moeite mee hebben. Juist het feit dat deze vraag in ieder geval niet rechtstreeks ter sprake kan worden gebracht in dit geding, maakt de zaak zo triest en onbevredigend.

Maar gaat het dan wellicht over de vraag of er, wanneer door het uitblijven van de bekendmaking bij de sollicitatie later bij het wel bekend worden daarvan een zodanige verstoring kan optreden in de relatie tussen werkgever en werkneemster, dat er sprake is van verandering in de omstandigheden, welke van dien aard is dat de dienstbetrekking billijkheidshalve dadelijk of na korte tijd behoort te eindigen. Met als gevolg: ontbinding van de arbeidsovereenkomst met of zonder toekenning van een vergoeding aan een der partijen op de voet van art. 1639*w* BW?

Nee, want zoals we zullen zien zijn dat nu juist vragen wier beslissing door de kantonrechter niet aan verder rechterlijk debat mag worden blootgesteld. Althans zo legt de Hoge Raad de strekking van het elfde lid van art. 1639*w* BW uit.

Of gaat het over de vraag of de vergoeding, waarover ik het zojuist had, in een geval als het onderhavige, wanneer ontbinding volgt, moet worden toegekend aan de werkneemster, omdat die ontbinding op gespannen voet staat met de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in het arbeidsrecht?

Nee, want ook de vraag naar de *gevolgen* van het aannemen door de kantonrechter van gewichtige reden en van ontbinding deswege van de arbeidsovereenkomst, onttrekt zich aan hogere voorziening.

Of gaat het 'alleen maar' over de processuele vraag of hoger beroep en vervolgens cassatie tegen deze beschikking ondanks de bepaling van lid 11 van art. 1639*w* BW misschien toch openstaat?

Inderdaad om die laatste vraag gaat het, nu Woesthoff van de beschikking van de kantonrechter, waarbij op grond van het niet meedelen van de zwangerschap en nog een omstandigheid, die in cassatie geen rol speelt, verandering in omstandigheden is aangenomen, die tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst moet leiden met bepaling dat er geen schadevergoeding aan Woesthoff wordt toegekend, ondanks lid 11 van art. 1639*w* BW in hoger beroep is gekomen en de rechtbank in hoger beroep Woesthoff in haar appel op grond van die bepaling niet-ontvankelijk heeft verklaard.

Er zijn naar vaste rechtspraak – men vindt acht beschikkingen vermeld op p. 4 van het verweerschrift in cassatie – drie gronden waarom hoger beroep zowel als beroep in cassatie in een zaak van deze soort mogelijk zijn ondanks het categorisch verbod neergelegd in lid 11 van meergenoemd artikel.

A. De kantonrechter heeft art. 1639*w* BW niet van toepassing geoordeeld. In hoger beroep kan men er dan over klagen, dat hij dat wel had moeten doen. Wie daar dan volgens de appelrechter ten onrechte over klaagt is eigenlijk wel ontvankelijk in zijn hoger beroep maar de rechtbank zal dan de beschikking van de kantonrechter, houdende niet-ontvankelijkverklaring, bekrachtigen. Wie echter terecht heeft geklaagd, wordt met vernietiging van de beschikking van de kantonrechter, alsnog ontvankelijk verklaard in zijn verzoek.

Ik behoef hier niet verder op door te gaan, omdat deze grond voor hoger beroep niet van belang is in dit geding.

B. De kantonrechter heeft art. 1639*w* BW van toepassing geacht. In hoger beroep kan men over de – al dan niet stilzwijgende – ontvankelijkverklaring van de verzoeker klagen. De klacht komt er dan op neer, dat in dit geval die toepassing niet had *mogen* plaatsvinden. Bijvoorbeeld omdat er a. geen sprake was van een arbeidsovereenkomst of b. geen sprake *meer* was van een arbeidsovereenkomst of c. omdat in een of sommige gevallen, hoewel er sprake is van een bestaande arbeidsovereenkomst, de ontbinding toch niet mag worden uitgesproken. Zou art. 1639*w* BW een twaalfde lid kennen, zo ongeveer luidende:

> Ontbinding van een arbeidsovereenkomst op verzoek van de werkgever is niet mogelijk op grond dat de werkneemster bij de aanvang van de overeenkomst in verwachting is of tijdens de arbeidsovereenkomst in verwachting is geraakt, of:
> als verandering in omstandigheden in de zin van dit artikel wordt niet aangemerkt het bekend geraken van de werkgever met het feit dat de werkneemster bij de aanvang van de overeenkomst in verwachting was of tijdens de duur daarvan in verwachting is geraakt

dan zou een kantonrechter bij een verzoek tot ontbinding van dearbeidsovereenkomst door de werkgever op zulk een grond deze in dat verzoek niet-ontvankelijk moeten verklaren en zo hij dat niet zou doen, zou in zoverre van zijn beslissing hoger beroep wel openstaan omdat hij door zijn beslissing buiten het toepassingsgebied was getreden van dat art. 1639*w* BW. Dat hoger beroep zou, normaal gesproken, slagen en dat zou als gevolg hebben dat na vernietiging van de beschikking van de kantonrechter, de werkgever alsnog in zijn verzoek niet-ontvankelijk zou worden verklaard. In deze zaak speelt de hier opgestelde juris-

prudentieregel een rol, echter niet in een van de onder a en b genoemde verschijningsvormen, want dat er toen de kantonrechter de overeenkomst ontbond, een arbeidsovereenkomst bestond, staat vast. Ook kan vastgesteld worden, dat de tekst van de wettelijke bepaling neergelegd in art. 1639*w* BW *steeds* ontbinding toelaat van een bestaande arbeidsovereenkomst als er sprake is van gewichtige redenen in de vorm van hetzij dringende redenen als bedoeld bij art. 1639*o* BW hetzij verandering in omstandigheden. Met andere woorden: gevallen als onder c bedoeld moeten, als zij er zijn, ergens anders vandaan gehaald worden.

Het door Woesthoff in deze procedure ingenomen standpunt komt dan ook hierop neer, dat zo art. 1637*ij* BW in een geval als het onderhavige de ontbinding van de arbeidsovereenkomst al niet verbiedt (middel vier) de bevoegdheid van de kantonrechter tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst in ieder geval wel beperkt wordt door in Nederland toepasselijke internationale wetgeving, in het bijzonder door art. 5 Tweede Richtlijn van de EEG nr. 76/207, waarvan ik hier de tekst laat volgen:

1. De toepassing van het beginsel van gelijke behandeling met betrekking tot de arbeidsvoorwaarden, met inbegrip van de ontslagvoorwaarden, houdt in dat voor mannen en vrouwen dezelfde voorwaarden gelden, zonder discriminatie op grond van geslacht.
2. Te dien einde nemen de Lid-Staten de nodige maatregelen om te bereiken dat
   a. de wettelijke en bestuursrechtelijke bepalingen die in strijd zijn met het beginsel van gelijke behandeling worden ingetrokken.
   b. de bepalingen in collectieve of individuele arbeidsovereenkomsten, in arbeidsreglementen van bedrijven alsmede in de statuten van vrije beroepen, welke strijdig zijn met het beginsel van gelijke behandeling, nietig kunnen worden verklaard of gewijzigd kunnen worden.
   c. de wettelijke of bestuursrechtelijke bepalingen worden herzien die strijdig zijn met het beginsel van gelijke behandeling en die aanvankelijk werden gemotiveerd door beschermende bedoelingen welke niet meer gefundeerd zijn; dat voor soortgelijke contractuele bepalingen de sociale partners worden aangezet om tot de gewenste herziening over te gaan.

C. Bij zijn beslissing heeft de kantonrechter het in acht nemen van zo essentiële vormen verzuimd, dat van een eerlijk en onpartijdig proces niet meer kan worden gesproken.

In cassatie wordt een tweesoortig beroep op deze, hoger beroep mogelijk makende, jurisprudentieregel gedaan:

a. de kantonrechter heeft twee fundamentele rechtsbeginselen: effectieve rechterlijke controle op naleving van de aanspraak van de vrouw op gelijke behandeling, en: geen discriminatoire beëindiging van de arbeidsovereenkomst, geschonden.
b. de kantonrechter heeft het beginsel van hoor en wederhoor geschonden, omdat hij heeft geweigerd toe te staan dat het rapport van de Commissie gelijke behandeling in de procedure vanwege Woesthoff in het geding werd gebracht en omdat hij de inhoud van dat rapport niet in zijn overwegingen heeft betrokken.

Verzuim van essentiële vormen is niet hetzelfde als schending van fundamentele rechtsbeginselen, en dat laatste is niet noodzakelijk in het eerste begrepen.

De Hoge Raad doelt hier duidelijk op een procedureregel: er moet aan de beslissing, of die nu goed of fout is, een proces zijn voorafgegaan, waarin zich geen essentiële vormverzuimen hebben voorgedaan die het proces tot een non-proces maken. Men kan bovendien ook nog van

een vormverzuim spreken als in vonnis of beschikking de weg die tot de beslissing leidt: de motivering, ontbreekt dan wel onbegrijpelijk of ongenoegzaam is.

Waar deze regel niet op slaat is op de desnoods falikant verkeerde inhoud van de beslissing en van de overwegingen die daartoe hebben geleid.

Opheffing van de uitsluiting van hoger beroep voor het geval de uitkomst *apert* onredelijk is (omdat een fundamenteel rechtsbeginsel is geschonden)

en, daarmee, handhaving van die uitsluiting voor het geval de uitkomst *gewoon* onredelijk is (omdat een gewone regel van recht niet in acht is genomen)

is niet alleen een onhaalbare maar ook een onwenselijke zaak, want als die mogelijkheid enerzijds en de distinctie anderzijds bestond zouden de civiele appelrechters in alle gevallen, waarin de wet hoger beroep uitsluit, voor de volgende beslissingen komen te staan:

I. heeft de eerste rechter een goede, althans niet onjuiste beslissing genomen, en zo nee
II. is de beslissing dan niet alleen onjuist, maar
III. zo onjuist, zo fundamenteel verkeerd, dat om ze omver te werpen, hoger beroep wordt opengesteld.

Onderzoeken we de motivering van een beslissing. Zo'n beslissing kan:

1. goed, althans niet onjuist gemotiveerd zijn,
2. slecht, immers onjuist gemotiveerd zijn, maar toch tot een goede uitkomst leiden: 2 + 2 = 4 maar niet omdat optelling van gelijke getallen altijd 4 oplevert,
3. slecht, immers onjuist gemotiveerd zijn met een dienovereenkomstige foutieve uitkomst,
4. onvoldoende of onbegrijpelijk gemotiveerd zijn,
5. in het geheel niet gemotiveerd zijn.

In de gevallen 1, 2 en 3 is er niet, in die van 4 en 5 wel sprake van een vormverzuim. Bij 1, 2 en 3 immers gaat het om de verwerving van de materiële beslissing, bij 4 en 5 om de aanvaardbaarheid van de bouwstenen voor de beslissing of om de aanvaardbaarheid van het ontbreken daarvan. Een ongemotiveerde beslissing kan heel goed zijn. Het ontbreken van motivering speelt geen noodzakelijk causaal verband ten aanzien van de kwaliteit van de beslissing. Nu kan ook een slecht gemotiveerde beslissing nog goed zijn (zie hiervoor onder 2) maar dat is toeval. De Hoge Raad is van oordeel dat zelfs het vormverzuim onder 5 niet zo essentieel is, dat dientengevolge van de beslissing hoger beroep openstaat wegens verzuim van zo essentiële vormen, dat er eigenlijk in eerste aanleg nog geen echt proces is geweest. Hoewel ik dat zelf indertijd heb bestreden, sta ik er nu achter om de hiervoor opgegeven reden. In het strafproces kennen wij als wettig en wettelijk het stempelvonnis, waaraan elke serieuze motivering ontbreekt. Maar als de verdachte veroordeeld zou worden zonder gedagvaard of opgeroepen te zijn, zou het stempelvonnis er wel aangaan, want dan is het beginsel van hoor en wederhoor geschonden en dat is een essentiële vorm.

Ik meen daarom dat het er voor ons probleem niet toe doet dat en in welke mate er sprake is van materiële klachten betrekking hebbend op fundamentele beginselen. Zij kunnen ook bij gegrondbevinding er niet toe leiden dat hoger beroep mogelijk wordt. Daarom kunnen de schendingen van fundamentele beginselen hiervoor onder a opgenomen niet op een lijn gesteld worden met de gestelde schending van het beginsel van hoor en wederhoor als onder b genoemd.

Nog een punt, min of meer vooraf. Men kan verdedigen, dat het onthouden van hoger beroep in 1639*w* BW-procedures, die zowel ideologisch als materieel zo enorm ingrijpend (kunnen) zijn en die in zo hoge mate een contentieus karakter hebben, een zo geweldige fout en volgehouden verzuim van de wetgever

oplevert, dat met een beetje steun van art. 6 EVRM (maar zonder de steun van art. 14 lid 5 Internationaal Verdrag inzake burgerrechten en politieke rechten (IVBP), dat alleen ziet op strafrechtelijke vervolging) toch maar zij het contra legem moet worden gegaan en in alle gevallen hoger beroep moet worden open gesteld. Hoezeer ik ook meen dat de wetgever hoger beroep behoort open te stellen en wel zo spoedig mogelijk, omdat de uitsluiting daarvan tot grote onrechtvaardigheid leidt, zou ik mij toch falikant tegen verklaren als de rechtspraak het initiatief in eigen handen nam. En het is duidelijk dat ook de Hoge Raad aan een zo drastische ingreep niet denkt, want het zou volstrekt onnodig zijn een zo ingewikkeld systeem van beroepsmogelijkheden in uitzonderingsgevallen te scheppen en in stand te houden als elk hoger beroep al zonder meer ontvankelijk was. Maar ik ben het wel totaal oneens met J.J. Groen, Rechterlijke ontbinding van de arbeidsovereenkomst, diss. Nijmegen 1989, die op uiterst zwakke, onderscheidenlijk puur theoretische gronden: '– 'geen rechtsgeschil maar een arbitrale belangenbeslissing' (p. 183), alsof dat, als het al waar was, er ook maar ene biet toe zou doen. – de bestaande regeling toejuicht. Het is juist de onredelijkheid van deze uitsluiting, die iedereen die het recht en de rechtspraak toch nog een beetje koppelt aan rechtvaardigheid, in een zaak als deze doet zoeken naar een weinig voor de hand liggende andere oplossing dan die waarvoor de rechtbank – mijns inziens op goede gronden – heeft gemeend te moeten kiezen. Iets van die onbevredigdheid klinkt zelfs door in het verweerschrift in cassatie.

Ik ga nu over tot weergave van wat in de procedure zoal is gebeurd:

De huidige verweerster in cassatie – Intershow – heeft zich bij verzoekschrift tot de kantonrechter te Hilversum gewend met verzoek de arbeidsovereenkomst wegens gewichtige redenen bestaande in verandering van omstandigheden te ontbinden. De verzoekster van cassatie heeft zich tegen de ontbinding verzet en, subs. voor het geval de kantonrechter het verzoek zou toewijzen, de veroordeling van Intershow gevraagd tot betaling van een vergoeding van f 10 000 wegens immateriële schade alsmede zes maanden bruto salaris enz.

De kantonrechter heeft ter zitting van 26 april 1990 de verzoekster en Intershow gehoord. Bij brief gedateerd 7 mei 1990 heeft de raadsvrouw van de verzoekster aan de kantonrechter toegezonden een brief van de Commissie gelijke behandeling m/v (van 2 mei 1990) met het vriendelijk verzoek het oordeel der commissie inzake directe discriminatie door Intershow b.v. bij Uw besluitvorming te willen betrekken, zoals ik reeds in mijn verweerschrift namens Mw. Woesthoff vermeldde. Zodra ik de volledige zienswijze der Commissie in mijn bezit heb zend ik U een kopie.

De beslissing zelf van de commissie is gedateerd: 8 mei 1990 en partijen zijn door de commissie voorafgaand daaraan gehoord op 2 mei 1990. De commissie spreekt in de beslissing als haar oordeel uit dat Intershow BV te Hilversum onderscheid naar geslacht heeft gemaakt jegens mevr. P. Woesthoff uit Huizen en daarmee in strijd heeft gehandeld met art. 1637*ij* lid 1 BW. Die conclusie was in de brief van 2 mei 1990 van de commissie aan de advocaat van verzoekster ook reeds meegedeeld.

De kantonrechter heeft zijn beschikking gegeven op 9 mei 1990 en daarbij de arbeidsovereenkomst tussen partijen wegens verandering in de omstandigheden ontbonden met ingang van 15 mei 1990.

Daartoe overwoog de kantonrechter (de cijfers zijn door mij aangebracht):

1. Gelet op het feit, dat tussen partijen vaststaat, dat er wel een proeftijd is overeengekomen – zij het niet rechtsgeldig (3 maanden) – en het feit dat de arbeidsrelatie ernstig is verstoord, na-

dat gerequestreerde op 17 jan. 1990 (17 dagen na de datum van haar indiensttreding bij verzoekster) voor het eerst heeft melding gemaakt, dat zij in verwachting was (de uitgerekende bevallingsdatum zou 28 mei 1990 zijn) is er zeer zeker sprake van een dermate verandering in de omstandigheden, dat de arbeidsovereenkomst tussen partijen op korte termijn dient te worden ontbonden.

2. Geheel ten overvloede, deelt de kantonrechter mede, dat een werkneemster, die tijdens dienstverband in verwachting geraakt terecht een ontslagbescherming geniet, doch dit laat onverlet, dat een werkneemster, die bij een sollicitatie niet vermeldt, dat zij ongeveer 3 maanden in verwachting is – zoals in casu verweerster – jegens de werkgeefster onrechtmatig handelde (zij had zulks – bij wijze van spreken – in het (te verwachten) curriculum vitae dienen te vermelden).
3. De kantonrechter wijst er ten overvloede ook nog op, dat verweerster – blijkens haar curriculum vitae – niet alleen vanaf 1972 juridische ervaring opdeed, als secretaresse op een advocatenkantoor, maar nadien ook werkzaam is geweest op een rechtswinkel, zodat zij zich moet hebben gerealiseerd, dat de proeftijd wel was overeengekomen, zij het dat deze door verzoekster een maand te lang was gesteld.
4. De kantonrechter acht geen termen aanwezig enige vergoeding toe te kennen, doch acht wel termen aanwezig de proceskosten te compenseren enz.

Ik merk op dat uit de beschikking van de kantonrechter niet blijkt dat hij heeft gelet op de brief of de beslissing van de Commissie gelijke behandeling.

Van deze beschikking van de kantonrechter is de verzoekster in appel gekomen bij de Rechtbank te Amsterdam bij op 23 mei 1990 ter griffie van de rechtbank binnengekomen beroepschrift.

In dat beroepschrift worden grieven opgeworpen die ik samengevat weergeef:

grief 1: De kantonrechter heeft verzuimd in zijn beschikking te vermelden dat een beslissing van de Commissie gelijke behandeling aan hem is overgelegd en heeft ook niet aangegeven waarom hij van het oordeel van die commissie is afgeweken.

grief 2: De kantonrechter had bij de ontbinding van de arbeidsovereenkomst aan de verzoekster een vergoeding toe moeten kennen.

grief 3: De kantonrechter is er ten onrechte van uitgegaan dat er tussen partijen een proeftijd heeft vastgestaan.

grief 4: Tussen partijen is niet als vaststaand geaccepteerd dat er wel sprake was van een geldige proeftijd.

grief 5: Ten onrechte stelt de kantonrechter dat een werkneemster die bij de sollicitatie verzuimt te vermelden dat zij in verwachting is daardoor jegens haar werkgeefster onrechtmatig handelt.

grief 6: De kantonrechter stelt ten onrechte dat de verzoekster haar zwangerschap in het curriculum vitae had moeten vermelden.

grief 7: Ten onrechte stelt de kantonrechter dat alleen de werkneemster die tijdens een dienstverband in verwachting raakt ontslagbescherming verdient.

grief 8: Onbegrijpelijk is de overweging van de kantonrechter over de reden van verstoring van de arbeidsrelatie in de hiervoor overgenomen overweging onder 1.

Er zijn later, mondeling, nog twee grieven aangevoerd, waarvan de eerste – 1a – inhoudt dat de kantonrechter het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden door de beslissing van de Commissie gelijke behandeling te negeren, terwijl de laatste – grief 9 – zich tegen de beschikking van de kantonrechter in haar geheel richt.

Intershow heeft zich bij verweer-

schrift van 27 juni 1990 beroepen op de niet-ontvankelijkheid van het door de verzoekster ingestelde hoger beroep en vervolgens de tien grieven bestreden. Op 29 juni 1990 zijn partijen door de rechtbank gehoord. Er zijn door beide raadslieden pleitaantekeningen overgelegd.

Bij beschikking van 3 okt. 1990 heeft de rechtbank de verzoekster niet-ontvankelijk verklaard in haar hoger beroep. Zij overwoog daartoe onder meer:

5. Woesthoff vordert in hoger beroep de beschikking van de kantonrechter van 9 mei 1990 te vernietigen.

Het hoger beroep richt zich daarmee tegen een beschikking van de kantonrechter krachtens art. 1639*w* BW. Ingevolge het bepaalde in het elfde lid van dat artikel staat van een zodanige beschikking echter geen hoger beroep open.

Hoger beroep is alleen ontvankelijk voorzover er met succes over wordt geklaagd dat het artikel ten onrechte dan wel met verzuim van essentiële vormen is toegepast en dit laatste alleen wanneer een zo fundamenteel rechtsbeginsel is veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.

6. Woesthoff heeft als toelichting op haar grieven aangevoerd dat de Commissie gelijke behandeling van mannen en vrouwen bij de arbeid (hierna de commissie te noemen) als haar oordeel heeft uitgesproken dat Intershow onderscheid naar geslacht heeft gemaakt jegens Woesthoff en daarmee in strijd heeft gehandeld met art. 1637*ij* lid 1 BW.

Zij verwijt de kantonrechter dat hij dit oordeel, door de commissie aan de procureurs van partijen aangekondigd bij brief van 2 mei en vastgesteld op 8 mei 1990, niet in zijn overwegingen heeft betrokken.

7. Over de bevoegdheid van de commissie ingeval van een ontbinding op grond van art. 1639*w* BW is in de memorie van toelichting bij de wijziging van de Wet gelijke behandeling van mannen en vrouwen en een aantal andere wetten en wetsbepalingen op dat terrein onder meer opgemerkt dat:

'de Commissie uiteraard niet kan treden in de vraag of er al dan niet sprake is van gewichtige redenen als bedoeld in art. 1639*w* BW, maar dat de commissie wel bevoegd is te oordelen of de werkgever met de indiening van het verzoek tot ontbinding onderscheid maakt tussen mannen en vrouwen' (Tweede Kamer, vergaderjaar 1986-1987, 19908, nr. 3, p. 25). Zou komen vast te staan dat de werkgever het in art. 1637*ij* BW neergelegde beginsel van gelijke behandeling heeft geschonden, dan kan dit – aldus die memorie van toelichting, p. 24 – 'tot uitdrukking komen in een aan die werkgever op te leggen schadeloosstelling'.

De regel van art. 1637*ij* BW mist volgens diezelfde memorie van toelichting, p. 24, bij een ontbindingsprocedure rechtstreekse toepassing, zij het dat de rechter bij het beoordelen van de aangevoerde gewichtige redenen 'terdege rekening kan houden en veelal ook behoort te houden met het in de wet neergelegde beginsel van gelijke behandeling'.

De bevoegdheid van de kantonrechter om een ontbindingsverzoek in te willigen ingeval met de indiening daarvan een verboden onderscheid zou worden gemaakt is echter niet – zoals bijvoorbeeld in het enigszins vergelijkbare geval van art. 21 lid 5 Wet op de ondernemingsraden – in de wet beperkt.

8. Hieruit volgt enz. (zie verderop in deze conclusie).

Bij op 30 nov. 1990 ingekomen verzoekschrift in cassatie heeft de verzoekster vijf middelen van cassatie voorgesteld met conclusie de beschikking van de

rechtbank te vernietigen en verzoekster alsnog ontvankelijk te verklaren in haar hoger beroep. Tevens wordt verzocht aan het EG-Gerechtshof een drietal prejudiciële vragen te stellen.

De middelen houden in:

middel 1: Ten onrechte heeft de rechtbank verzoekster niet-ontvankelijk verklaard in haar hoger beroep. Dit middel richt zich tegen de hele inhoud van de bestreden beschikking van de rechtbank.

middel 2: Ten onrechte overweegt de rechtbank in r.o. 7 dat de bevoegdheid van de kantonrechter om een ontbindingsverzoek in te willigen in geval met de indiening daarvan een verboden onderscheid zou worden gemaakt niet in de wet is beperkt.

middel 3: Ten onrechte overwoog de rechtbank in r.o. 9 dat evenmin kan worden gezegd dat de kantonrechter een zo fundamenteel rechtsbeginsel heeft veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.

middel 4: Ten onrechte overwoog de rechtbank in r.o. 8 dat de omstandigheid dat de verzoekster aan de Commissie om een onderzoek had gevraagd er niet aan in de weg stond dat de kantonrechter tot toepassing van art. 1639 BW overging.

middel 5: Ten onrechte heeft de rechtbank in r.o. 9 overwogen dat het beginsel van hoor en wederhoor door de kantonrechter niet is geschonden.

Mr. E. van Staden ten Brink heeft bij verweerschrift de middelen en het verzoek om prejudiciële vragen te stellen aan het Hof te Luxemburg tegengesproken.

Ik kom nu toe aan een bespreking van de middelen. Het *eerste middel* behoeft geen afzonderlijke bespreking. De juistheid ervan is afhankelijk van het lot van de andere middelen.

In het *tweede middel* wordt betoogd, althans zo vat ik het op, dat Woesthoff door de rechtbank in haar hoger beroep wel ontvankelijk had moeten worden verklaard. Weliswaar, aldus het middel, werd de kantonrechter in zijn bevoegdheid om de arbeidsovereenkomst tussen partijen te ontbinden op voet van art. 1639*w* BW niet beperkt door de Nederlandse wetgeving, maar toch is de kantonrechter, het verzoekschrift van Intershow in behandeling nemend, buiten het toepassingsgebied van dat artikel getreden in het bijzonder op grond van het bepaalde in het hiervoor geciteerde art. 5 Tweede Europese Richtlijn nr. 76/207. Zie ook wat ik in deze conclusie over deze figuur onder B heb opgenomen.

Wat mij opvalt is, dat in dit middel de redenering van de rechtbank inzake de verhouding van art. 1637*ij* en 1639*w* BW niet meer wordt aangevallen en schijnbaar zelfs aanvaard, terwijl in het vierde middel toch weer een klacht over die verhouding wordt geponeerd, zij het dat die klacht op geen enkele wijze is uitgewerkt. Ik kom daar uiteraard op terug. In haar beschikking heeft de rechtbank onder meer vastgesteld:

> 8. Hieruit volgt dat de omstandigheid dat door Woesthoff aan de Commissie om een onderzoek was gevraagd over de vraag of Intershow jegens haar onderscheid heeft gemaakt in strijd met art. 1637*ij* BW respectievelijk de Wet gelijke behandeling mannen en vrouwen er niet aan in de weg stond dat de kantonrechter tot toepassing van art. 1639*w* overging.
>
> Gelet op de hiervoor weergegeven wetsgeschiedenis kan niet worden gezegd dat de kantonrechter door geen rekening te houden met (de resultaten van) het onderzoek door de commissie art. 1639*w* ten onrechte heeft toegepast.

Deze overwegingen worden in dit middel slechts in zoverre bestreden, dat de rechtbank bij haar beantwoording van de vraag of de kantonrechter, Intershow ontvankelijk verklarend, ten onrechte art.

1639*w* BW van toepassing had verklaard, deze beslissing ook aan internationale regelgeving had moeten toetsen en wel aan die Tweede Richtlijn.

Art. 1637*ij* BW is ingevoegd bij de wet van 1 maart 1980 en beoogt nu juist aanpassing van de Nederlandse wetgeving aan deze Tweede Richtlijn (Asser-De Leede, 5 III, zesde druk, nr. 358). Het lijkt dan hoogst onwaarschijnlijk dat waar wetgeving ter implementatie van een richtlijn niet noopt tot de conclusie dat de kantonrechter, art. 1639*w* BW toepassend, dat ten onrechte heeft gedaan, zulks wel het geval zou zijn op grond van de inhoud van die richtlijn zelf. Het zou echter kunnen zijn dat de aanpassingswetgeving juist op dit punt de richtlijn niet of onvoldoende volgt. Hoewel ik niet zie dat dat hier het geval is, zal ik, gelet op het belang van de zaak, daarvan hierna veronderstellenderwijs uitgaan. De eerste vraag die dan rijst is: a. kan Woesthoff jegens Intershow bij de rechter een beroep doen op bepalingen van een niet voldoende geïmplementeerde richtlijn. En als die vraag bevestigend wordt beantwoord, moet er nog antwoord komen op de vraag b. of art. 5 van de richtlijn een tot de Nederlandse rechter gericht verbod inhoudt om art. 1639 BW toe te passen in een geval als het onderhavige.

a. Hebben richtlijnen horizontale werking? Directe werking houdt in dat de burger of particulier op de richtlijn een beroep mag doen tegenover de lidstaat waarvan hij onderdaan is. Die directe werking is voor een richtlijn aangenomen onder andere bij het Ratti-arrest van 5 april 1979, 148/78, Jur. 1979, p. 1629. Maar hier gaat het erover of die directe werking zich ook uitbreidt tot een horizontale werking, een werking tussen particuliere personen onderling. En daarop is het antwoord: nee. Ik citeer uit de Inleiding tot het Recht van de Europese Gemeenschappen van Kapteyn en VerLoren van Themaat, 4e druk, 1987, p. 240:

> De toekenning in dit arrest – te weten: het Tweede Defresne-arrest van 8 april 1976 aangaande de vraag of de Belgische stewardess Defresne aan art. 119 van het Verdrag betreffende het beginsel van gelijke beloning van mannelijke en vrouwelijke werknemers voor gelijke arbeid, aanspraak kon ontlenen op gelijk loon, welke vraag bevestigend werd beantwoord (zie AA, 1976, afl. 87, p. 473 e.v.) – van een directe horizontale, d.w.z. ook voor particulieren verplichtingen scheppende, werking aan een duidelijke verdragsplicht van de Lid-Staten, heeft de vraag doen rijzen, of ook aan richtlijnen, per definitie de Lid-Staten verplichtend, een dergelijke werking verbonden kan zijn. Het Hof heeft inmiddels deze vraag ontkennend beantwoord. In het Miss Marshall-arrest (van 26 febr. 1986, 152/84) stelt het dat het dwingend karakter van een richtlijn waarop de mogelijkheid is gegrond haar voor een nationaal gerecht in te roepen, slechts bestaat ten opzichte van 'elke Lid-Staat waarvoor zij bestemd is'. Daaruit volgt, aldus het Hof, dat een richtlijn niet op zichzelf verplichtingen kan scheppen voor een particulier en dat een bepaling van een richtlijn niet als zodanig kan worden ingeroepen tegenover zo'n persoon.

Ook de in het Von Colson/Kamann-arrest van 10 april 1984, SEW 1985, p. 216, m.nt. Leenen, neergelegde interpretatieregel, dat de nationale rechter bij toepassing van nationaal recht dat moet uitleggen in het licht van de bewoordingen en doelstellingen van de richtlijn, kan reeds om de volgende reden geen soelaas bieden: Die uitleg betreft uiteraard de vraag of er sprake is van een gewichtige reden in de zin van art. 1639*w* BW. En volgens de Hoge Raad ligt aan de uitsluiting van hoger beroep en beroep in cassatie de strekking ten grondslag ieder debat uit te sluiten over een beschikking van de kantonrechter waarbij hij heeft geoordeeld

over de aan- of afwezigheid van gewichtige redenen als bedoeld in het tweede lid van het artikel, alsmede over de waardering van deze.

b. Het komt mij bovendien voor, dat – zo de richtlijn ondanks al het voorgaande toch horizontale werking zou hebben – de inhoud van art. 5 waarop Woesthoff zich beroept, toch onvoldoende nauwkeurig en gespecificeerd is om op grond daarvan te kunnen aannemen dat van een tot ontbinding van de overeenkomst leidende verandering in de omstandigheden als bedoeld bij art. 1639*w* BW geen sprake *kan* zijn, zo vaak zich de situatie voordoet, dat de werkgever, omdat de werkneemster hem daarvan niet ongevraagd bij de sollicitatie op de hoogte heeft gesteld, pas van de zwangerschap van de werkneemster op de hoogte komt enige weken of maanden na de indiensttreding. Eigenlijk kan – en dat is niet verwonderlijk – hier dezelfde redenering gevolgd worden als inzake art. 1637*ij* BW: als deze situatie komt vast te staan inclusief de tot ontbinding aanleiding gevende verandering in omstandigheden kan dit vooral tot uitdrukking komen in een aan de werkgever op te leggen schadeloosstelling. En wordt mij vervolgens – heel begrijpelijk – tegengeworpen: maar de kantonrechter heeft nu juist iedere schadevergoeding ten laste van Intershow afgewezen, dan hef ik even moedeloos als machteloos, gebonden aan art. 11 Wet Algemene Bepalingen (Wet AB), de handen ten hemel en zucht: de gevolgen die de kantonrechter verbindt aan zijn vaststelling dat gewichtige redenen in de vorm van verandering van omstandigheden aanwezig zijn, de waardering van dat feit, dat alles kan niet langs de weg van hoger beroep ter sprake worden gebracht bij een hogere rechter.

Daarom kan het middel in mijn ogen niet slagen.

In middel 3 wordt de klacht gericht tegen de negende rechtsoverweging van de rechtbank, voor zover die luidt:

> Evenmin kan worden gezegd dat de kantonrechter door aldus te werk te gaan een zo fundamenteel rechtsbeginsel heeft veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.

Uit de toelichting blijkt dat geklaagd wordt over schending van twee fundamentele rechtsbeginselen. Ik citeer:

> – De kantonrechter heeft het fundamentele rechtsbeginsel veronachtzaamd dat Woesthoff heeft op effectieve rechterlijke controle krachtens art. 6 der 2e Richtlijn en art. 6 en 13 ECRM (is bedoeld EVRM?; *L.*) op naleving van haar gelijke behandelingsaanspraak.
> – Bovendien heeft de kantonrechter een fundamenteel rechtsbeginsel geschonden door discriminatoir de arbeidsovereenkomst te beëindigen (verboden door art. 5 2e Richtlijn).

Ik heb in deze conclusie onder C betoogd dat waar het hier om materiële klachten gaat, geen beroep kan worden gedaan op schending van essentiële vormen. Ik heb daar verder niet veel aan toe te voegen. Wel merk ik op dat geklaagd wordt over de inhoudelijk slechte beslissing van de kantonrechter op gronden die, in wat andere vorm, ook reeds zijn opgevoerd om te betogen, dat de kantonrechter Intershow niet-ontvankelijk had moeten verklaren, omdat aan haar een actie tot ontbinding van de arbeidsovereenkomst op die gronden niet zou toekomen. In middel vier klaagt Woesthoff over r.o. 8 van de beschikking van de rechtbank, die ik hiervoor reeds heb geciteerd. Opnieuw wordt in de toelichting aangevoerd dat de kantonrechter het fundamentele rechtsbeginsel van Woesthoff heeft veronachtzaamd dat zij recht heeft op respectering van haar aanspraak op gelijke behandeling. In feite komt dat er op neer dat zij van mening is, dat de kantonrechter op die grond een inhoudelijk verkeerde beslissing

heeft gegeven. Het komt mij in elk geval voor, dat de rechtbank niet alleen terecht heeft beslist dat de kantonrechter zich op die grond niet niet-ontvankelijk behoorde te verklaren, maar dat zij ook terecht de schending van dit inhoudelijk beginsel niet heeft aangemerkt als schending van een essentiële vorm.

In *middel vijf* valt het betoog te lezen, dat de kantonrechter het beginsel van hoor en wederhoor heeft geschonden en aldus een essentiële vorm heeft verzuimd op grond waarvan er geen sprake is geweest van een onpartijdig en eerlijk proces, wat dan weer ten gevolge heeft dat er van de beschikking van de kantonrechter wel hoger beroep openstond. De kantonrechter heeft volgens de toelichting op het middel dat beginsel geschonden doordat hij de overlegging van het rapport van de Commissie gelijke behandeling geweigerd heeft en de inhoud daarvan niet in zijn overweging heeft betrokken.

Van zodanige weigering blijkt echter niet uit de stukken en op grond van de feiten, vermeld in het overzicht van de feitelijke gang van zaken als aan het begin van deze conclusie gegeven, ben ik van mening dat de kantonrechter de inhoud van het rapport, dat niet ter zitting behandeld was en waarover Intershow daarom zich niet had kunnen uitlaten, niet in zijn overwegingen behoefde te betrekken en zo zonder meer zelfs niet mocht betrekken (HR 3 juni 1988, NJ 1989, 5, m.nt. Vranken). Wat de kantonrechter wel had kunnen doen en bij welwillendheid jegens Woesthoff wellicht ook gedaan zou hebben was ambtshalve een nieuwe dag bepalen voor de bespreking van het rapport. Hij was daartoe echter gelet op de gang van zaken niet verplicht. Maar wat ik in dit opzicht voor het middel het meest funest acht is het volgende: men kan moeilijk volhouden dat het beginsel van hoor en wederhoor is geschonden, nu een buiten de procedure om aan de kantonrechter overgelegd stuk, waarover de wederpartij zich niet heeft kunnen uitlaten, buiten de beslissing is gehouden en voor het overige het beginsel volledig toepassing heeft gevonden.

Al met al zit volgens mij de pijn hierin, dat de wet tenzij in uitzonderingsgevallen hoger beroep en beroep in cassatie uitsluit, terwijl die uitzonderingen *niet* bepaald worden door de controversialiteit van de uitspraak. Het is niet zo, als de rechtsgeleerden uit de zestiger jaren en van later ons voorhielden en voorhouden, dat de wet zich krachtens haar aard tegen slechte beslissingen verzet (Esser, Schoordijk etc.). Dat wordt aan deze zaak geïllustreerd. Zelfs als ik ongelijk heb wanneer ik straks tot verwerping van het beroep concludeer wat ik van harte hoop, want in deze zaak zit de eis van wetsgetrouwheid mij meer dan dwars, zelfs dan blijft staan, dat de wet door hoger beroep etc. uit te sluiten de mogelijkheid van slechte beslissingen aanvaardt. Immers als dat niet het geval was, als beslissingen in een instantie genomen reeds allemaal goed zouden zijn, dan zou appel en dan zou cassatie heel in het algemeen onmiddellijk moeten worden afgeschaft.

Naar het mij voorkomt treffen de middelen geen doel. Ik zie ook geen gronden tot het stellen van prejudiciële vragen aan het Hof van de Europese Gemeenschappen.

Deze met tegenzin genomen conclusie strekt tot verwerping van het beroep.

Hoge Raad: conform.

'Wij mogen over de meest belangrijke zaken uitspraak doen of advies geven en zouden wij dan niet mogen tonen dat het ons raakt? ... Ik laat merken dat iets me beweegt, dat iets me emotioneert, dat het lot van mensen achter het recht me ter harte gaat. Dat moet je altijd goed in de gaten houden: achter de rechtsregels zit de samenleving, zit het hart, allemaal mensen die door elkaar krioelen en die zich stuk voor stuk uniek vinden en dat ook zijn.'

Jan Leijten relativeert, maar heeft ook strong opinions. Hij schuwt het niet om er afwijkende meningen op na te houden of zelfs controversieel te zijn.

In deze bloemlezing zijn essays opgenomen die Jan Leijten schreef als bewogen en kritisch jurist. Daarnaast bevat het conclusies die hij nam als advocaat-generaal bij de Hoge Raad en waaruit hij naar voren komt als een generalist van een misschien uitstervend soort.

Zijn geschriften zijn zeer leesbaar, voor juristen en niet-juristen.

ISBN 90-271-4503-2
NUGI 691/101
9 789027 145031