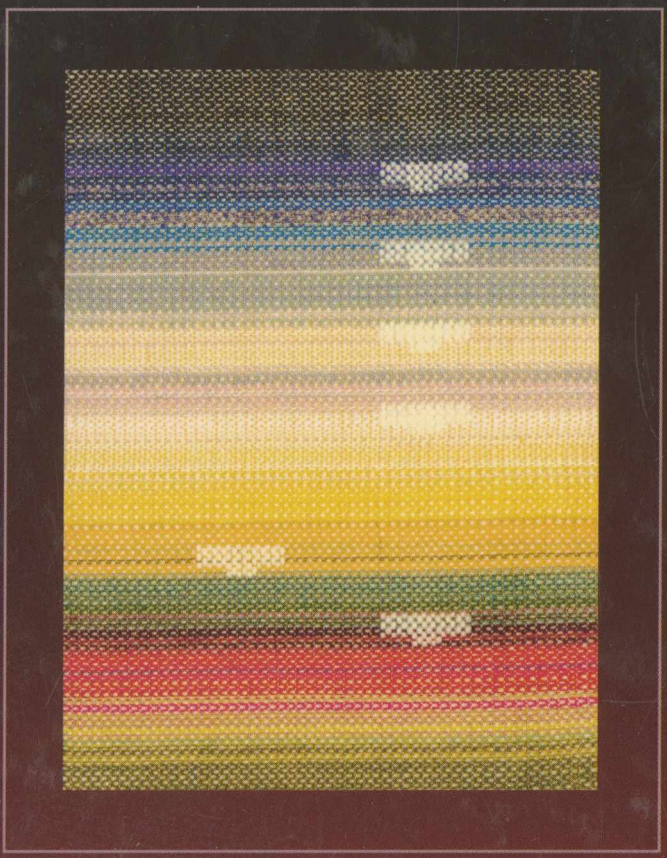
Met hoofd en hart

opstellen aangeboden aan prof. mr. J.C.M. Leijten



W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle

Met hoofd en hart

De afbeelding op de omslag is een weergave van het door mevrouw Th.M.Th. Leijten-Janssen speciaal voor deze gelegenheid – volgens de 'summer and winter'-methode – ontworpen weefwerk, dat een uittredende baret uitbeeldt.

Met hoofd en hart

opstellen aangeboden aan
prof. mr. J.C.M. Leijten
ter gelegenheid van zijn afscheid
als hoogleraar aan de Katholieke
Universiteit Nijmegen

W.E.J. Tjeenk Willink Zwolle

Foto prof. mr. J.C.M. Leijten: met dank aan De Gelderlander.

© 1991 G.C.J.J. van den Bergh, P. Boeles, G.J.M. Corstens, J.W. Fokkens, W.C.L. van der Grinten, C.A. Groenendijk, A. Hammerstein, W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd, A.S. Hartkamp, A.Ph.C.M. Jaspers, H.U. Jessurun d'Oliveira, S.C.J.J. Kortmann, J.A. Leijten, M.E. Leijten, H.Th.J.F. van Maarseveen, J.M.M. Maeijer, L.C.M. Meijers, P. Mout, G.E. Mulder, J.M. Polak, J. Remmelink, N.H.M. Roos, E.L. Schaafsma-Beversluis, D.F. Scheltens, A.V.M. Struycken, P.J.P. Tak, Th.W. van Veen, D.W.F. Verkade, J.B.M. Vranken

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 te Zwolle.

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.

CIP-GEGEVENS KONINKLIJKE BIBLIOTHEEK, DEN HAAG

Met

Met hoofd en hart : opstellen aangeboden aan prof. mr. J.C.M. Leijten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen / [red.: G.J.M. Corstens ... et al.]. – Zwolle : W.E.J. Tjeenk Willink
Met bibliogr. van J.C.M. Leijten
ISBN 90-271-3339-5 (geb.)
ISBN 90-271-3338-7 (pbk)
NUGI 691/109
Trefw.: recht ; opstellen.

Woord vooraf

Dat het een goede gedachte was om Jan Leijten ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen een liber amicorum aan te bieden, zal wel door niemand in Nederland, en in België, zo voegen wij daaraan toe, want ook daar heeft hij vele vrienden, bekenden en geëngageerde lezers en toehoorders, worden betwist. Zijn verdiensten voor de rechtswetenschap zijn immers, om ons voorzichtig uit te drukken, oeverloos groot. Om hiervan een verantwoorde indruk te geven, zou een tamelijk dikke dissertatie geschreven moeten worden. In dit noodzakelijk kort te houden voorwoord tippen wij slechts enkele van de meest opvallende aspecten aan.

Allereerst noemen wij dan zijn belangrijke publicaties over de algemene rechtsleer en de rechtstheorie, onderwerpen die ook behoorden tot de leeropdracht van zijn 'volle' Nijmeegse professoraat, dat hij in 1969, na zijn Bossche rechterschap (1964–1969) aanvaardde. Wij noemen hier slechts (een lijst van publicaties bevindt zich achter in dit boek) zijn complete herschrijving van de befaamde Inleiding van Van Apeldoorn, en de samen met zijn begaafde Belgische vriend Van Gerven ondernomen studie over Theorie en praktijk van de rechtsvinding. Over het privaatrecht verscheen van zijn hand allerlei, zoals pradviezen voor het Thijmgenootschap in 1968 over Aansprakelijkheid van en voor minderjarigen en geestelijk gestoorden, en voor de Vereniging Familie- en Jeugdrecht in 1978 over Schuld en scheiding, en feestbundel-bijdragen, bijv. in die voor Gerard Wiarda (1974) over jeugd en echtscheiding en in die voor Kisch in 1975 over het fluorideringsarrest (HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386).

De oorspronkelijke leeropdracht van zijn professoraat werd na enkele jaren uitgebreid met burgerlijk procesrecht, en dit onderdeel werd naderhand de volle inhoud van zijn deeltijdhoogleraarschap waarin, toen hij in 1975 raadsheer werd te Arnhem, zijn leerstoel werd omgezet. Met dat meer op de praktijk afgestemde rechtsgebied was hij vertrouwd, èn als rechter, maar vooral ook als advocaat (hij beoefende het nobile officium van 1952 tot 1962). Men zou met enig recht kunnen zeggen dat hij in zijn hart altijd wel advocaat is gebleven, zijn 'souci de convaincre' (wij komen daar straks nog op terug) overwoog misschien toch het, hoe uitstekend ook bedreven, 'dire le droit'. Dat men hem in Nijmegen graag als hoogleraar wilde behouden, hoeft geen toelichting. Zijn colleges waren beroemd, trokken volle zaken. Onder zijn leiding werden enkele algemeen gewaardeerde proefschriften voorbereid. Zo promoveerden J.B.M. Vranken, A.Ph.C.M. Jaspers, C.A. Groenendijk en N.H.M. Roos bij hem, allen thans hoogleraar.

Merkwaardigerwijs was de Doktorvater zelf niet gepromoveerd, een 'euvel'

dat meer grote juristen (wij denken aan Enschedé) is overkomen. En een aansporing om dat de komende tijd alsnog te doen, zal hij ongetwijfeld afwijzen, misschien wel met een beroep op een stelling bij een aan de Erasmus-universiteit in 1986 verdedigd proefschrift van G.J. Höweler: 'Een proefschrift moet je schrijven vóór je veertigste, daarna kun je het beter epiloog noemen'.

Met het burgerlijk proces, en het daarmee ten minste ten dele verweven topic 'rechtspreken' heeft hij zich veel beziggehouden. Wij noemen zijn inaugurele rede, 1970, over De rechter op de schopstoel en zijn befaamde, destijds praktisch iedere Nederlandse jurist bekende, 'De achterkant van de jurisprudentie' (1972), en ten slotte zijn NJV-preadvies: De positie van de rechterlijke macht in de samenleving (1975).

Gaandeweg is zijn belangstelling overigens verschoven naar, nee: verbreed tot terreinen, die hij vroeger nooit zo openlijk had betreden. Wij doelen op het staatsrecht, en verwijzen naar zijn opstel in de Duynsteebundel in 1975 over Vijf dagen denken aan democratie, maar vooral op het strafrecht. Eenmaal benoemd tot Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad, welk hoge ambt hij na zijn Arnhemse raadsheerschap in 1981 aanvaardde, heeft hij nl. zich gaandeweg steeds meer beziggehouden met deze het grote publiek en de media sterk intrigerende, want zo diep in de menselijke verhoudingen ingrijpende, discipline. Zijn conclusies op dit terrein zijn, zo mogen wij gerust stellen, welhaast landelijk, dus ook bij vele geïnteresseerde niet-juristen, bekend geworden. Nergens komt duidelijker uit zijn naarstig zoeken naar het recht, om dan ten slotte na afweging van vele voors en tegens de definitieve keuze te maken, soms met twijfel in het hart. Maar zei Radbruch niet reeds, dat een goed jurist altijd een slecht geweten heeft? Jan Leijten is ongetwijfeld een snelle en gedisciplineerde werker, maar hoe onevenredig veel tijd (wij vrezen vele nachtelijke en zondagse uren) zal ook hem dat hebben gekost? Befaamd is zijn verzuchting in een niet in de NJ opgenomen conclusiedeel vóór HR 10 april 1984, NJ 1984, 612 (wèl te vinden in een opstel in de bekende Portrettenbundel van de Hoge Raad, p. 226): '(Daarom) zit ik hier, zondag eerste kerstdag, aan deze conclusie te schrijven en peins erover of het werk van een advocaat-generaal bij de Hoge Raad slafelijke arbeid niet zeer nabij komt ...'. Van Veen geeft in dit boek van dit alles een uitstekend beeld.

Het AG-schap is Jan Leijten, dat is evident, overigens op het hart geschreven. Als zodanig kan hij zich immers, anders dan wanneer hij (wat, zo durven wij dat wel te stellen, even goed mogelijk was geweest) raadsheer in de Hoge Raad was geworden, volop uitleven in het reeds aangeduide zoeken naar recht dat, zoals Loeff ooit zei, in het arrest wel wordt gevonden, maar waarin van het zoeken zelf niet blijkt. Ook heeft hij daar gelegenheid, zoals hij dat eveneens als publicist, bijv. in de NRC pleegt te doen, op te komen voor handhaving van het rechtstatelijk niveau van onze rechtsbedeling. Soms ging hij vooral in laatstgenoemde kwaliteit fors tekeer, bijv. tegen Minister Korthals Altes, maar nooit werd hij unfair, en altijd weer had hij oog voor de eisen van de praktijk: het recht moest wel kunnen blijven functioneren. Deze praktische zin, voor onze Belgische zuiderburen ook zo kenmerkend, was hem, als wij afgaan op een mededeling gedaan tijdens het algemeen bekend geworden alleen voor 'bekende Nederlanders' weggelegde marathon-interview voor de VPRO, met de paplepel ingegoten. Zo vertelde Soeur Adolphine

van de kleuterschool te Etten-Leur, waar hij werd geboren en opgroeide: Ge moet veel bidden, maar ook op zijn tijd plassen.

Jan Leijten is een typische Brabander, vrolijk, vlot en gehecht aan waardevolle tradities. Typisch roomse uitdrukkingen als 'andersdenkenden' (altijd speels bedoeld), 'op de eerste plaats', 'daden stellen', 'op vacantie' ('waarop' hij overigens nooit ging) en de hierboven reeds vermelde 'slafelijke arbeid' zijn hem geläufig. En een goed glas bier gaat er bij hem in als dubbele graanjenever bij een Groninger of, als U het nog meer boven-moerdijks geformuleerd wilt hebben: als Gods woord in een ouderling. Nu wij toch op dit niveau zijn aangeland, zouden wij enkele welhaast typisch calvinistische oneffenheden kunnen signaleren. Wij noemden zoëven al zijn gedisciplineerde werkdrift en zijn gewetensvolle twijfels (als wij ons dat anglicisme: doubts, mogen veroorloven). Ook zijn aangetipte neiging zijn vacanties bij Thea thuis al werkend door te brengen, en zijn afkeer zich lang op te houden op nutteloze recepties, waar alleen maar over de vorige of de komende vacantie wordt gesproken, wijzen op een minder grote 'levenskunst' dan men van een Brabander, die naar Uri Nooteboom's woord per definitie zo rooms geacht wordt te zijn als een brevier, zou verwachten. Ook zijn afkeer van het in stand houden van fraaie religieuze façaden die de wat minder aardige werkelijkheid moeten verbergen, zullen wij wellicht aldus kunnen verklaren. Hij nam dan ook enthousiast deel aan de door Johannes XXIII ingezette vernieuwing van de kerk, o.m. in de Te Elfder Ure-beweging.

Jan Leijten zou men, als men een bekende indeling van juristen praktiseert, het beste een generalist kunnen noemen, zoals de nog niet lang geleden overleden oud-Procureur-Generaal bij de Hoge Raad Langemeijer dat ook was. Velen zal trouwens inmiddels zijn opgevallen hoeveel overeenkomsten er in aanpak van de voorgelegde juridische problemen zijn tussen deze beiden, die dan ook lang en hecht bevriend waren. En ook van deze generalist kan men bijv. zeggen dat hij zich van de diverse rechtsgebieden een zo grote kennis heeft verworven dat hij menig specialist daarin overtreft. En Jan Leijten is eveneens in het maatschappelijk leven een veel gevraagd man (en een slechte nee-zegger), en laat zich daar niet onbetuigd. Wij noemen een aantal van Jan's, ten dele ook wetenschappelijke, functies in heden en verleden. Zo is hij sedert 11 april 1988 (het bekrachtigings-KB was van 30 juni 1988) lid van de Koninklijke Nederlandse Akademie van Wetenschappen, redacteur van het door hem ten dele met vaak puntige opmerkingen en critieken (wij noemen hier slechts het 'proces van zwarigheden') versierde NJB, voorzitter van de raad van toezicht van de Nederlandse Vereniging van Makelaars, lid van de Commissie van bijstand van 'Verkeersrecht', lid van de Commissie Ethiek van het Radboud-ziekenhuis, lid van de Begeleidingscommissie Evaluatie en Onderzoek naar de werking van grondrechten van de herziene Grondwet in onze rechtsorde, lid van de Raad van Advies van het NJCM, lid van een visitatiecommissie die de juridische faculteiten in Nederland moet doorlichten, een eervolle, maar razend moeilijke opdracht. Ongetwijfeld hebben wij nog ten minste vijf of tien belangrijke bijbanen niet vermeld. Wel noemen wij hier nog zijn optreden als spreker of forumlid op talloze congressen, zijn lezingen voor juridische en vergelijkbare verenigingen, zijn mediacontacten: wij herinneren aan het hiervoor genoemde VPRO-interview.

Het is duidelijk dat wij, zo wij in dit boek allen aan het woord hadden laten

komen die graag bereid en ook in staat zouden zijn daarvan iets interessants te maken, met een opus magnum van vele duizenden bladzijden waren geconfronteerd.

Wij moesten ons derhalve beperken, en wij hopen dat zij die wij, op zichzelf derhalve zeer ten onrechte, niet om medewerking hebben gevraagd, daarvoor begrip kunnen opbrengen. Wij hebben de gewenste nadere belijning aangebracht doordien wij het thema van het boek hebben afgestemd op Jan's leeropdracht als part-time hoogleraar, zij het dat wij dat hebben verbreed tot andere rechtsdisciplines, derhalve tot het procesrecht, het rechtspreken, in het algemeen. Inconsequent zoals Jan Leijten dat (op beminnelijke wijze) ook kan zijn, hebben wij wel uitzonderingen gemaakt of toegelaten, o.m. voor de zo gewaardeerde bijdragen van zijn kinderen, en natuurlijk voor zijn collega Arthur Hartkamp, met diens prachtige sonnet, waarmee hij Jan, die zelf niet-onverdienstelijke gedichten schreef (wij maakten van deze activiteit nog geen gewag) zeer zal aanspreken. Nòg meer verheugd zal hij overigens zijn over de fraaie, door Thea ontworpen band.

Zo is er, vinden wij, een boek tot stand gekomen dat deze zo belangrijke met hoofd en hart werkende jurist waardig is, en dat ondanks het nagestreefde goede wetenschappelijke peil, het in hem zo rijkelijk aanwezige musische element eveneens tot zijn recht laat komen. Ook in de opstellen, die wij overigens voor zichzelf laten spreken, is dat niet zelden (wij denken met name aan de bijdrage van Van den Bergh, 'Recht in verzen') aanwezig.

Tot slot een paar woorden van dank: Allereerst aan Mevrouw Mr Eugénie Schaafsma-Beversluis die als onze secretaris fungeerde en als zodanig bergen werk verzette, voorts aan Mr Drs W.H.B. den Hartog Jager, kabinetschef van de PG bij de Hoge Raad, die een essentieel aandeel had in de totstandkoming van de literatuurlijst, doch vooral aan de firma Tjeenk Willink te Zwolle, die met vele vezels zich met de geëerde verbonden voelend, onmiddellijk en enthousiast bereid was het boek uit te geven, en dit, gezien dit fraaie libellum, naar onze mening ook voortreffelijk heeft gedaan.

's-Gravenhage, 1991
J. Remmelink

De redactiecommissie:
G.J.M. Corstens
C.A. Groenendijk
A. Hammerstein
J.B.M. Vranken
J. Remmelink
E.L. Schaafsma-Beversluis

Inhoudsopgave

1. De conclusies van de Advocaat-Generaal Leijten

Th.W. van Veen
De conclusies van de Advocaat-Generaal 3

2. Het recht en de muzen

A.S. Hartkamp
Conclusies 13

G.C.J.J. van den Bergh
Recht in verzen 15

M.E. Leijten m.m.v. J.A. Leijten
Kunst eene rechterszaak? 27

3. Rechtsvinding

D.F. Scheltens
Abstracte gedragsregels en hun toepassingen 41

J.B.M. Vranken
Le bon juge en onbillijke rechtspraak – een trendbreuk in het hedendaagse denken over de rechtsvormende taak van de rechter 51

4. Wetgeving en rechter

C.A. Groenendijk
Parlementaire reacties op rechterlijke uitspraken: democratische controle op aanvullende regelgevers 67

A.Ph.C.M. JASPERS
Luxemburg of Den Haag: de souvereiniteit van de wetgever 87

5. Organisatie van de rechtspleging

J.M. POLAK
Integratie van administratieve en gewone rechtspraak 103

HENC VAN MAARSEVEEN
Alleen integratie van administratieve rechtspleging of juist meer? 111

W.C.E. HAMMERSTEIN-SCHOONDERWOERD
Iudex ad personam? 121

P. MOUT
Het kort geding in de strafrechtspleging 133

W.C.L. VAN DER GRINTEN
Beperkingen cassatieberoep in burgerlijke zaken; verlofstelsel? 145

G.E. MULDER
Samenwerking tussen rechters 153

H.U. JESSURUN D'OLIVEIRA
Dissenting opinion 171

L.C.M. MEIJERS
Waarborgen voor een eerlijke (straf)procedure 181

P. BOELES
De toegang tot de rechter 193

6. Strafrechtspleging

G.J.M. CORSTENS
Onrechtmatige strafrechtspraak 205

J. REMMELINK
Over niet-ontvankelijkheid 213

J.W. FOKKENS
Enkele gedachten over de sanctie op onrechtmatige bewijsgaring 227

NIKOLAS H.M. ROOS
Straf als eer 235

P.J.P. TAK
DNA en Leijtens dilemma 259

7. Civiele rechtspleging

S.C.J.J. KORTMANN
Onrechtmatige civiele rechtspraak 269

E.L. SCHAAFSMA-BEVERSLUIS
De verzoekschriftprocedure als model voor de toekomst? 287

A. HAMMERSTEIN
Hoger beroep in civiele zaken 301

D.W.F. Verkade
Voorlopig getuigenverhoor in nabootsingszaken 315

J.M.M. MAEIJER
Beslechting van conflicten in vennootschappen 329

A.V.M. STRUYCKEN
Vreemde vonnissen zijn geen houten fietsen – over het ambtshalve doen gelden van vreemde vonnissen 341

Gedichtenbundels, boeken, preadviezen, artikelen, boekbesprekingen en kranteartikelen door J.C.M. Leijten 353

1

De conclusies van de Advocaat-Generaal Leijten

Th.W. van Veen

De conclusies van de Advocaat-Generaal

Van de conclusies die J. Leijten heeft geschreven sinds hij op 28 maart 1981 als Advocaat-Generaal bij de Hoge Raad der Nederlanden werd benoemd, draagt een ongewoon groot aantal het stempel van zijn persoonlijkheid. Dat is niet alleen een kwestie van stijl en woordkeuze. Vele conclusies van Leijten zijn ook herkenbaar aan de manier waarop de vraagstukken worden besproken. Zij springen er daardoor uit.

De Advocaten-Generaal bij de Hoge Raad vormen een gezelschap van praeadviseurs. Zij zijn thuiswerkers. Dat wil zeggen, zij werken ieder voor zich en allen voor de Hoge Raad. Hoewel zij leden zijn van het openbaar ministerie zijn zij niet één en ondeelbaar voor zover het gaat om hun werk als praeadviseur, om hun conclusies over de bij de Hoge Raad aanhangige zaken. Zij sluiten zich dikwijls aan bij wat een ambtgenoot in een vergelijkbare zaak heeft gezegd, maar zij doen dat alleen als zij dat standpunt delen. Anders niet. Over aanhangige zaken wordt niet de mening van de Advocaten-Generaal gevraagd, maar van één Advocaat-Generaal. Elke conclusie bevat een persoonlijke mening, waarvoor de Advocaat-Generaal, die haar heeft gemaakt, alleen en geheel verantwoordelijk is. Wie geen mening durft te uiten deugt niet voor dat vak.

Hoewel de Advocaat-Generaal in beginsel wordt geacht over alle zaken te kunnen concluderen – het zit een beetje in het woord – is er reeds lang sprake van een zekere specialisatie. Sommigen leggen het accent op strafzaken, anderen op civiele zaken. Soms stappen zij, na een aantal jaren, over van het ene terrein naar het andere, zoals bijvoorbeeld mevrouw Biegman-Hartogh heeft gedaan toen Leijten aantrad. Leijten zelf heeft zich nooit geheel beperkt tot het strafrecht, hij bleef zich ook met civiele zaken bezighouden.

De Advocaten-Generaal adviseren omtrent de vraag wat de Hoge Raad zou moeten beslissen. Het onderzoek naar wat geldend recht is domineert hun werk. Op welk terrein van het recht dat wordt verricht maakt, wat de methodiek betreft, niet veel uit. Het is een kwestie van inwerken en voorkeur. De voorkeur wordt mede bepaald door de affiniteit met het rechtsgebied waarvoor men kiest.

De Advocaten-Generaal die op het terrein van het strafrecht opereren, hebben vanouds een bijzondere verantwoordelijkheid voor het handhaven van de kwaliteit van de strafrechtspleging. Want de Hoge Raad is krachtens art. 441 Sv bevoegd ook te casseren op andere gronden dan die, welke in de middelen van cassatie worden aangevoerd. Dat vergt van hen een onderzoek van het gehele dossier in elke zaak.

Toen Leijten in 1981 zijn ambt aanvaardde, was bovendien de 'papieren muur'

geslecht en nam de Hoge Raad kennis van alle vaststaande feiten die uit het dossier waren te halen. Ook als die niet waren opgenomen in het bestreden vonnis of arrest of in het proces-verbaal van de zitting waarop de rechter zijn mening vormde. Aan de beantwoording van door de verdachte gevoerde verweren werden hogere eisen gesteld dan voorheen. De vraag of het proces met voldoende voortvarendheid was gevoerd moest in iedere zaak onder ogen worden gezien. Dat betekende een taakverzwaring, die lang niet altijd uit de conclusies valt af te leiden. Want als het onderzoek van de Advocaten-Generaal niets oplevert dat tot ambtshalve cassatie zou moeten leiden, wordt er meestal mee volstaan dat laatste mee te delen.

Over de functies van de conclusies in strafzaken wordt verschillend gedacht, niet alleen door de Advocaten-Generaal. Hoe de belangrijkste gebruiker over conclusies denkt, de Hoge Raad, weten we alleen de laatste jaren zeker in die gevallen, waarin hij met instemming naar een conclusie verwijst en in zijn arrest verklaart daaraan niets te hebben toe te voegen. Ook de A-G Leijten had dit genoegen.[1] Dat zijn gevallen, waarin de conclusie zonder spoor van twijfel bij één antwoord op de aanhangige rechtsvraag uitkomt. Maar vele conclusies lenen zich daarvoor niet, zij zijn van beschouwende aard. Zij mikken ook op andere lezers dan de leden van de Hoge Raad.

Die lezers hebben verschillende motieven bij het kennis nemen van de rechtspraak van de Hoge Raad. Sommigen lezen een arrest uitsluitend omdat ze moeten weten wat de Hoge Raad over een bepaalde vraag heeft beslist. Zij zouden haast genoeg hebben aan de kaartenbak van de Nederlandse Jurisprudentie, maar zij willen zekerheid. Aan het lezen van de conclusies zullen deze lezers zelden toekomen. Zij zijn het vermoedelijk die de redactie van de Nederlandse Jurisprudentie voor ogen heeft gehad toen zij besloot de arresten voorop te plaatsen en de conclusies daarop te laten volgen, als een toegift. Voor zulke lezers is de conclusie een gepasseerd station, een stukje rechtsgeschiedenis, of zelfs, als de Hoge Raad de conclusie niet volgde, een kennelijke misslag.

Maar er zijn ook andere lezers, die het niet alleen om de gevallen beslissing is te doen. Voor hen is de conclusie een soort memorie van toelichting op het arrest. Een bijzonder soort, want zij licht niet toe wat de Hoge Raad heeft beslist, maar wat hij zou kunnen beslissen. Dat is overigens eerder een voordeel dan een nadeel. Een conclusie prijst geen beslissing aan, maar zij bereidt een beslissing voor. Naar hun aard zijn de conclusies van de Advocaten-Generaal meer open voor verschillende mogelijkheden dan motiveringen van genomen beslissingen kunnen zijn.

Het is eigenlijk niet zo dat er verschillende soorten lezers zijn. Dat is maar een beetje waar. Veeleer zijn er verschillende soorten van lezen, van gebruiken van de jurisprudentie, al naar de behoefte van het moment. Het mooiste vind ik het lezen uit pure nieuwsgierigheid. Dan komen de conclusies het meest tot hun recht. Aan deze ware liefhebbers moet de redactie van de Nederlandse Jurisprudentie hebben gedacht toen zij in 1988 besloot de conclusies niet meer *na*, maar *vóór* de arresten van de Hoge Raad af te drukken. Degenen die alleen maar willen weten hoe het afloopt, behoeven slechts naar het dictum van het arrest te kijken. Zij kunnen alles verder overslaan, net als bij een goede oude roman. Wat zij dan missen doen zij zich zelf aan.

1. HR 11 oktober 1988, NJ 1989, 455.

Zoals gezegd zijn er verschillende typen van conclusies. Dat hangt mee af van de zaak, waarin wordt geconcludeerd. Zit er niets in, dan gaat de conclusie recht op haar doel af. Dat zijn conclusies waarnaar de Hoge Raad kan verwijzen als hij een middel verwerpt. Maar als er aan een zaak wat valt te beleven, gaan de conclusies dieper graven, dikwijls gestimuleerd door de aangevoerde middelen met hun toelichting. Dan spelen wet en literatuur een belangrijke rol en doen de conclusies volop mee aan de wetenschappelijke gedachtenwisseling. Dan worden korte colleges gegeven en passeren mogelijke oplossingen voor het gerezen probleem de revue.

De conclusie heeft niet alleen tot taak de Hoge Raad van voorlichting te dienen. Zij is ook een plaats voor reflectie, waarbij de Advocaat-Generaal zich verdiept in de bezwaren van de verdachte, de belanghebbende, het OM, en waardering voor afwijkende standpunten kan tonen, die in een arrest moeilijk een plaats kunnen vinden. Daarmee draagt hij bij aan het aanvaardbaar maken van het recht. In zekere zin vervult de conclusie van onze Advocaat-Generaal de rol van de dissenting opinion in andere rechtsstelsels. Zijn stem wordt bij het nemen van de beslissing door de Hoge Raad niet geteld, maar wel gehoord. En hij blijft doorklinken in de gepubliceerde conclusies. Dat beseffen de Advocaten-Generaal heel wel. Daarom hebben zij er soms behoefte aan in belangrijke vragen hun positie te bepalen. Dan toetsen zij niet alleen aan het recht, maar ook aan eigen inzicht en geweten. Concluderen is niet alleen terugkijken naar bestaand recht, maar ook vooruitkijken naar wordend recht. Concluderen is daardoor meer dan wijzen naar de bekende weg, al is het dat ook.

De Advocaten-Generaal staan in een bijzondere verhouding tot de staat, de magistratuur. Niet dat er enig verschil valt te bespeuren in de manier waarop de middelen, door het OM aangevoerd of door de verdachte voorgesteld, worden behandeld. Zij worden met dezelfde objectiviteit besproken. Maar met de leden van het OM zijn de Advocaten-Generaal attent op de eisen die aan doeltreffend functioneren van de strafrechtspleging moeten worden gesteld. Men kan nog zoveel willen en twijfelen, het recht moet wel kunnen worden toegepast. Heel duidelijk is dat bij de eisen die aan de bewijsmiddelen en aan de bewijsmiddelenverkrijging worden gesteld.

Tegelijkertijd ziet men echter dat in vele conclusies aandacht wordt besteed aan de procespositie van de verdachte met een toenemende zorg voor de mensenrechtenverdragen. De Advocaat-Generaal Leijten toont herhaaldelijk in niet mis te verstane woorden begrip voor mensen die in ambtelijke molens vermalen dreigen te worden. Het strafproces kan ook zo'n molen zijn. Immers, nu onaannemelijk handelen van het OM of van de politie tot niet-ontvankelijkheid van de OvJ kan leiden, wordt van de rechter, en dus ook van de Hoge Raad, steeds meer een oordeel over dat beleid van het OM en het optreden van de politie gevraagd. Om met Leijten te spreken: 'Zoals steeds meer gebeurt, wordt de niet-ontvankelijkheid van het OM hier ten tonele gevoerd als panacée tegen alle kwalen.'[2] Door de afstand die de cassatierechter van de feiten moet houden, jeuken hem soms de handen en zou hij meer willen doen en zeggen dan hij als Advocaat-Generaal kan. In 1989 geeft hij aldus uiting aan zijn frustratie: 'Ik besef wel dat met name de

2. HR 19 september 1988, NJ 1989, 378.

onder de nrs. 5 t/m 8 weergegeven toedracht van zaken in cassatie geen gewicht in de schaal lijkt te kunnen leggen. Maar de weerzin tegen de door tijdsdruk opgedrongen puur cassatie-technische no-nonsense besprekingen met haar – in een conclusie – abjecte uitspraken omtrent opvattingen, die in het recht geen steun vinden (alsof daarmee iets verklaard is), heeft bij mij geleidelijk een zodanige vorm aangenomen, dat ik er op deze wijze even uiting aan moet geven: ook in cassatie adviseren en oordelen wij over het gedrag van mensen, niet over juiste regeltoepassing in abstracto.'[3]

Uit dit citaat blijkt duidelijk waar Leijten staat: de conclusie moet in principe meer zijn dan een betoog over de vraag of de uitspraak, waartegen cassatie is ingesteld, moet worden vernietigd. Er blijkt ook uit hoe hij zich door de steeds groeiende stroom van zaken in het nauw gedreven gaat voelen.

Soms is ook een conclusie tot het hele volk gericht. Leijten doet dat in de zaak van de Ommense kampbeul als een docent: 'Men moet zich wel realiseren wat deze eis precies inhoudt: elk misdrijf tegen de menselijkheid van welke huiveringwekkende aard ook, is op 27 juli 1971 verjaard, tenzij het werd gepleegd "in krijgs-, staats- of publieke dienst bij of van de vijand". Daarmee meen ik wel aangegeven te hebben welke enorme beperking van mogelijkheden voor vervolging en bestraffing met betrekking tot de meest zware oorlogsvergrijpen in deze regeling, die het OM en de rechters als met een ijzeren klem bindt, besloten ligt voor gevallen als het onderhavige en die welke eventueel nog aan de dag zullen treden. Omdat elke – onvermijdelijke – vrijspraak op dit terrein – zeker als is komen vast te staan dat de verdachte ernstige strafbare feiten heeft gepleegd – aller rechtsgevoel kwetst en bij sommigen als heel grievend en pijnlijk zal overkomen, is uiterste voorzichtigheid bij het besluiten tot vervolgen geboden.'[4]

De persoon van de verdachte, de handhaving van de rechtsorde, de bescherming van het slachtoffer, het strafproces kent vele belangen, die niet uit het oog mogen worden verloren. Dikwijls staat de verdachte centraal, want het draait om zijn schuld en bij schuldigverklaring om de straf die hem moet worden opgelegd. Vandaar de aandacht voor strafuitsluitingsgronden en strafmaatverweren. Dikwijls doet de verdachte tevergeefs een beroep op zo'n grond en vraagt hij tevergeefs om bijzondere clementie. Maar hij heeft er wel recht op te horen waarom niet kan worden ingegaan op wat hij meent dat hem toe zou kunnen komen. Welk antwoord hij krijgt, is een zaak van de rechter. Dát hij antwoord krijgt, is een zorg van de cassatierechter. Zo zegt Leijten: 'Het strafproces moet humaan blijven, ook in de zin dat niet hooghartig serieuze en gestaafde verweren worden genegeerd, althans die schijn wordt gewekt.'[5]

Er is weinig dat Leijten, zodra hij zich er in verdiept, niet ter harte gaat. Maar sommige belangrijke zaken raken hem diep. '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 handelen mag leiden',[6] zegt hij naar aan-

3. HR 18 september 1989, NJ 1990, 532.
4. HR 2 mei 1989, NJ 1989, 669.
5. HR 1 november 1988, NJ 1989, 351.
6. HR 4 juni 1985, NJ 1986, 95.

leiding van de bestraffing van iemand die werd verdacht van verkrachting en geweldpleging. En over het vraagstuk van de anonieme getuige schrijft hij in 1986, vol bezwaar tegen het bezigen van door onbekend blijvende getuigen afgelegde verklaringen: 'En ik heb er de overtuiging (laat ik eerlijk zeggen óók de hoop) van overgehouden dat wij hier te lande, toch niet bekend om ons gebrek aan zorg voor een evenwichtige strafprocedure – ook al is het tij tegen – op dit punt nog niet aan het eindstation zijn gearriveerd.'[7] Hij krijgt in 1989 steun van het Europese Hof voor de rechten van de mens.[8]

Tijdens zijn Advocaat-Generaalschap – als ik dat zo mag zeggen – groeit bij Leijten de bezorgdheid over het handhaven van de processuele waarborgen voor een behoorlijk proces. Niet omdat hij lichtvaardigheid bij de justitie constateert, maar omdat de stijgende omvang en de veranderende aard van de criminaliteit de hele justitie onder zware druk zetten. In 1987 zegt hij het zo: 'Is dit nu niet zoeken van spijkers op laag water? In dit concrete geval wel, denk ik. ... Ik voorzie echter dat er, waar deze wijze van bewijslevering als zodanig wordt toegestaan, allerlei onduidelijkheden zullen rijzen. Terwille van de algemene kwaliteit van het strafprocesrecht waarop helaas, vaak om honorabele redenen, reeds vele aanslagen zijn gepleegd, kies ik er dan ook bewust voor niet te trachten deze – in concreto geen of weinig onheil laat staan onrecht aanrichtende en voor de hand liggende – bewijslevering goed te praten of te vergoelijken.'[9]

En in wat G.E. Mulder terecht een indrukwekkende conclusie heeft genoemd, lezen we: 'Hoezeer ik die ontwijking begrijpelijk vind, juist acht ik ze niet: ook rotvragen moet men onder ogen durven zien en beantwoorden. ... Want hier is opzettelijk en uitdrukkelijk in strijd met het recht gehandeld en met geen ander doel dan het vasthouden van requirant te bereiken. ... Hoe vuil mag de overheid zijn handen maken om heel vuile dingen te voorkomen? ... Uit het voorgaande volgt dat, hoezeer ik dit ook betreur, het eerste middel doel treft.'[10]

Hij vond hier de Hoge Raad aan zijn kant.

In het recht moeten mensen serieus worden genomen. Dat geldt in het bijzonder in het strafrecht, waarin steeds weer de mens als lid van de samenleving wordt aangesproken op zijn verantwoordelijkheid. Een mens, die als verdachte zelf ook recht heeft op een behoorlijke bejegening en de gelegenheid moet krijgen om naar voren te brengen wat van belang kan zijn. Dus 'Ik vind dat men ook lastige mensen gelijk moet geven als zij dat hebben'[11] en 'Ik stel dit vast omdat het hier m.i. echt om een vervelende zaak gaat',[12] in een zaak waarin aan de in eerste aanleg verschenen verdachte de appeldagvaarding niet goed werd betekend.

Voor het strafrecht zijn de gewetensbezwaarden een lastig soort mensen, in het bijzonder in een democratisch land, waar de gewetensvrijheid hoog staat genoteerd. Leijten staat in de traditie van Van Eck, die, kort gezegd, vindt dat aan degene die naar zijn geweten handelt, moeilijk een verwijt valt te maken. Wat moet die anders

7. HR 21 mei 1985, NJ 1986, 26.
8. De zaak Kostovski, NJB 1989, blz. 1524. Zie T.M. Schalken, Anonieme getuige en strafrechtelijke logistiek, NJB 1990, blz. 8 e.v.
9. HR 13 mei 1986, NJ 1987, 81.
10. HR 1 juli 1982, NJ 1983, 67.
11. HR 12 april 1983, NJ 1983, 514.
12. HR 25 januari 1983, NJ 1983, 414.

doen? Toch, meent Leijten, 'Wie van oordeel is dat hij zijn gewetensbezwaren niet mag laten toetsen – omdat zijn geweten zich daartegen verzet – moet zeker niet tegen zijn geweten handelen, maar zou moeten erkennen dat de statelijke gemeenschap gewetensbezwaren in het kwadraat moeilijk kan erkennen.'[13]

Leijten kan wat met de taal. Welke Advocaat-Generaal citeert bij een beschouwing over passeren via een invoegstrook die evenwijdig loopt aan de weg die de bestuurder op wil rijden, het gedicht: 'Gij leeft – en ik dacht U te raken / een ogenblik, als in een spel, / maar ik kan U niet meer verzaken / mijn feilloze parallel'?[14] Hij is zich diep bewust van het eigene, het onmisbare en het vervreemdende van de juridische taal. Over de plaats van plegen gaat het als hij opmerkt: 'dienaangaande is, over de hoofden van, naar ik moet aannemen, het merendeel der verdachten heen, een boeiende juridische discussie ontstaan.'[15] En in 1983 zegt hij: 'In welk laatste geval mag worden aangenomen dat de reddende gedachtengang – of een andere met hetzelfde resultaat – haar werk op juridisch mystieke wijze heeft gedaan'.[16] Of, in hetzelfde jaar gepubliceerd: 'Voor mij is duidelijk dat woorden nooit zonder meer duidelijk zijn, maar dat slechts – tot op zekere hoogte – worden in hun feitelijke en maatschappelijke contekst.'[17]

Het procesrecht kent zijn eigen valkuilen. Regels die gemaakt zijn om het recht te dienen, kunnen de rechtsgang blokkeren. Dat geldt in mindere mate ook voor het strafrecht. Dan moet er worden geredeneerd om een uitkomst te vinden. Maar er zijn grenzen aan dat redeneren en aan het 'functioneel' uitleggen van regels. Die grenzen doen zich vooral voelen als zij het bereiken van een rechtvaardig resultaat verhinderen.

Over te veel spitsvondigheid zegt Leijten: 'Ik begin mij een beetje te schamen over deze uiteenzetting, maar zij is uitgelokt. En het is een niet onernstige zaak. ... Waar ik in ieder geval niets voor voel is aan die haakjes een vernietigende werking toe te kennen. Ook in het strafprocesrecht bestaan grenzen.'[18] Als het om een zotte maar fatale vergissing gaat in een zittingsproces-verbaal, merkt hij spottende op: 'Tijdens de behandeling van het verzet heeft zich een rolverwisseling voorgedaan. Immers de OvJ heeft daar – zo leert het p.-v. – het woord gevoerd ter verdediging waarna de verdachte het laatste woord is gelaten. Zulk een rolopvatting leidt in het algemeen in deze verdorven (juridische) wereld tot nietigheid.'[19] Maar het komt toch veel op helder redeneren aan, en als het hapert, rijst er terecht twijfel aan de houdbaarheid. Leijten zegt dat zo: 'Maar zoals blijkt is het toch een knarsende redenering, die stroef loopt. Ik voel het meest voor de mening dat de gebezigde bewijsmiddelen niet tot de bewezenverklaring kunnen leiden. ... Ik kies vooral – zonder zekerheid, maar niet zonder overtuiging – voor negatieve beantwoording van de vraag.'[20] Maar hij ziet het ook wel eens heel helder voor zich:

13. HR 1 maart 1983, NJ 1983, 529.
14. HR 1 juli 1986, NJ 1987, 216.
15. HR 11 mei 1982, NJ 1983, 3.
16. HR 21 december 1982, NJ 1983, 284.
17. HR 22 maart 1983, NJ 1983, 498.
18. HR 9 september 1986, NJ 1987, 303.
19. HR 31 mei 1988, NJ 1989, 190.
20. HR 27 oktober 1987, NJ 1989, 128.

'Hoe valt dát te rijmen met de vaststelling dat ...? Ik doe een poging het rijm aan te brengen.'[21]

Bij alle respect voor de wet blijft het Leijten gaan om aanvaardbare beslissingen. In 1988 wijst hij op 'een duidelijk voorbeeld van een geval waarin men de gevolgen van een juiste beslissing te weerzinwekkend vindt om ze te aanvaarden: art. 245 lid 2 Sr bestond nog niet.'[22] En als hij een uitweg zoekt schuwt hij het woord ontsnappingsroute niet: 'Deze ontsnappingsroute (en tegen ontsnappen *op zich* zou ik geen bezwaar hebben, daar de bewijs-onder-de-streep-leer mij erg formalistisch aandoet) lijkt mij thans niet mogelijk.'[23] Soms neemt hij ook een bepaling zelf onder schot, op zijn relativerende wijze: 'Ik zeg dit niet om te vitten, maar teneinde duidelijk te maken dat er behoefte bestaat aan ontmanteling van een artikel (art. 359 lid 1 Sv) dat zonder veel aanwijsbare zin onheil pleegt te stichten in "zware zaken". ... Ik kan niet zeggen dat ik erin geslaagd ben zulk een nieuwe rationele beperking te geven, al dacht ik even van wel. ... De constructie ... is niet onzinnig, maar voor de lage vlucht van mijn verbeeldingsvermogen te stoutmoedig.'[24]

Wat is de werkelijkheid achter de woorden? De volmacht, waarmee hoger beroep was ingesteld, deugde niet. Leijten: 'En toch! Het is maar een verschrikkelijke papieren fout, die tot zeer ernstige gevolgen kan leiden.'[25] De verdachte heeft zich zo uitgedrukt, dat hij niet geacht kan worden een beroep op overmacht te hebben gedaan. Leijten: 'Maar een woord is maar een woord en daarmee kan de vraag rijzen of requirant niet bedoeld heeft een beroep op overmacht te doen in die zin dat hij niet enkel gedrongen, maar gedwongen werd tot zijn handelwijze.'[26]

Wat in een aantal conclusies van Leijten zo treft, is dat hij zich zo indenkt in de positie van de verdachte of de klager. Zoals bijvoorbeeld in een kort geding, waarin hij concludeert naar aanleiding van de klacht van een gedetineerde tegen de Staat. 'Het lijkt me erg onjuridisch als ik begin met een korte schets van de tegengestelde belangen, die mij – zeer concreet – voor ogen stonden toen ik aarzelend en met de weerbarstige materie vechtend, langzaam aan tot de conclusie kwam, die ik hierna zal ontvouwen, een conclusie waarin de gevorderde vrijheid om een eigen arts te raadplegen centraal staat.'[27] Maar dat niet alleen. Leijten is in zijn conclusies dikwijls in gesprek. Met de raadsman bijvoorbeeld: 'Het middel is op boeiende wijze ruimschoots toegelicht. Ik moet mij in zekere zin excuseren dat ik zo weinig weerwerk bied en toch tot de gevolgtrekking kom dat het middel niet opgaat.'[28] Maar ook met rechters die de uitspraak hebben gedaan waartegen cassatie is ingesteld, en met leden van het OM die dagvaardingen hebben opgesteld of doen opstellen, of middelen van cassatie hebben ingediend. Hij ziet ze voor zich. Dat doet hij zelfs met het gebouw van de Hoge Raad, dat voor zich zien: 'Zou de Hoge Raad art. 130 lid 3 letterlijk-grammaticaal willen toepassen dan zal

21. HR 18 oktober 1988, NJ 1989, 268.
22. HR 20 december 1988, NJ 1989, 500.
23. HR 19 september 1988, NJ 1989, 478.
24. HR 24 februari 1989, NJ 1989, 616.
25. HR 5 oktober 1982, NJ 1983, 281.
26. HR 8 juni 1982, NJ 1983, 103.
27. HR 25 juni 1982, NJ 1983, 194.
28. HR 24 september 1985, NJ 1986, 611.

er voor deze gelegenheid aan het nieuwe of oude gebouw van de Hoge Raad een bewerking moeten worden aangebracht als gevolg waarvan 'de aanplakking' ... kan plaatsvinden.'[29] Daardoor leven vele van zijn conclusies.

Hij, Leijten, doet ook iets wat andere Advocaten-Generaal zelden doen. Hij vertelt soms wat er bij het concipiëren van zijn conclusie door hem heen is gegaan. 'Een bedenking, die bij mij opkwam toen ik deze gedachtengang onder woorden bracht, wil ik Uw Raad niet onthouden. ... Er zullen in een strafzaak meestal een aantal momenten en passages voorkomen, die voor de niet direct betrokkenen niet of amper te volgen zijn. Er is nu eenmaal een "vreemde taal" beledigd en daarom wordt die vreemde taal gebezigd. ... Een strafzitting is geen – meestal slecht bezet – hoorcollege.'[30]

Wij horen in zijn conclusies van aanvankelijke oordelen en bijgestelde meningen: 'Ik zou dan ook het eerste middel in afwijking van een eerder gevormd voorlopig oordeel op de hiervoor aangevoerde gronden bij wijze van nader en uiteindelijk oordeel niet aannemelijk achten.'[31] Maar ook van ergernis: 'Alvorens deze conclusie te beëindigen nog één achterstallige opmerking – over de en/of kwestie, die mij aanzienlijk méér heeft dwars gezeten dan uit deze conclusie blijkt.'[32] Of teleurstelling: 'Daar is vroeger (voor de tweede wereldoorlog) wel eens anders over gedacht. Ik heb dat ooit in een conclusie mogen uitwerken, maar ik heb die niet terug kunnen vinden.'[33] Ook opluchting: 'Tot mijn schrik – en in zekere zin tot mijn opluchting – ben ik nu reeds aan het einde van mijn verhaal, gelet op de inhoud van het cassatiemiddel, gelijk dat is toegelicht.'[34]

Deze gevoelens zal ieder herkennen die juridische beschouwingen aan het papier toevertrouwt. Maar wie maakt daarvan melding? De conclusies van Leijten laten door de stijl waarin zij zijn geschreven, in een bijzondere mate zien hoe problematisch het strafrecht is, hoe levend, hoe weinig een 'strafrechtelijk systeem'.

Er zijn, denkt Leijten, annotatoren van de Nederlandse Jurisprudentie die alleen zijn geïnteresseerd in de arresten van de Hoge Raad, tenminste blijkt niet uit hun noten dat zij ooit kennis nemen van de conclusies van de Advocaten-Generaal.[35] In hun ogen bevat het arrest het geldend recht.

Zij weten niet wat zij missen. En zij miskennen, als waar zou zijn wat Leijten vermoedt, dat in de arresten vooral het recht dat geldt is te vinden. Dat is niet helemaal hetzelfde als geldend recht. Dat laatste in al zijn onzekerheid en kwetsbaarheid is nu juist meer in de conclusies geëtaleerd dan in de uitspraken van de Hoge Raad. En hoe zou het anders!

Vele conclusies van Leijten bevatten geldend recht in deze zin. Het zijn eigenlijk geen conclusies, het zijn 'Brieven aan de Hoge Raad van een rechtsgeleerde'.

Zuidhorn, januari 1990

29. HR 7 juni 1988, NJ 1989, 554.
30. HR 1 februari 1983, NJ 1983, 336.
31. HR 26 april 1983, NJ 1983, 689.
32. HR 16 december 1986, NJ 1987, 613.
33. HR 10 december 1985, NJ 1986, 426.
34. HR 30 september 1986, NJ 1987, 299.
35. De derde rechtsgang nader bekeken, Bronkhorstbundel, Arnhem 1989, blz. 199.

2

Het recht en de muzen

Conclusies*

Jan Leijten, man, boordevol aarzeling
en van gewichtigheid nergens een vleug,
autoriteit, doch tegen heug en meug,
en dichter van tedere fluistering.

Maar zijn conclusies tonen noeste deugd
van op de bres staan voor de enkeling,
van mededogen met de drenkeling.
Uit kracht en zachtheid put hij in één teug.

Jan Leijten, tik ertegen en geniet.
Welke jurist zette zich zó te kijk
en is, al twijfelend, zó van graniet?
Zijn argumenten heffen ons omhoog
en voegen zich, als hij zijn doel bereikt,
aaneen als kleuren van de regenboog.

A.S. Hartkamp

* Naar *Passage* van Gerrit Achterberg

G.C.J.J. van den Bergh

Recht in verzen

Wat Jan Leijten en ik gemeen hebben, is dat onze eerste, nooit geheel vergane literaire liefde niet het recht gold maar de poëzie. Dichter-juristen dus, zij het dat de eisen van het beroepsleven de jurist het deden winnen van de dichter. Maar bij het ouder worden keert men vaak naar zijn eerste liefde terug. Daarom denk ik dat ik Jan kan eren, en wie weet zelfs amuseren met iets over een curieus genre van gedichten – een van de vele waarin recht en poëzie elkaar ontmoeten: recht in verzen.

Juristen geïnteresseerd in merkwaardige oude boeken kennen meestal wel de berijmde *Code civil*. Daarover heeft mijn leermeester Pitlo, zelf een verzamelaar van curiosa, al het een en ander meegedeeld.[1] De berijmer (die Pitlo niet kon identificeren maar die, zoals ik destijds van Levenbach leerde B.M. Decomberousse heet) lijkt nog direct door de geest van de revolutie bezield. De Code, zegt hij, is bedoeld om in ieders hand te zijn, ze is als het ware een *Catechisme civil*. Daarom is het nuttig haar door berijming algemener bekendheid te geven. Maar dit betoog heeft minder met de actualiteit te maken dan men denken zou. Dit soort berijmingen is in feite al vele eeuwen ouder. De Code in verzen heeft zelfs een directe voorloper in de berijming van een rechtsbron die onder het Ancien Régime in Frankrijk een vergelijkbare centrale plaats innam: de berijmde *Coutume de Paris*. Ze is vervaardigd door een zekere Garnier Deschesne, een Parijse notaris, en verschenen in 1768.[2] Het handzame boekje kan voor de rechtshistoricus zelfs nu nog zijn nut hebben, omdat tegenover de berijming de tekst van de Coutume is afgedrukt.

Maar er zijn nog veel oudere versificaties. Men kan in feite van zoiets als een literaire traditie spreken. In de loop der jaren heb ik een plankje van zulke boeken verzameld en hoewel mijn collectie verre van volledig mag heten – is er al aanbod van deze gewoonlijk zeldzame boekjes, dan ontbreken soms de middelen –, er valt wel het een en ander over mee te delen. Grote poëzie is er uiteraard niet bij, maar menige berijming laat toch het niveau van het sinterklaasvers achter zich. Ik heb het hier niet in de eerste plaats over gedichten over het recht, een genre dat

1. Vgl. daarover A. Pitlo, *De vlo in het recht en andere curiosa uit oude rechtsliteratuur*, Arnhem, Gouda Quint 1980, blz. 95–104. De auteur van deze berijming is B.M. Decomberousse.

2. *La coutume / de Paris, / Mise en vers, / Avec le texte à coté*. Paris, Chez Saugrain, jeune, Libraire ordinaire de Mgr. le Comte d'Artois, rue du Hurepoix, à l'entrée du Quai des Augustins, MDCCLXVIII; h. 14.5 cm, b. 8 cm, 441 blz. Het boekje is zonder auteursnaam verschenen, maar in mijn exemplaar is op het titelblad met de hand bijgeschreven: 'Par Garnier Deschesne, ancien notaire de Paris.'

Jan zelf ook beoefent[3] en waarvan zelfs in verschillende talen omvangrijke bundels verschenen zijn.[4] Waar het mij in de eerste plaats om gaat, is de versificatie van rechtsbronnen zelf, al zal ik me wel een paar zijsprongen veroorloven.

Waarom neemt een jurist de moeite, een niet zelden omvangrijke rechtsbron te berijmen? Het vaakst wordt een praktisch motief genoemd: een didactisch of mnemotechnisch hulpmiddel scheppen waarmee het recht gemakkelijker kan worden gekend – juristen zijn nu eenmaal praktische mensen die voor alles wat ze doen een reden geven, al is het niet altijd de ware. Het voorbeeld geeft wat dit betreft de Byzantijnse jurist Michael Psellus (1018–1078) die ten behoeve van prins Michael (de latere keizer Michael VII) een *Synopsis legum* in verzen schreef,[5] de oudste mij bekende versificatie en voorbeeld voor vele latere. De receptiegeschiedenis van dit tractaat is weliswaar nog nooit uitgezocht, maar uit het feit dat er regelmatig fragmenten van worden geciteerd of bewerkt, mogen we opmaken dat het een zekere populariteit heeft genoten, met name ook bij de humanisten. De openingsverzen van Psellus (vs. 1–7), waarin hij zijn bedoeling uiteenzet, luiden in vertaling aldus:[6]

> Omvangrijk en moeilijk te begrijpen is de wetenschap van het
> recht
> in grootte bezwaarlijk te omvatten, onduidelijk in samenvatting
> en met woorden nauwelijks uit te leggen; maar toch is dat
> noodzakelijk.
> En de keizer moet zich daar bij voorrang om bekommeren.
> Want rechtvaardig moet het recht in processen in acht worden
> genomen.
> Daarom heb ik voor jou de massa der woorden samengevat
> en een goed te vatten rangschikking van de wetten gemaakt.

De Synopsis is bij al zijn inhoudelijke beknoptheid toch nog 1410 verzen lang, en of de jonge prins die inderdaad uit het hoofd zal hebben geleerd, moeten we in het midden laten.[7] Teneinde een indruk te geven van het juridische gehalte, volgt

3. Zie o.a. *NJB* 65(1990)343.

4. Bijvoorbeeld George Outram, a.w. (als noot 21); J.P.C., *Poetic justice*. London, Stevens and Sons, 1947; Julius von Gierke, *Grosse deutsche Juristen der Vergangenheit in Reimsprüchen*. Stuttgart, Enke, 1949; Antoine Fobe, *Etudes notariales*. Gent 1967.

5. In mijn bezit de editie van 1632: Mich. Pselii / Synopsis legum / versibus iambis et politicis. / Nunc primum Grece edita, Latina inter- / pretatione, et Notis illustrata. / Opera et studio / Francisci Bosqueti Narbonensis / Ex Bibliotheca Illustriss. D. Archiepiscopi Tolosani./ Parisiis, / Apud Ioannem Camusat, in vico Iacobaeo, / ad insigne Aurei Velleris. / MDCXXXII. h. 17 cm, b. 10.5 cm, xiv (ongen.) + 136 blz. De thans maatgevende kritische editie is van G. Weiss in *Fontes minores II*, Frankfurt, 1977, blz. 147–214. Vgl. over dit werk N. van der Wal – J.H.A. Lokin, *Historiae iuris graeco-romani delineatio; les sources du droit byzantin de 300 à 1453*. Groningen, Egbert Forsten, 1985, blz. 103.

6. Gaarne dank ik Dr. B.H. Stolte te Groningen voor deze vertaling en de hieronder aangehaalde.

7. Vgl. van der Wal–Lokin, *l.c.* De berijming bestaat deels uit jamben, maar voor het grootste deel uit *versus politici* van in de regel 15 lettergrepen, een in die tijd gangbaar genre.

hier de vertaling van een passage over overeenkomsten (vs. 118–121), waarin, zou men zo zeggen, de wilsleer duidelijk wordt uitgesproken:

> De definitie van een overeenkomst, zoals de meesten dat behaagt,
> is toestemming en instemming van meerdere willen,
> of van twee op zijn minst, die in hetzelfde samenlopen,
> zodat zij terstond het effect van een verbintenis teweegbrengen.

Soortgelijke motiveringen als bij Psellus vinden we in vele latere berijmingen. Duidelijk bedoeld als niet meer dan geheugensteuntje zijn bijvoorbeeld de rijmen die John Worrall maakte bij de *Reports* van de beroemde Engelse jurist Sir Edward Coke, en waarvan de eerste druk verscheen in 1742.[8] De meeste door Coke besproken cases worden in een tweeregelig versje samengevat. Shelley's Case gaat aldus:

> Shelley, where ancestors a freehold take
> The words (his heirs) a limitation make.

Denkt men aan didactische motieven, dan ligt natuurlijk in de eerste plaats een versificatie voor de hand van de Instituten, het door keizer Justinianus uitgevaardigde beginnersleerboek, dat niet alleen in de Byzantijnse rechtsscholen, maar ook in de juridische faculteiten van de Middeleeuwen tot in de negentiende eeuw gebruikt is als inleiding tot de rechtsgeleerdheid. Voorbeelden van zulke versificaties zijn er van de dertiende tot de negentiende eeuw.[9] De bekendste is die van Honoratus Draco (eerste helft 16e eeuw), een leerling en vriend van de humanistische jurist Alciatus. Ik bezit daarvan een exemplaar van de druk Genua 1553.[10] De versificator, een humanist, heeft het boekje gemaakt 'memoriae causa', om de strenge studien te verlichten door een vers en te bekorten door een samenvatting. Hier klinken de didactische bemoeiingen van de humanisten duidelijk door; zoals bekend hadden zij scherpe, en niet ongegronde kritiek op de middeleeuwse methode van rechtenonderwijs. Draco geeft slechts hier en daar een literaire verwijzing; zo imiteert hij het beroemde begin van Vergilius' Aeneis, dat zelf weer naar

8. [J. Worrall] *The Reports of Sir Edward Coke, Kt., in Verse*. London 1742, 41 blz.

9. Richard d'Annebaut (ca. 1280) *C'est le livre des institutions des drois appelle Institute translate de latin en francois*. Paris, Antoine Cayllant, 1485 (?) Vgl. Peach, RHD 60(1982)13; J. Klimart, *Römisch-rechtliche Bilderbogen; Obligationenrecht der Institutionen*. Wenen, Manz, 1895. In de *Navorscher* 2(1852)120 wordt gevraagd naar een werk getiteld *Theophilus renovatus*, een versificatie van de Instituten van Justinianus in hexameters. Ik heb dit werkje nog niet gevonden.

10. *L. Honorati / Draconis I.C. Ele- / mentorvm ivris civilis / sive Institutionum Imperialium / metrica epitome ab autore / nuper emendata et / suae sinceritati resituta. / Eiusdem de Ivstititiae et / Ivrisprvdentiae lau- / dibus Sylva. ad / Iacobvm Pvtevm Cardinalem*. Genvae apud Antonium Bellonum MDLIII [1553]; h. 14 cm, b. 9.5 cm, 135 blz. Op titelpagina en verso van blz. 135 drukkersvignet 'Dea Bellona' met zinspreuk 'Et gaudet bellona libellis.' Deze (roof-?)druk is zoals alle drukken van dit werkje blijkbaar erg zeldzaam. Ik vond hem niet in de catalogus van de Bibliothèque Nationale en van de British Library, noch in de Union Catalog. De eerste druk zou zijn verschenen in Lyon in 1531. Deze heb ik niet kunnen vinden. Andere drukken zijn van Leuven 1552 en Lyon 1556.

het begin van Homerus' Odyssee gevormd is. De titel 'Over gerechtigheid en recht' (Inst. 1.1.) begint zo:

> Iustitiam canimus, sanctae cui virginis ora
> Blanda bonis, austera malis. Nam reddere digna
> Vnicuique, deae mens, atque immota voluntas.
> Pandit iter dominae Iurisprudentia certum
> Divina, atque humana docens et cernere iusta
> Iniustis. Haec proinde iubet tria: vivere honeste,
> Ius tribui unicuique suum, non laedere quenquam.

Overigens van poëtische inspiratie verder geen spoor. Draco volgt getrouw de tekst van de Instituten en heeft zich vermoedelijk vooral beziggehouden met het tellen van voeten. Als voorbeeld geef ik het begin van boek 2:

> Hactenus explicitis personis adgredimur res,
> Quae vel mancipii sunt nostri, vel minus.
> Ergo sunt naturali quaedam communia jure
> Omnibus, et quaedam dicuntur publica: sunt quae
> Multorum simul, et quaedam nullius; habentque
> Pleraque privati, quorum adquisitio causis
> Evenit ex variis, ut subjicienda docebunt.

Poëtisch gesproken zit hier inderdaad geen gram vlees aan. Draco weet dat zelf trouwens ook wel. In de opdracht aan kardinaal Jacob Puteus schrijft hij dat hij de kritiek niet bestrijdt van hen die menen dat het werkje te weinig elegant is en eerder gelaakt dan geprezen moet worden om zijn gebrek aan poëtische versiering; hij heeft het echter niet geschreven om roem te verwerven, maar om de studien te bevorderen. Het boekje moet niettemin een zeker succes hebben gehad. Het beleefde meerdere drukken en Draco vermeldt zelf dat hij pas besloot om het uit te geven nadat hij een ongeautoriseerde uitgave onder ogen had gehad, die vol fouten en gebreken stak.

Berijmingen blijven de eeuwen door verschijnen. Een zekere M. Reymond heeft van de berijming der Duitse wetboeken zelfs een project gemaakt. Hij publiceerde een serie onder de titel *Der poetische Reichsjurist in der Westentasche; Reichsgesetzessammlung in Gedächtnissversen*. De boekjes hebben inderdaad zakformaat (13.5 x 10.5 cm). Helaas bezit ik alleen deel II: *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich*,[11] zodat ik niet weet hoeveel deeltjes verschenen zijn. Maar mijn exemplaar van het strafwetboek is van de zesde druk, zodat het boekje redelijk succesvol moet zijn geweest, al was het maar als juridisch relatiegeschenk. Meestal beperkt de berijmer zich nochtans tot een tamelijk geestloze weergave op rijm van de wetstekst. Slechts een enkele keer haalt hij breder uit, bijvoorbeeld bij de belediging (artikel 193). Het vers laat tevens aardig zien hoe de auteur over bepaalde ontwikkelingen in zijn tijd denkt. Geleerden en kunstenaars zijn altijd

11. M. Reymond, *Strafgesetzbuch für das deutsche Reich in Gedächtnissversen*. Leipzig, Glaser & Garte, 1882, viii + 204 blz.

overgevoelig geweest op het punt van eer en aanzien, maar intussen is ook de goede oude nederigheid van handwerkslieden en beamten verdwenen; doch gelukkig houdt de wetgever geen rekening met zulke lange tenen. Hij verlangt bewijs van het oogmerk om te beledigen, een beperking overigens die, zoals we weten, in de praktijk weinig om het lijf heeft.

Gelehrtenhochmut, Künstlerstolz,
Sind Ehrgefühl aus schwachstem Holz;
Wer über ihr Genie nicht denkt
Wie sie, aufs Bitterste sie kränkt.
Dessgleichen hat der Handwerkstand
Sich von der Demuth abgewandt;
Gevatter Handschuhmacher und Schneider
Betrachten heut' zu Tage leider
Unfehlbarkeit in Mass und Schnitt
Als Standesehren-Requisit.
Ja selbst die nied'ren Herr'n Beamten
Verlernten längst den angestammten
Respekt, und fühlen sich verletzt
Wenn der, der ihnen vorgesetzt,
Ihr Thun und Lassen scharf beschnüffelt
Und sie wol gar 'mal tüchtig rüffelt.
Doch ist nach deutschen Strafgesetzen
Solch' eine Kränkung nicht zu schätzen
Als wirkliche Beleidigung,
Wenn nicht die Form der Äusserung
So wie der näh're Tatbestand
Erweisen völlig eclatant,
Dass die Beleid'gung offenbar
Der Hauptzweck jener Aeuss'rung war.

Het didactisch genre neemt in de negentiende eeuw met name in Duitsland meer studentikoze vormen aan. Bekend is het *Römisch-Juristisches Gesangbuch* van Wilhelm Demme,[12] een cursus Romeins recht, beter gezegd Pandectenrecht, in 128 liederen, op populaire melodieën. Het omvat alleen het algemeen deel, het personen- en het zakenrecht (waaronder het erfrecht). Een later voorbeeld is het *Repetitorium der äusseren römischen Rechtsgeschichte* van Carl Bömers.[13] Het boekje geeft een korte samenvatting in hexameters van de uitwendige geschiedenis van het Romeinse recht. De berijmer veroorlooft zich soms enige poëtische vrijheid. De uiteenzetting over *responsa prudentium* (opinies van rechtsgeleerden) gaat zo:

12. Vgl. hierover A. Pitlo, *a.w.*, blz. 120–132.

13. C. Bömers, *Repetitorium der äusseren römischen Rechtsgeschichte; ein didactisches Gedicht.* Göttingen, Ellisen, 1871, 31 blz. Ik heb het exemplaar ten geschenke gekregen van Prof. Hazewinkel-Suringa.

Tanzend hüpfet der Vers; von begeistertem Schwunge getragen
Rasselnd Dactylus und Spondeus, mit Trommelgewirbel,
Führen sie Dich im Triumpf den staubigen Pfad der Geschichte.
Siehe, da blühen am Wege, den Weizenähren vergleichbar,
Golden die Uranfänge der advocatorischen Praxis,
Schaue sie näher an, es sind die responsa prudentium,
Leges waren sie nicht, noch hatten sie legis vigorem,
Nenne sie Lückenbüsser des lückenhaften Civilrechts.
Hoch in Anseh'n standen die rechtsverständigen Männer,
und sie leisteten viel, führnehmlich im Interpretiren.

Dat het beeld van de klassieke Romeinse jurist tot lyrische ontboezemingen inspireren kan, zien we ook nog wel bij sommige hedendaagse Romanisten, maar de voorstelling hier gegeven van de responsa[14] komt niet overeen met het thans gangbare. Het is aanvechtbaar, het werk van de Romeinse juristen af te schilderen als het oerbegin van de advocatenpraktijk, en zeker ze als 'gatenstoppers' te omschrijven. Hun opinies hadden wel degelijk rechtskracht. Maar daarover zullen we met de dichter niet in geding treden.

De periode van het Dominaat (284–565), als de keizer oppermachtig is geworden en de oude republikeinse instellingen geheel in verval zijn geraakt, wordt door dezelfde versificator in krachtige termen geschilderd, geheel in overeenstemming met het geschiedbeeld dat door de republikeinsgezinde Theodor Mommsen – een 'achtundvierziger' – is geschapen:

Mächtige Wandlung der Zeit! Entnervt sind die Römer geworden
Auf dem Nacken des einst sich selbst regierenden Volkes
Ruht der eiserne Fuss gewaltiger Imperatoren;
Zwar bestehen auch jetzt noch fort die Senatus consulta,
Aber es tanzt der Senat nach der goldenen Pfeife der Kaiser,
Zwar bestehen auch jetzt noch plebiscita et leges,
Aber es währet nicht lange, da sind sie beide verschwunden.
Neue Quelle des Rechts sind Constitutionen der Kaiser.

Misschien geloofden sommige berijmers werkelijk in de door hen genoemde mnemotechische of didactische motieven, maar de primaire reden voor het maken van een versie in verzen zal altijd wel zijn geweest dat de berijmer het gewoon niet kon laten. Wat dat betreft is de berijmer van de *Coutume de Paris* tenminste eerlijk. Het boek, zegt hij in een *Avertissement*, was geenszins bedoeld om te worden gepubliceerd. Hij had het gemaakt in zijn jeugd, om de verveling te verdrijven van de rechtenstudie, die hij weliswaar nodig had voor zijn toekomstige beroep, maar die ver verwijderd was van zijn voornaamste interessen. Vrienden met wie hij er, veel later, grapjes over maakte, vonden dat de verzen, waarin de strekking van de bepalingen van de Coutume nauwkeurig was weergegeven, niettemin enig nut konden hebben. Op hun advies werden ze daarom gedrukt.

14. Zie daarover thans J.E. Spruit, *Enchiridium*, 2e dr., Deventer 1977, 211 e.v.; F. Wieacker, *Römische Rechtsgeschichte*, 1. Abschnitt, München, Beck, 1988, blz. 495 e.v.

Interessant is een hier uitgesproken gedachte, die ons sinds het codificatietijdperk geheel vreemd is geworden. Het is niet één, preciese formulering die als ideaal wordt beschouwd. Juist verschillende formuleringen van eenzelfde gedachte brengen ons nader tot de kern daarvan. Deschesnes berijming is nuchter en precies. Poëtische uitweidingen in beeldende taal hoeft men bij hem evenmin te zoeken als in de berijming van de Code. Het bekende artikel 170, waarvan ons aloude art. 2014 BW afstamt, geeft hij bijvoorbeeld aldus weer:

Par action hypothécaire
Les meubles ne sont point suivis,
Lorsque des mains ils sont sortis
Du debiteur propriétaire.

Of deze regels de student werkelijk iets wijzer maken omtrent de strekking van bedoeld artikel, waag ik overigens te betwijfelen.

Wat men berijmt, hangt natuurlijk af van de structuur van het betreffende rechtssysteem. Terwijl op het continent wetten werden berijmd als de *Coutume de Paris*, de *Code civil*, of het Duitse strafwetboek van 1871 gebeurde dat in het Engelse stelsel van 'judge made law' met *leading cases*. Een anonieme Engelse dichter-jurist heeft zelfs in verzen zijn bezwaar kenbaar gemaakt tegen wetgeving – in casu de hervorming van het eigendomsrecht in 1925 –, met verwijzing naar dezelfde Shelley's Case waarover het eerder geciteerde versje van John Worrall ging:[15]

Land Law

There are topics in Real Property
both awkward and abstruse,
Like the shifting and the springing
of that awful thing, the Use.

Now, do you think that litigants
could hope to understand
How lawyers used in olden days
to play about with land?

But revision of the land law,
in nineteen-twenty-five,
Would probably annoy them
if they chanced to be alive,

For can you see old Shelley
after all that litigation
Applauding being abolished
by a piece of litigation?

15. J.P.C., *Poetic Justice*. London, Stevens & Sons, 1947, blz. 6.

Het verschil tussen Engels en continentaal berijmd recht zal overigens minder kunnen worden nu ook bij ons de jurisprudentie steeds belangrijker geworden is. Zo vindt het anonieme gedicht *Leading cases*[16] uit 1947 zijn perfecte, maar helaas veel prozaïscher weerklank in het onderzoeksverslag van Bruinsma en Welbergen.[17] De partijen wier namen in beroemde arresten vereeuwigd worden, begrijpen daar in de regel niets van, als ze er al van weten; hun advocaten hadden trouwens ook niet altijd voorzien waarom de zaak geschiedenis zou maken:

Leading Cases

Some litigants find that on leaving the Courts
They have found themselves fame in the legal Reports.
For reasons they never will quite understand
They have added a bit to the law of the land.

Their case has decided some interesting law,
Which maybe their barristers never foresaw –
Thus litigant laymen acquire legal fame
Whose lawyers may never accomplish the same.

De korte rijmen op de cases uit Coke's reports zijn reeds genoemd, maar er zijn ook berijmingen die de cases uitvoeriger weergeven. Een daarvan is *Leading cases done into English*, in 1876 anoniem gepubliceerd, maar geschreven door niemand minder dan de beroemde Sir Frederick Pollock in zijn jonge jaren.[18] Zijn verzen zijn van behoorlijke kwaliteit; dit zijn de laatste strofen:

Yet I pour you the drink of my verses,
Of learning made lovely with lays,
Song bitter and sweet that rehearses
The deeds of your eminent days:
Yea, in these evil days from their reading
Some profit a student shall draw,
Though some points are of obsolete pleading,
And some are not law.

Though the Courts that were manifold dwindle
To divers divisions of one,
And no fire from your face may rekindle
The light of old learning undone,
We have suitors and briefs for our payment,
While so long as a Court shall hold pleas,

16. Zie het in noot 15 aangehaalde werk, blz. 4.

17. F. Bruinsma – R. Welbergen, *De Hoge Raad van Onderen*. Zwolle, Tjeenk Willink, 1988.

18. *Leading cases done into English*. London, Macmillan, 1876. Vgl. daarover E.B.V. Christian, On the Comedy of the Law, in id. [Ed.] *The Lays of a Limb of the Law* by the late John Popplestone. London, Reeves and Turner, 1889, blz. 139 e.v. Het citaat ontleen ik aan hem.

We talk moonshine with wigs for our raiment,
Not sinking the fees.

Een andere bundel van leading cases op rijm staat op naam van een zekere John Popplestone, naar ik vermoed een figuur bedacht door de uitgever van dit werkje, Edmund B.V. Christian.[19] De 'leading cases in verse' zijn helaas te lang om hier uit te citeren. Daarom kies ik uit de 'Sonnets on the Mortgagees', die beginnen met een sonnet aan Wordsworth, Moss v. Gallimore:[20]

Tenancy created before the mortgage.

'If you must sue me, let it be for nought
But for the rent I owe *you* Gallimore;
Not for the rent which had accrued before
You took possession. I have always thought
That when a mortgagee possession sought,
(Though little learnéd I in legal lore),
But from the date the which his notice bore
The rent he claimed when he his action brought.'
So Moss, but erring. And, unpaid his rent –
That rent which at the notice-date was due –
To make distress hard Gallimore has sent
The brokers in, and sold his chattels few.
And Moss for trespass, on revenge intent,
Vainly – ah! worse than vainly – does he sue.

Nog een collectie danken we aan de Schot George Outram (1805–1865), een niet zo succesvol lid van de Faculty of Advocates in Edinburgh, die in zijn latere leven hoofdredacteur van een krant werd.[21] Het gaat hierin onder meer over typisch Schotse vormen van procederen, in gebruik bij het 'Court of Sessions' in Edinburgh, zoals 'multiplepoinding', een procedure waarbij verschillende eisers op uiteenlopende gronden hetzelfde goed kunnen opeisen. Outram schrijft bij voorkeur in de vorm van cabaret- of music hall-liedjes. 'The Law of Marriage' is te lang om in zijn geheel te citeren, daarom hier de eerste drie coupletten.

19. Zie noot 14. Het boekje bevat naast verzen over leading cases ook andere verzen en balladen over juridica, een 'Memoir of the late Mr. John Popplestone' (blz. iv–xx) en een Postscript 'On the Comedy of the Law', waarin onder meer gegevens over andere berijmingen.

20. *a.w.*, blz. 120.

21. George Outram, *Legal and Other Lyrics*. London/Edinburgh/Boston, N.T. Foulis, 1916, 204 blz. Het werk is geïllustreerd met zeer fraaie, ingeplakte tekeningen van Edmund J. Sullivan. Dit is in feite de derde druk. In 1851 liet Outram als privé-uitgave drukken *Legal Lyrics and Metrical Illustrations of the Scotch Forms of Process*. Nadat er enige duizenden exemplaren van verkocht waren, verscheen in 1888 de eerste geïllustreerde editie onder de titel *Legal and Other Lyrics* (Edinburg/London, Wm. Blackwood and Sons). Deze gegevens ontleen ik aan E. Christian, *a.w.*, blz. 142. Over het leven van Outram bericht een 'Introductory Notice' van Henry Glassford Bell in *Legal and Other Lyrics*, blz. 1 e.v.

O marriage! – tell me if you truly are
A Deity, as poets present ye!
Or are you, as the Institutes declare,
Nothing but a *consensus de praesenti?*
No matter! – I espoused a maid of twenty
By promise, and a process *subsequente.*
We married without contract; but our rights
Were all defined within the year and day.
A youngster came, one o'the cold spring nights
I hardly had expected him till May.
My wife did well – in fact as well as could be;
The baby squeaked, and all was as it should be.

The darling's eyes were dark and deeply set –
My wife's and mine were light and round and full;
His hair was thick and coarse and black as jet,
While ours was thin and fair and soft as wool;
I knew 't was vain to play the rude remonstrant,
For *Pater est quem nuptiae demonstrant.*

De Schotten hebben blijkbaar een voorliefde voor dit soort poëzie, zoals blijkt uit de bloemlezing bijeengebracht door James Maidment onder de titel *Court of Session Garland*,[22] waarop ik helaas nog niet de hand heb kunnen leggen.

Zoals we hiervoor zagen, hebben zowel Franse, Duitse als Engelse juristen zich aan het berijmen van hun voornaamste rechtsbronnen gezet. Des te opvallender, dat we voor Nederland niets soortgelijks kunnen aanwijzen. Is dit nu die Hollandse nuchterheid, die prozaïsche koopmansgeest? Ik zou het niet weten, maar ik verwacht ook niet dat het er ooit nog van komt. Wie zal zich aangorden om het nieuwe BW te berijmen? Het duurde al veertig jaar voordat het wetboek zelf er was. Ik denk dat Jan Leijten evenmin als ik ambities in die richting koestert. Maar om althans bij deze gelegenheid het poëtische element niet geheel te laten ontbreken, wil ik toch met een klein vers besluiten. Het gaat over de eigendomsdefinitie in ons nieuw BW, waarover ik, zoals bekend, al eerder iets geschreven heb.[23] Ik zal niet de tekst van het artikel parafraseren, maar iets uit zijn onstaansgeschiedenis.

Eigendom

Neen, eigendom is absoluut niet absoluut,
men wordt niet moe het krachtig te betogen.
We gaan heus met de tijd mee, absoluut,
en vermaatschappelijken zienderogen.

22. J. Maidment [Ed.] *The Court of Session Garland.* London, Hamilton, Adams and Co., Glasgow, Thos. D. Morison, 1888.

23. Schijnbewegingen; hercodificatie en eigendomsdefinitie in historisch perspectief. Het artikel is verschenen in *Liber amicorum John Gilissen*, Antwerpen, Kluwer Rechtswetenschappen, 1983, blz. 389–404 en herdrukt in *Recht en Kritiek* 13(1987)327–41.

Waar Meijers sprak van 'het volledigst recht',
klonk het de kroon wat beter in de oren
als daarvoor 'meest omvattend' werd gezegd,
want 'absoluut' wilde ze absoluut niet horen.

Ach, had men beter Meijers' geest gevat!
En hoe zal ooit een mens kunnen begrijpen,
dat het volledigst niet het meest omvat
wanneer juristen scherp gaan slijpen?

En echt, was dat 'volledig' nu zo slecht?
Als ik de schrijvers heel goed heb gelezen,
blijft eigendom 't volste èn leegste recht,
dat er in deze wereld maar kan wezen.

M.E. Leijten m.m.v. J.A. Leijten

Kunst eene rechterszaak?

Dat is geen kunst.
Waarom niet?
Daarom niet.
Daarom is geen reden
Als je van de trap afvalt,
Ben je gauw beneden.

Er zijn vanzelfsprekender verbanden te leggen dan tussen rechters en kunst. Toch is er ook in de artistieke wereld, waar met een zekere regelmaat het verwijt valt dat subsidies willekeurig worden uitgedeeld, behoefte aan rechtsbescherming. Wat een bespreking van dit onderwerp bemoeilijkt, is dat tegenwoordig bij de toekenning van kunstsubsidies de 'artistieke kwaliteit' een allesoverheersend criterium is. Een criterium dat in de praktijk gebracht bij uitstek ongeschikt lijkt voor rechterlijke toetsing. Bij de opzet van dit artikel zijn in dit verband de vragen centraal gesteld in hoeverre subsidie-afwijzingen artistiek-inhoudelijk gemotiveerd moeten worden en tot op welke hoogte het mogelijk is rechtsbescherming te bieden aan kunstenaars die om redenen van onvoldoende artistieke kwaliteit geen subsidie ontvangen.

In de jaren tachtig is bij het verstrekken van subsidies het accent verschoven van financiële ondersteuning van de kunstenaar naar het bevorderen van Kunst. Daarmee is het kunstbeleid weer aardig in de richting gekomen van het ruim één eeuw oude gedachtengoed van Thorbecke, die meende dat met het beschikbaar stellen van grote sommen geld slechts de kunstenaar en niet de Kunst gediend zou zijn. Thorbecke wenste de onafhankelijkheid van de kunsten te waarborgen,[1] maar sloot niet alle financiële overheidsbemoeienis op dit gebied uit. Hij was bijvoorbeeld in theorie vóór het aankopen van eigentijdse kunst – 'met groote gestrengheid toegepast' –, maar waarschuwde tegelijkertijd voor een staatsmecenaat: 'Het zal eene carrière worden kunstenaar te zijn. Iemand die geen talent heeft, zal rekenen dat hij het bij zulk eene Regering wel beproeven kan, of hij niet een talent zal kunnen worden.'[2]

1. 'Kunst is geene regeringszaak', begrotingsdebat 25 november 1862.
2. Zie Jan Hart in '*Kunst en beleid in Nederland, 3*', Boekmanstichting/Van Gennep, Amsterdam 1988, p. 86 t/m 93.

Kunstfondsen

Een voorbeeld van de hierboven gesignaleerde accentverschuiving is de afschaffing van de meer garanderende inkomensgerichte Beeldende Kunstenaars Regeling (BKR) en de oprichting van het op kwaliteit selecterende Fonds voor Beeldende kunsten, Vormgeving en Bouwkunst.[3] Dit Fonds is één van de drie op basis van de Fondsenwet scheppende kunsten (Stb. 1981, 355) door de minister van WVC in het leven geroepen stichtingen, die volgens het eerste artikel van die wet ten doel hebben: 'het tot stand komen en het voor gebruik gereed maken van werken van scheppende kunst te bevorderen door daartoe financiële uitkeringen te verstrekken'. Daarnaast bestaat sinds 31 maart 1982 het Fonds voor de Scheppende Toonkunst en sinds eind 1983 het Fonds voor de Nederlandse Film. Van vóór de Fondsenwet dateert de Stichting Fonds voor de Letteren, opgericht in 1965.

Met de figuur van de kunstfondsen is een methode gevonden om op slagvaardige wijze kunstenaars met overheidsgelden te subsidiëren, afhankelijk van een kwaliteitsoordeel over hun werk en met zo min mogelijk inhoudelijke bemoeienis van het Ministerie. Voordat de Fondsen bestonden werden soortgelijke subsidieregelingen op gemeentelijk niveau (BKR) en door ambtenaren op het Ministerie uitgevoerd, die zich voor wat de inhoudelijke beoordeling betreft lieten adviseren door externe adviescommissies.

Een groot deel van de subsidiebeslissingen die individuele kunstenaars betreffen is nu uitbesteed aan de diverse Fondsen, die in aantal waarschijnlijk nog zullen toenemen.[4] Alle genoemde Fondsen werken met adviescommissies van deskundigen/vakgenoten die onder meer een kwaliteitsoordeel of een kwaliteitsverwachting vormen over werk van aanvragers.

Artistieke kwaliteit

Om u een idee te geven van de complexiteit van het begrip artistieke kwaliteit, volgt een kleine greep uit de talloze boeken, artikelen, jaarverslagen en andere geschriften waarin kwaliteit of de toetsing van kwaliteit wordt besproken.

Hella Haasse omschrijft 'kwaliteit' in haar essay '*Kwaliteit (een verkenning)*',[5] aldus: 'Kwaliteit is het produkt van een langdurige ontwikkeling, van een samen-

3. De BKR is op 1 januari 1987 opgeheven. Het was een zogenaamde 'open eind regeling', vallend onder het Ministerie van Sociale Zaken. Het Fonds voor Beeldende kunsten is opgericht op 21 december 1987.

4. In oprichting is een Nationaal Fonds voor Kunstopdrachten (Staatscourant van 27 februari 1990). Oprichting van een produktiefonds voor literaire boekpublikaties wordt ten departemente voorbereid. Voorts zijn daar bijvoorbeeld nog het Produktiefonds voor Nederlandse Films (1956), het Stimuleringsfonds voor Nederlandse Culturele Omroepprodukties (1988) en het pas opgerichte Fonds voor Bijzondere Journalistieke Projecten, in dit artikel niet nader besproken.

5. Uitgeverij Bert Bakker, 1987.

gaan, versmelten, van "kunde" in de dubbele betekenis van technische vaardigheid en beheersing van de stof, een en ander afgerond door iets dat de maker individueel eigen is, het stempel van de persoonlijkheid, de originaliteit.'

In nieuwsbrief nr. 1, 1988 van het Fonds voor Beeldende kunsten, Vormgeving en Bouwkunst is opgenomen: '...artistieke kwaliteit is nu eenmaal geen statisch gegeven dat voor de eeuwigheid vastligt. Zeker in onze tijd is het constant en in hoog tempo in ontwikkeling en staat het als begrip permanent ter discussie. Niettemin kan worden vastgesteld dat het nog steeds mogelijk is om kwaliteit te beoordelen vanuit de overweging dat daartoe tenminste één instrument voorhanden is: de relatieve consensus, die voortkomt uit discussie.'

Vaak gaat men er impliciet van uit dat de kwaliteit van een kunstwerk af te leiden valt uit eigenschappen van dat werk zelf; dat in de meeste gevallen een zekere deskundigheid nodig is om kwaliteit te herkennen; en dat dan nóg de mogelijkheid bestaat dat de ene deskundige een kunstwerk minder waarde toekent dan de ander, omdat waardering voor een deel intuïtief wordt bepaald, bijna samenvallend met een begrip als 'smaak'. Dat het begrip 'smaak' in deze optiek niet helemaal zuiver is blijkt bijvoorbeeld uit de eigenschappen die het Fonds voor Beeldende Kunsten van belang acht voor zijn adviescommissieleden:

'Grote betrokkenheid bij de hedendaagse kunst, een goed oordelend vermogen, het vermogen dat oordeel onder woorden te brengen, ruime ervaring in de kunsten, verkregen door zelf het vak te beoefenen of door grote (theoretische) kennis van zaken. *Bovendien is erop gelet dat deze mensen over de grenzen van hun eigen persoonlijke voorkeuren heen kunnen kijken.*'[6]

Kwaliteit zo opgevat, laat weinig ruimte voor inhoudelijke toetsing van een procedureel juist tot stand gekomen intersubjectief oordeel over artistieke kwaliteit. Het is niet goed voorstelbaar dat de rechter of een rechterlijk college zijn eigen oordeel in de plaats zou stellen van dat van een aantal deskundigen of dat de rechter zich op zijn beurt weer zou laten adviseren door een aantal deskundigen. In het laatste geval zou het eenieder die is afgewezen om redenen van kwaliteit, aan te raden zijn een tweede poging te wagen. Bovendien ontbeert een adviescommissie die slechts over één geval oordeelt, het zo noodzakelijke vergelijkingsmateriaal.

Er bestaat echter ook een andere benadering, die kwaliteit ziet als het resultaat van gedrag en niet als intrinsieke waarde van een kunstwerk. In de literatuur gaat het dan voornamelijk om zogenaamde tekstexterne factoren als recensies, prijzen, mediapresentatie en dergelijke, die de kwaliteit van een literair werk bepalen.

Kees van Rees schrijft in zijn bijdrage aan de bundel '*De regels van de smaak*': 'Wel bestrijd ik de (doorgaans impliciete) claim van tekstgerichte critici dat zij over het vermogen beschikken om teksteigenschappen aan te wijzen die kunnen gelden als goede gronden ter ondersteuning van het oordeel over de waarde van een literair werk. De literatuurbeschouwing, de tekstgerichte literatuurweten-

6. Jaarverslag 1989.

schap, is er niet in geslaagd deze claim waar te maken. Zij zal er ook niet in slagen, omdat toekenning van eigenschappen en kwaliteit aan een literair werk geschiedt op normatieve gronden, vanuit normatieve stellingnames over de aard en maatschappelijke functie van literatuur. Het onmiskenbare gegeven dat critici in een bepaalde periode niettemin een consensus weten te bereiken over de eigenschappen en waarde die aan een werk zouden zijn toe te kennen, verschaft geen goed tegenargument... Deze consensus hangt namelijk van factoren af die bepalend zijn voor de wijze waarop de literatuurkritiek als institutie functioneert.'[7]

In het artikel '*Macht en deskundigheid binnen de literatuur*' van Wouter de Nooy en Hugo Verdaasdonk staat het kort en bondig: 'Voorts is het principieel onmogelijk om literaire waardeoordelen – evaluatieve uitspraken – logisch af te leiden uit – beschrijvende – uitspraken over eigenschappen die een tekst eventueel bezit.'[8]

Laatstgenoemde invalshoek biedt zekere mogelijkheden voor toetsing van een oordeel omtrent artistieke kwaliteit. Om niet al te abstract te blijven geef ik als voorbeeld een beslissing d.d. 14 februari 1986 van de Commissie van Beroep van het Fonds voor de Letteren waarin de Commissie aarzelde tekstexterne factoren bepalend te laten zijn voor haar beslissing.

Het betrof de afwijzing van een aanvullend honorarium voor het boek '*Het Gouden Ei*' van Tim Krabbé. De afwijzing was gebaseerd op de niet nader gemotiveerde mening van het Fondsbestuur dat het werk onvoldoende literaire kwaliteit bezat, daarin geadviseerd door een uit drie leden bestaande adviescommissie. Het beroep was gebaseerd op het artikel in het beroepsreglement dat luidt: 'Over het oordeel van het Fondsbestuur omtrent de literaire kwaliteit van het werk van klager kan niet worden geklaagd tenzij het Fondsbestuur in redelijkheid niet tot de beslissing had kunnen komen.' De auteur voerde een groot aantal tekstexterne factoren aan die de kwaliteit van zijn werk bevestigden: goede recensies, hoge verkoopcijfers, Boeken-top-tien HP, enquête onder Volkskrantlezers, verkochte filmrechten ('*Spoorloos*'), buitenlandse vertaling, onderwerp van een serie colleges aan een universiteit. In de beslissing waren onder meer de volgende overwegingen opgenomen: 'De beroepscommissie stelt vast dat zij, gegeven ook de beperkingen van de marginale toetsing, niet over de feiten beschikt die noodzaken tot de uitspraak dat het Fondsbestuur in redelijkheid niet tot de beslissing had kunnen komen. Derhalve acht zij het beroep ongegrond. ... Tenslotte nog een kanttekening over de interpretatie van het begrip 'in redelijkheid niet kunnen komen tot'. Zonder zich te mengen in de inhoudelijke kwaliteitsbeoordeling waartoe zij niet bevoegd is, constateert de Commissie dat het besluit door het Fonds tot afwijzing staat tegenover de vrijwel unanieme positieve tot zeer positieve oordelen van overige fora van terzake deskundigen. De mogelijkheid om, conform de forumgedachte van de getuigedeskundige de heer Vervoort, te spreken van een

7. Kees van Rees 'Consensusvorming in de literatuurkritiek' in '*De regels van de smaak*', uitgeverij Joost Nijsen, Amsterdam 1985, p. 60.

8. '*De cultuur elite van Nederland; wie maken en breken de kunst*', uitgeverij Balans, Amsterdam 1989, p. 195.

onredelijke beslissing in die gevallen waar het Fondsoordeel afwijkt van de communis opinio in literaire kring, heeft de Commissie echter verworpen. Een dergelijke ruime interpretatie levert nog steeds geen duidelijk, ondubbelzinnig criterium op en zou dientengevolge een onwenselijk precedent scheppen.'

Ik vraag mij af of de wens te komen tot een duidelijk, ondubbelzinnig criterium in dit verband niet te hoog gegrepen is. Het zal zelden voorkomen dat er zóveel externe factoren aangevoerd kunnen worden die in het voordeel van de auteur pleiten. In die zin is een precedentwerking niet te vrezen. Anderzijds zie ik ook de problemen die rijzen wanneer een beroepscommissie externe factoren moet gaan wegen om ze vervolgens af te zetten tegen een inhoudelijk oordeel van een adviescommissie.

In de meeste gevallen zullen de oordelen van 'de fora van terzake deskundigen'– om met de Beroepscommissie te spreken – verre van eenduidig zijn of, wellicht nog erger, zich onvoldoende of in het geheel niet uitspreken. Dan resteert alleen het oordeel van het desbetreffende Fonds. Gelukkig, voor diegenen die buiten de schijnwerpers toch kwaliteit leveren.[9]

De Arobrechter

Het ziet er naar uit dat de kunstenaar die een subsidiebeslissing wil aanvechten het veelal zal moeten doen met de veel beproefde gronden voor administratief beroep, de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, die een meer procedurele dan inhoudelijke invalshoek kennen.

De Arobrechter beperkt zijn toetsing tot de wet in materiële zin en deze beginselen. Hij heeft zich meer dan eens gebogen over subsidiebeslissingen op het gebied van de kunst. Wat de Kunstfondsen betreft is het nog niet duidelijk of Arob-beroep mogelijk is, maar daar waar het Ministerie subsidiebeslissingen uitvoert of uitvoerde was een Arob-beroep ontvankelijk.

Nog vóór de Fondsenwet Scheppende Kunsten bestond, heeft de Afdeling rechtspraak van de Raad van State het Arob-beroep van een auteur tegen afwijzing van een werkbeurs door het Fonds voor de Letteren niet ontvankelijk verklaard, overwegende dat verweerder niet kan worden aangemerkt als een administratief orgaan in de zin van artikel 1, eerste lid, van de Wet Administratieve Rechtspraak Overheidsbeschikkingen, aangezien geen algemeen verbindend voorschrift is aan te wijzen waaraan het Fonds, hetzij rechtstreeks hetzij indirect enig openbaar gezag kan ontlenen.[10]

De Memorie van Toelichting bij de ontwerp-Fondsenwet ging er desalniettemin als vanzelfsprekend vanuit dat tegen beslissingen van de op basis van de

9. Een zekere professionaliteit wordt in het algemeen wel als voorwaarde gesteld. Dus het leveren van kwaliteit zonder daarmee naar buiten te treden in de vorm van bijvoorbeeld boekpublikaties of exposities levert ook bij de Fondsen niets op.

10. Afdeling rechtspraak, 7 april 1978, AB 1978, nr. 474.

Fondsenwet opgerichte Fondsen, Arob-beroep mogelijk zou zijn, hoewel ook duidelijk was dat de uiteindelijke beslissing daarover bij de Afdeling rechtspraak zelf lag.

Bij het Fonds voor de Nederlandse Film is nog nooit Arob-beroep voorgekomen. Het Fonds voor de Scheppende Toonkunst is éénmaal, vrijwel dadelijk na de oprichting, met een Arob-beroep geconfronteerd. De zaak bleek echter aanhangig te zijn gemaakt door een voormalig ambtenaar – gebruikmakend van een schuilnaam – die had meegewerkt aan de Fondsenwet en de totstandkoming van het Fonds in kwestie en daarom uiterst nieuwsgierig was naar de arobabiliteit. De Afdeling overwoog droogjes dat de zaak niet voortgezet kon worden nu gebleken was dat de klager niet bestond.

Het Fonds voor Beeldende Kunsten is nog in afwachting van de eerste uitspraken van de Afdeling. Wel is op 30 november 1989 (nr. R01.89.4660/ S310) een eerste, negatieve beschikking gegeven op een verzoek van een beeldend kunstenaar om een voorlopige voorziening ingevolge artikel 107 van de Wet op de Raad van State. Daarbij uitte de voorzitter van de Afdeling beredeneerd zijn twijfel over de vraag of het Fonds voor Beeldende Kunsten kan worden aangemerkt als een administratief orgaan in de zin van de Wet Arob en is beantwoording van die vraag doorgeschoven naar de bodemprocedure.

De voorzitter overwoog: 'Weliswaar is het enerzijds zo dat de oprichting van verweerster door de Minister haar grondslag vindt in artikel 2 van het Besluit Fonds voor Beeldende Kunsten, Vormgeving en Bouwkunst, juncto artikel 2 van de Fondsenwet Scheppende Kunsten; zijn de statuten van verweerster overeenkomstig artikel 4 van het Besluit door de Minister vastgesteld; behoeven de reglementen, houdende procedureregels en criteria die bij het beslissen omtrent aanvragen van subsidies en beroepskostenvergoedingen worden gehanteerd, op grond van deze statuten de goedkeuring van de Minister en wordt het bestuur van verweerster op grond van artikel 5 van het Besluit door de Minister benoemd, waarvan overigens de meerderheid op voordracht van de Raad voor de Kunst, doch anderzijds is gebleken dat verweerster geheel vrij is in de wijze waarop zij de haar ter beschikking staande financiële middelen verdeelt en kan de Minister geen invloed uitoefenen op de besluitvorming van verweerster in individuele gevallen. Daartoe is in artikel 7 van het Besluit bepaald dat het bestuur beslist over de toekenning van financiële middelen aan kunstenaars, waarbij het hierover alleen positief beslist na een positief advies van een adviesorgaan waarvan de leden door het bestuur zijn benoemd, terwijl ingevolge artikel 5, tiende lid van de statuten van verweerster de bestuursleden stemmen zonder last en ruggespraak. In dit verband is voorts nog van belang dat de geldmiddelen van verweerster naast subsidies van de Minister óók bestaan uit bijdragen van instellingen en particulieren en andere langs wettige weg verkregen baten, aldus is in artikel 3 van de statuten tot uitdrukking gebracht.'

Afgezien van het feit dat het Fonds voor de Letteren niet op basis van de Fondsenwet of enige andere wet is opgericht, kan bovenstaande redenering voor het Letterenfonds zonder meer worden overgenomen, behoudens enige onbeduidende nuanceverschillen.

Ten tijde van de hierboven genoemde uitspraak van de Afdeling d.d. 7 april 1978, waarbij Arob-beroep tegen een beslissing van het Fonds voor de Letteren niet ontvankelijk werd geacht, was de band tussen overheid en Fonds, blijkens de toen geldende statuten, aanmerkelijk nauwer dan nu: In artikel 5, lid 7 van de statuten was destijds opgenomen dat de Minister van CRM een ambtenaar van zijn departement voor onbepaalde tijd als bestuurslid, tevens secretaris-penningmeester van de Stichting benoemde. In artikel 5, lid 13 was bepaald dat de geldelijke administratie en het vermogensbeheer onder controle stonden van het hoofd van de afdeling Financiële Zaken en Comptabiliteit van het Ministerie van CRM en dat de boekhouding moest worden ingericht naar de door genoemd hoofd te geven voorschriften. De stichting werd ingevolge artikel 6 van de statuten in en buiten rechte vertegenwoordigd door de voorzitter en de ambtenaar die als secretaris-penningmeester was aangesteld. De statuten konden ingevolge artikel 8 worden gewijzigd door de Minister van CRM, al dan niet op voorstel van het bestuur. De stichting kon worden ontbonden door de Minister, die bovendien over de bestemming van het liquidatiesaldo besliste (artikel 9). Het secretariaat tenslotte werd gevoerd door ambtenaren, die in september 1978 zijn verhuisd van het departement naar een eigen kantoor in Amsterdam.

De statutenwijzigingen van het Fonds voor de Letteren laten na 1978 een gradueel verlopend terugtreden van de overheid zien. Geen van de genoemde statutaire bepalingen is gebleven. Wel zijn er andere, minder vergaande bepalingen voor in de plaats gekomen. Vanaf 1982, toen de ambtenaar-bestuurder verdween, tot 1988 is bijvoorbeeld in de statuten opgenomen geweest dat de Minister van CRM aan het bestuur concrete voorschriften of opdrachten kon geven binnnen het kader en de werkwijze van de Stichting.

Afgezet tegen het feit dat onder hierboven genoemde omstandigheden Arob-beroep tegen het Fonds voor de Letteren in 1978 níet ontvankelijk is geacht, geeft de huidige twijfel van de voorzitter van de Afdeling met betrekking tot de ontvankelijkheid van een beroep tegen een beslissing van het Fonds voor Beeldende Kunsten grond voor enige verbazing, tenzij de conclusie zou moeten zijn dat uiteindelijk ook beeldende kunstenaars geen beroep zullen kunnen doen op de Arobrechter. Het feit dat het Letterenfonds in tegenstelling tot het Fonds voor Beeldende Kunsten stamt van vóór de Fondsenwet en dus geen wettelijk basis heeft, kan toch geen argument zijn om deze Fondsen, die op de keper beschouwd precies evenveel of even weinig 'openbaar gezag' bezitten, in dit opzicht verschillend te beoordelen. Daarbij is van belang te weten dat de Arobrechter de Stichting Ontwikkelings- en Saneringsfonds voor de Landbouw als administratief orgaan heeft aangemerkt, hoewel met betrekking tot dat Fonds een algemeen verbindend voorschrift waarop zijn beschikkingsbevoegdheid berustte ontbrak.[11] Dus ongeacht of een Fonds zijn basis vindt in een wet, zal door de Arobrechter onderzocht moeten worden of er sprake is van '*enig openbaar gezag*'.

11. Afdeling rechtspraak d.d. 13 juni 1978 (tB/S, jur. 1, p. 26) waarin de Stichting Ontwikkelings- en Saneringsfonds voor de Landbouw als administratief orgaan werd aangemerkt 'aangezien het hier de uitvoering betreft van een taak, welke de overheid zich heeft aangetrokken en de uitvoering van die taak met overheidsgelden wordt bekostigd'.

Het lijkt aardig om, enigszins terzijde, hier de uitspraak van de Afdeling van 12 augustus 1985 (nr. R01.84.1580) te noemen in de op grond van de Wet Openbaarheid van Bestuur gevoerde procedure tussen een auteur, die inzage wilde hebben in de notulen van een bestuursvergadering van het Fonds voor de Letteren, en de Minister van WVC. Gezien de bevoegdheden van toezichthoudende aard, die blijkens de Statuten van het Fonds aan de Minister van WVC zijn toebedeeld, was de Afdeling van oordeel dat het Fonds voor de Letteren een instelling is *werkzaam onder verantwoordelijkheid van verweerder* (zie artikel 1, tweede lid van de WOB).

Het Fonds voor de Letteren mag overigens in het geheim blijven vergaderen (aldus een krantekop), nu de afdeling het aannemelijk achtte dat, gelet op de aard van werkzaamheden van het Fonds – een beoordeling van de kwaliteit van literaire werken – zowel voor het persoonlijk functioneren van de leden van het bestuur van het Fonds als voor een onbevangen besluitvorming binnen het Fonds, geheimhouding van de notulen van de vergaderingen van het Fonds noodzakelijk is.

Interne beroeps- en bezwaarregelingen

De Fondsenwet stelt in artikel 3 onder h de eis dat de algemene maatregel van bestuur waarbij de Minister wordt gemachtigd tot oprichting van een Fonds, bepalingen bevat omtrent de wijze waarop bij het bestuur bezwaar kan worden gemaakt tegen beslissingen van een Fonds. In de machtigingsbesluiten tot oprichting van de Kunstfondsen voor film, beeldende kunsten en toonkunst is opgenomen dat de natuurlijke of rechtspersoon die door een beslissing van het bestuur van de Stichting rechtstreeks in zijn belang is getroffen binnen dertig dagen na verzending van de beslissing bij het bestuur schriftelijk herziening kan vragen. Alle drie de Fondsen hebben de herzieningsprocedure nader geregeld.

Het feit dat de Arobrechter geen soelaas biedt voor auteurs en vertalers, heeft er toe geleid dat het Fonds voor de Letteren sinds 1984 een eigen, onafhankelijk van het bestuur opererende Commissie van Beroep[12] kent, die in de eerste zes jaar van zijn functioneren een kleine 50 beslissingen heeft gegeven.

Vóór die tijd hebben twee vertalers getracht een beroepsmogelijkheid af te dwingen door Arob-beroep in te stellen tegen de beslissing van WVC waarin aan het Fonds voor de Letteren een voorlopige subsidie van f 3.179.770,– voor het jaar 1979 werd toegekend. Hun bezwaar richtte zich tegen het ontbreken in de subsidievoorwaarden van de eis dat tegen de beslissingen van het Fondsbestuur een onpartijdige beroepsgang dient te bestaan.

De Afdeling overwoog dat 'de aan het bestreden besluit verbonden voorschriften voor appellanten slechts gevolgen met zich kunnen brengen dankzij het feit

12. De Commissie beslist bij wege van bindend advies over geschillen tussen het Fondsbestuur en aanvragers van werkbeurzen, aanvullende honoraria voor literair oorspronkelijk werk, literaire vertalingen en literaire tijdschriftbijdragen, reisbeurzen en alle andere geschillen welke bij bestuursbesluit worden aangewezen.

dat zij zich met een verzoek om toekenning van een bijdrage tot genoemde Stichting kunnen wenden en dat het bestreden besluit de belangen van appellanten dan ook niet rechtstreeks treft, zodat zij, gezien het bepaalde in artikel 7, eerste lid van de Wet Arob niet in hun beroep kunnen worden ontvangen.'[13]

In een brief van Minister d'Ancona aan het Platform Beeldende Kunsten d.d. 9 mei 1990 wordt aangegeven waarom zij het niet opportuun acht om invoering van de beroepsprocedure zoals die geldt bij het Fonds voor de Letteren ter discussie te stellen bij het bestuur van het Fonds voor Beeldende Kunsten. Zij stelt dat in de structuur van het Fonds voor de Letteren sprake is van een overlap tussen de adviserende en de beschikkende instanties en dat het daarom wenselijk was om een onafhankelijke beroepscommissie in te stellen. Omdat bij het Fonds voor Beeldende Kunsten geen sprake is van een dergelijk overlap, tezamen met het feit dat de uitspraak van de Raad van State met betrekking tot de ontvankelijkheid van Arob-procedures tegen beschikkingen van dat Fonds hangende is, stelt zij de instelling van een onafhankelijke beroepscommissie bij laatstgenoemd Fonds niet ter discussie.

Inderdaad is er in de samenstelling van de adviescommissies een in het oog springend verschil tussen het Fonds voor de Letteren en de andere drie kunstfondsen (Beeldende kunsten, film en toonkunst). Het Letterenfonds werkt met adviescommissies of voorbereidingscommissies, afhankelijk van de regeling die het betreft. In de adviescommissies is altijd één van de drie adviescommissieleden tevens lid van het bestuur, terwijl de voorbereidingscommissies geheel uit bestuursleden bestaan.

De status van een advies is bij het Letterenfonds dan ook anders dan bij de andere kunstfondsen: het is niet ondenkbaar dat een advies, óók als het unaniem is en óók als het literaire kwaliteit betreft door het bestuur naast zich neer wordt gelegd. Deze opzet vereist een groot bestuur met zeer veel inhoudelijke kennis van zaken. In combinatie met een onafhankelijke beroepscommissie is dat in principe geen onevenwichtig systeem, al is het beslissingsproces voor de buitenwacht ongetwijfeld onduidelijker dan bij de andere kunstfondsen. Het maakt overigens wel, dat het bestuur van het Fonds voor de Letteren, dat voor een deel uit vakgenoten bestaat die zelf aanvragen, kwetsbaarder is voor beschuldigingen van vriendjespolitiek.

Daarom is geen reden?

De twee vertalers die in 1980 een beroepsgang bij het Fonds voor de Letteren wilden afdwingen, gingen ervan uit dat met de instelling van een beroepsmogelijkheid ook de ongemotiveerde beslissingen van het Fonds tot het verleden zouden behoren. Daarin hadden ze voor een groot deel gelijk, maar het kwaliteitsoordeel, waar het ze om te doen was, wordt nog steeds niet inhoudelijk toege-

13. Afdeling rechtspraak 30 september 1982, nr. A-1.0125 (1980).

licht.[14] De Commissie van Beroep van het Fonds voor de Letteren heeft dat beleid gesanctioneerd. In zijn beslissing van 24 april 1987 overwoog de Commissie:

'De Commissie acht het achterwege blijven van een inhoudelijke motivering (van het kwaliteitsoordeel) verdedigbaar aangezien er binnen literaire fora geen consensus bestaat over de inhoudelijke en vormtechnische criteria die bij de beoordeling op literaire kwaliteit een rol dienen te spelen, noch over de aan deze criteria toe te kennen gewichten. Bovendien is iedere poging om de ooit wel genoemde criteria op een zodanige wijze te operationaliseren dat de toepassing ervan op concrete literaire werken tot eensluidende oordelen leidt, op een mislukking uitgelopen.

In de praktijk van het Fonds worden de diverse subjectieve literaire waarderingen van individuele leden van adviescommissies en bestuursleden, die eveneens stoelen op uiteenlopende beoordelingsdimensies, gemiddeld tot een globaal oordeel en tot uitdrukking gebracht in kwalificaties als 'te geringe literaire kwaliteit' of 'voldoende literaire kwaliteit'. Door de regelmatige wisseling van bestuursleden en leden van adviescommissies wordt een zekere intersubjectiviteit gewaarborgd die de pluriformiteit van de literaire oordeelsvorming recht doet.

Gezien deze situatie luidt de conclusie dat het vooralsnog niet mogelijk is om inhoudelijke motiveringen te formuleren die het Fondsbestuur zouden kunnen binden, in die zin dat aanvragers rechten zouden kunnen ontlenen aan eens gegeven motiveringen. Zelfs in het geval dit wel realiseerbaar zou zijn, dan nog zou de bevoegdheid van de Commissie beperkt blijven tot een marginale toetsing op punten van consistentie e.d., daar er geen reden is om aan het literaire oordeel van de beroepscommissieleden een bijzondere betekenis toe te kennen.'

Eén vraag blijft mijns inziens bewust of onbewust onbeantwoord, namelijk of en in hoeverre de beroepscommissie een op zichzelf staand recht van de aanvrager op een inhoudelijke motivering afwijst. Een recht op informatie dat niet gerelateerd is aan de mogelijkheid tot het geven van objectieve overwegingen of aan de mogelijkheid die overwegingen te toetsen.

Hoe is de praktijk bij andere kunstfondsen? In nieuwsbrief nr. 1, 1988 van het Fonds voor Beeldende Kunsten was nog te lezen dat aanvragers *altijd* een afschrift ontvangen van het advies, waarin de gedachtengang van de commissie globaal wordt aangegeven. In nieuwsbrief nr. 2, 1989 is opgenomen: 'Deze goed bedoelde toelichting wordt in de praktijk vaak als pijnlijk ervaren... Alleen op eigen verzoek zou de kunstenaar kennis moeten kunnen nemen van de motivatie van de adviescommissie.'

Van laatstgenoemde mogelijkheid maakt ongeveer 30% van degenen die zijn afgewezen gebruik.

14. Het Fonds voor de Letteren geeft bij de eerste schriftelijke mededeling van zijn beslissing uitsluitend een algemene motivering. Vervolgens kan de auteur een gemotiveerde voor beroep vatbare beslissing aanvragen, waartegen beroep openstaat bij de Commissie van Beroep. Het oordeel omtrent de literaire kwaliteit wordt in de gemotiveerde beslissing niet nader toegelicht.

Het Fonds voor de Scheppende Toonkunst geeft op verzoek een motivering van zijn in eerste instantie ongemotiveerde[15] besluit. Artistiek-inhoudelijke gronden worden echter niet nader toegelicht.

Bij het Fonds voor de Nederlandse Film liggen de zaken anders. Het advies van de uit vier of vijf externe deskundigen bestaande adviescommissie wordt in alle gevallen direkt in de beslissing op de aanvrage opgenomen, zonder dat dit heeft geleid tot protesten van betrokkenen. Volgens een medewerkster van het Filmfonds is men in filmkringen, waar steeds veel mensen betrokken zijn bij ieder project, zo gewend aan discussies die ook inhoudelijke factoren bevatten, dat men daardoor waarschijnlijk een ongevraagd critisch/inhoudelijk commentaar positief kan waarderen, als een constructieve bijdrage aan die discussies.

Ook de Afdeling Rechtspraak heeft zich uitgesproken over de wijze waarop subsidiebeschikkingen, gebaseerd op een advies omtrent artistieke kwaliteit, minimaal gemotiveerd dienen te worden.[16] Daarin lijkt de Afdeling verder te gaan dan de Commissie van Beroep van het Fonds voor de Letteren.

Het betrof een afwijzing door WVC van een beroepskostenvergoeding aan een beeldend kunstenaar. De Afdeling houdt de beschikkende instantie verantwoordelijk voor de inhoud en totstandkoming van het advies; deze kan zich er dus niet toe beperken een advies klakkeloos over te nemen. Ook al laat een artistiek oordeel zich moeilijk in woorden vatten, de instantie is verplicht om – ook bij grote aantallen aanvragen – althans enigermate inzicht te geven in de gedachtengang welke aan zijn besluit ten grondslag ligt.

Meer specifiek meende de Afdeling dat de algemene inlichtingen die in het verweerschrift waren vervat, ter kennis van de appellant hadden moeten worden gebracht en dat hem enig inzicht had moeten worden gegeven in het resultaat van de beoordeling van de door hem verstrekte gegevens. De Afdeling onderkende dat de verweerder wat dat laatste betreft in zijn mogelijkheden beperkt was, nu het ging om een strikt vertrouwelijk commissieadvies, maar meende dat dit niet in de weg hoefde te staan aan een minder globale weergave van de beoordeling dan in het bestreden besluit was geschied.

Het Ministerie heeft vervolgens een nieuwe afwijzende beschikking genomen die niet één half A-viertje besloeg, zoals de eerste beschikking, maar 7 pagina's lang was. In de beschikking is zelfs aan de kleinste details aandacht besteed en er is

15. In het Besluit van 11 maart 1982, Staatsblad 1982, 108, houdende machtiging van de Minister van CRM tot oprichting van een stichting Fonds voor de Scheppende Toonkunst is in artikel 6 opgenomen: 'Indien op een aanvraag of een voorstel voor een opdracht, een werkbeurs, of een andere uitkering afwijzend is beslist, bevat de mededeling tevens een motivering van die beslissing.' (Het machtigingsbesluit voor oprichting van het Fonds voor Beeldende Kunsten bevat eenzelfde bepaling).
Het Huishoudelijk Reglement bepaalt in artikel 6, lid 5: 'Ieder die een aanvrage of voorstel ... heeft gedaan ontvangt schriftelijk bericht over de beslissing daarop.' In Artikel 6, lid 4: 'Indien het bestuur van oordeel is dat een aanbeveling van de adviescommissies niet kan worden gevolgd, dient het zijn afwijkende mening te motiveren en tezamen met het oordeel van de adviescommissies ter kennis van de desbetreffende componist te brengen.'

16. Afdeling Rechtspraak, 3 februari 1988, nr. R01.87.2941/Sp349.

uitermate zorgvuldig geformuleerd. Toch is geen inhoudelijk kwaliteitsoordeel gegeven en beperkte het Ministerie zich tot een uitleg van de regeling, uiteenzettingen omtrent de procedure en het volgende: 'Enerzijds wil ik u inzicht geven in het resultaat van de beoordeling – en dat inzicht is te vinden in de beoordelingslijst – maar anderzijds wil ik u niet een kopie van die beoordelingslijst geven... Het resultaat van de beoordeling is gebaseerd op de volgende overweging: De beoordeling van de verschillende aspecten (opleiding, werkwijze, kwaliteit van het werk, marktgerichte activiteiten en maatschappelijke erkenning) luidde op vrijwel alle onderdelen positief, maar de kwaliteit van het werk kwam in verhouding tot de andere aanvragen in de overgelegde documentatie niet overtuigend en wisselend over; de commissie was zich er daarbij van bewust dat de aanvrager eerder een werkbeurs van het Ministerie van WVC ontving'.

Het Arob-beroep tegen deze laatste, uitgebreide beschikking is verworpen. De afdeling was van mening 'dat thans op voldoende wijze inzicht wordt gegeven in de gedachtengang welke aan het besluit ten grondslag ligt'.

Wat de motivering van het inhoudelijk/artistieke oordeel betreft moet derhalve geconcludeerd worden dat ook de Afdeling genoegen neemt met een in algemene termen verwoorde aanduiding van het resultaat van die beoordeling en dat het oordeel zelf niet gemotiveerd dient te worden.

Ik denk dat hier een belangrijke taak ligt voor de Fondsen zelf, om afhankelijk van de kunstvorm, de specifieke subsidieregeling en de specifieke aanvrage die het betreft en tevens afhankelijk van de mate waarin de aanvrager zélf prijs stelt op een inhoudelijke motivering, te onderzoeken in hoeverre het mogelijk is hem of haar tegemoet te komen.

Tot slot

Aangezien dit artikel een bijdrage is aan de afscheidsbundel voor Jan Leijten, neem ik de vrijheid op een wat ongebruikelijke manier te besluiten. Als kind van mijn vader kan ik mij denk ik zo'n opstelling wel permitteren. Weinigen zullen hem kennen als een man die aanvankelijk het dichter- en schrijverschap ambieerde en die in zijn jonge jaren een aantal dichtbundels heeft gepubliceerd. Toch denk ik dat degenen die zijn juridische artikelen en conclusies enigszins kennen, nauwelijks verbaasd zullen zijn over deze achtergrond, zozeer geven zij blijk van beheersing van en liefde voor de taal. In die zin kan de als vraag geformuleerde titel van dit stuk zeker bevestigend worden beantwoord.

3

Rechtsvinding

D.F. Scheltens

Abstracte gedragsregels en hun toepassingen

Wanneer er in de filosofie sprake is van dualisme wordt er meestal gedacht aan de tegengestelden God en wereld, eeuwigheid en tijd, ziel en lichaam. Er is echter nog een ander geval dat met de genoemde tegenstellingen wel verband houdt maar daarvan toch ook is onderscheiden en een breed vertakt toepassingsgebied kent, namelijk het dualisme van de abstracte gedragsregels enerzijds en hun zogeheten concrete toepassingen anderzijds. Met de benaming 'toepassingen' wordt precies die verhouding van abstracte principes en beoordeling van concrete situaties bedoeld die hier ter discussie wordt gesteld. Op vele gebieden – of het nu gaat over ethiek of over recht – kunnen we niet spreken over abstracte op zichzelf staande regels enerzijds en de afleidingen uit die principes ten aanzien van concrete gevallen anderzijds. Er kan niet zonder meer sprake zijn van een prioriteit van het abstracte en algemene denken ten overstaan van concrete evaluaties.

Beginnen we met de meest algemene problematiek, namelijk de relatie van algemene ethische normen ten overstaan van concrete ethische uitspraken. Vaak wordt de indruk gewekt dat er wel een grote consensus bestaat over de algemene principes terwijl de tegengestelde meningen pas te voorschijn komen bij de concrete toepassingen. Iedereen zal wellicht instemmen met de categorische imperatief: 'behandel mensen nooit zonder meer als middel maar steeds ook als doel', maar welke discussies kunnen er niet ontstaan wanneer uit dit principe wordt afgeleid hoe een concrete situatie moet worden beoordeeld. Iedereen is ervan overtuigd dat het menselijke leven onaantastbaar is en dient te worden geëerbiedigd. Maar hoe tegengesteld zijn de meningen wanneer er sprake is van doodstraf, abortus, euthanasie, genetische manipulatie. Wanneer de een uit het respect voor het leven besluit dat abortus en euthanasie mag, terwijl de ander daaruit een verbod afleidt, ligt dan het verschil van mening niet evenzeer in het principe zelf als in de zogeheten toepassingen? Is dan de vermeende eensgezindheid over de abstracte beginselen niet eerder schijn?

Dat de eerste beginselen en hun zogezegde toepassingen niet zonder meer naast elkaar staan, dat de abstracte beginselen niet los van die concrete toepassingen worden begrepen en gefundeerd, kunnen we ook best bij onszelf ervaren. Wanneer we proberen het meest algemene beginsel van de ethiek, bijvoorbeeld de categorische imperatief van Kant, te beargumenteren of zelfs te begrijpen dan verlaten we onmiddellijk het hoogste niveau van de abstractie, we dalen af naar het meer concrete om ons gevallen in te denken die door hun onmiddellijke evidentie het hoogste principe begrijpelijk en aanvaardbaar maken. Betekent dat niet dat het

meest algemene principe zijn betekenis en evidentie ontleent aan het meer concrete? De evidentie van het abstracte niveau ligt dus op het terrein van het meer concrete.

De hier verdedigde stelling werd al lang geleden nadrukkelijk en herhaaldelijk verdedigd door de filosoof die in belangrijke mate als de grondlegger van de moderne hermeneutiek kan worden beschouwd, H.G. Gadamer. Omdat hij zich op dit punt zo duidelijk heeft uitgesproken wil ik een paar zinnen uit zijn werk citeren. 'Das menschliche Gute', zo schrijft hij, 'ist etwas, was in der menschlichen Praxis begegnet, und es ist nicht ohne die konkrete Situation bestimmbar, in der etwas einem anderen vorgezogen wird. Das allein, und nicht ein kontrafaktisches Einverständnis ist die kritische Erfahrung des Guten. Es muss bis in die Konkretion der Situation durchgearbeitet sein. Als allgemeine Idee ist eine solche Idee des rechtlichen Lebens "leer".'[1] Op een andere plaats stelt hij ook zeer duidelijk dat zowel het beginpunt als de inhoudelijke bepaling van de ethiek in de concrete ervaring liggen: 'Hier erweist sich das konkret Besondere nicht nur als der Ausgangspunkt, sondern als ein immer bestimmendes Moment für den Inhalt des Allgemeinen.'[2] Richard A. McCormick laat zich een uitspraak ontvallen die in dezelfde richting gaat: 'Laten wij niet vergeten', zo schrijft hij, 'dat een regel een eindsom is, een veralgemening van de betekenis van ons gedrag.'[3]

Zulke uitspraken zijn tegelijk zeer duidelijk en belangrijk. De fundering van de ethiek wordt niet gezocht in gefingeerde abstracte situaties als een 'Original Position' (Rawls) of een 'herschafftsfreie Kommunikation' (Habermas). De ethiek vindt zowel haar fundering als haar inhoudelijke bepaling in concrete ervaringen.

Deze stelling mag echter niet verkeerd worden begrepen. De concrete ervaring die de basis vormt van de ethiek is niet die van een geïsoleerd en tijdloos individu om de eenvoudige reden dat zulke individuen niet bestaan. Alle mensen zijn naar al de aspecten van hun bestaan historisch bepaald. Dat geldt ook voor hun ethische opvattingen. Wat goed en kwaad is, ethisch of onethisch, weten we niet in ons eentje. We oordelen als mensen van een bepaalde cultuur en een bepaalde tijd. Een van de commentatoren van Gadamer formuleert dit aldus: 'Wij weten wat hoort, wat doenbaar is, wat fatsoenlijk en rechtgeaard is, omdat wij behoren tot een volksgeest met zijn zeden.'[4] Dit mag op zijn beurt geen aanleiding geven tot het misverstand dat wij in onze morele opvattingen aan handen en voeten geboeid zouden zijn overgeleverd aan wat de gemeenschap dicteert. Ware dat het geval dan zouden we over een soort sociologisch positivisme moeten spreken. Het feitelijk heersende denken zou dan de laatste maatstaf zijn en 'feiten' zouden de plaats innemen van principes. Zulk een opvatting is echter niet aanvaardbaar. Het is trouwens duidelijk dat de ethiek die in ons historisch milieu leeft evenveel vragen als antwoorden biedt. Ze stelt problemen, baant wegen, geeft motieven, legt zwaartepunten en stelt ons voor onze eigen verantwoordelijkheid. Hier keren dan de uiteindelijke maatstaf van alle ethiek en de meest abstracte beginselen terug.

1. In K.O. Apel e.a., *Hermeneutik und Ideologiekritik*, Suhrkamp, 1971, p. 316.
2. *Wahrheit und Methode. Grundzüge einer philosophischen Hermeneutik*, 4e uitg., Mohr, Tübingen, 1975, Nachwort, p. 519.
3. *Tien verzoeken aan de medici*, Streven 1989, p. 391.
4. J. Vandenbulcke, *Gadamer na 'Wahrheit und Methode'*, in: Tijdschrift voor Filosofie 1976, nr. 2, p. 285.

De tijd waarin we leven stelt ons niet alleen problemen, biedt ons niet alleen mogelijke oplossingen maar levert ons ook beginselen die – als ze goed zijn – een dubbele functie vervullen. Ze moeten dienst doen als de meest abstracte samenvatting van heel het gebied van de ethiek, van alle ethische oordelen en tegelijk fungeren als maatstaf waarmee we concrete ethische stellingnamen beoordelen. Het utilitaristische principe is zulk een algemene norm – zij het een naar mijn mening ontoereikende – de categorische imperatief van Kant is een andere.

Samenvattend moeten we zeggen dat onze concrete beoordelingen en funderingen liggen op het gebied van de concrete praktijk, maar in die praktijk spelen de culturele sfeer en abstracte principes een belangrijke rol.

Het probleem van de verhouding tussen de abstracte en formele principes en de concrete beoordeling speelde, zoals bekend, een rol in de kritiek van Hegel op Kant. Hegel beweerde dat de categorische imperatief van Kant uit zichzelf geen oplossing kon bieden aan concrete problemen. Daartoe is de concrete zedelijkheid een onmisbare voorwaarde. Eric Weil, die een even grote bewondering had voor beide filosofen, meende aan elk van beiden recht te laten toekomen door hun stellingen tot een synthese te verenigen: 'Hij schrijft namelijk dat de categorische imperatief van Kant het beginsel is van alle ethiek, maar ook dat men het daarbij niet kan laten, omdat men dan nooit te weten komt wat de ethiek concreet wil. Niettemin is de categorische imperatief een toetssteen, een criterium, waarmee de heersende zeden worden beoordeeld. De ethicus is dan als een rechter. Zoals deze ook niet de materie van het proces aanbrengt of uitvindt, maar een voorgebrachte zaak beoordeelt volgens de normen van de wet, zo leidt de ethicus de concrete ethiek niet af uit een abstract principe, maar hanteert hij het wel als maatstaf om het ethisch gehalte van de zeden te bepalen.'[5]

Op het terrein van de 'wetstoepassing' vinden we hetzelfde probleem terug. De 'wet' is niet een abstracte regel die eerst, los van elke denkbare toepassing, op zichzelf wordt gekend en vervolgens wordt toegepast. De betekenis van een wet, evenals van elke andere gedragsnorm, is niet gelegen in de zin van de daarin gebruikte woorden. Ze bestaat veeleer in het omgrenzen van het toepassingsgebied. De betekenis van een gedragsnorm zal gekend zijn in de mate dat het gebied waarop die wet slaat is afgebakend. Wie meent een wet te begrijpen, maar zich geen enkel geval kan indenken waarop die wet zou slaan, bedriegt zich. Ook voor dit gebied heeft Gadamer zijn opvatting duidelijk geformuleerd: 'So bestimmt sich der rechtliche Sinn eines Gesetzes seinerseits durch die Judikatur und gründsätzlich die Allgemeinheit der Norm durch die Konkretion des Falles.'[6] Met zulke beweringen zijn we zeker in de buurt van W.O. Holmes, die dezelfde gedachte ietwat provocerend formuleerde met de bekende uitspraak: 'The prophecies of what the courts will do in fact and nothing more pretentious are what I mean by "the law"'[7] of wat Jerome Frank verdedigt: 'Law, then, as to any given situation

5. D.F. Scheltens, *Inleiding tot de wijsbegeerte van het recht*, Samsom, Alphen aan den Rijn 1983, p. 71.

6. *Wahrheit und Methode*, Nachwort, p. 519.

7. Geciteerd bij G.E. Langemeijer, *Inleiding tot de studie van de wijsbegeerte des rechts*, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1973, p. 325.

is either a) actual law, i.e. a specific past decision, as to that situation, or b) probable law, i.e. a guess as to a specific future decision...'.[8]

Andere auteurs hebben dezelfde opvatting op een wellicht minder frappante maar een even duidelijke manier geformuleerd. Ik wil slechts naar één auteur verwijzen, namelijk Alf Ross. Deze zet zich af tegen de stelling van de zogeheten Sens-clair-doctrine. Die doctrine kan worden samengevat met de volgende stellingen: Wanneer een wet duidelijk is, is elke interpretatie overbodig, ja zelfs gevaarlijk. De interpreet en onder meer de rechter moet ze dan eenvoudig toepassen naar haar betekenis. Tegen die opvatting betoogt Ross dat een wet in haar algemeenheid nooit zonder meer duidelijk is en dat elke toepassing (ook waar ze vanzelfsprekend wordt geacht en geen twijfel oproept) op interpretatie berust. De stelregel 'In claris non est interpretatio' zou hij vervangen door deze: wanneer men duidelijkheid bezit, dan is het dank zij interpretatie. Een wetstoepassing die de duidelijkheid zonder meer fundeert in de termen van de wet, schept een illusie en beperkt de eigen inbreng van de interpreet: 'The linguistic usage is the result of a desire to conceal the creative policymaking function of the judge and to keep up the appearance that he is the mouthpiece of the statute and nothing more.'[9]

Wat voor elke wet, ook voor de meest precieze bepalingen geldt, is uiteraard in nog veel sterkere mate van kracht bij de meest abstracte en meest algemene rechtsnormen, nl. de verklaringen en conventies inzake mensenrechten. De auteurs van deze verklaringen waren zich daarvan zeer duidelijk bewust. Laten we dit even illustreren met de woorden van een der medeauteurs van de Franse Déclaration des droits de l'homme et du citoyen. Bij de presentatie van een commissierapport waarin een concept-tekst van de bedoelde Déclaration aan de Assemblée Générale werd voorgelegd, besloot Mirabeau zijn toespraak aldus: 'Voilà, messieurs, le projet que votre comité vous apporte avec une extrême défiance, mais avec une docilité profonde: c'est à la Constitution (die nog moest worden gemaakt en waar de Déclaration de inleiding op moest zijn) qui suivra la déclaration des droits à montrer de combien d'applications étaient susceptibles les principes que nous nous proposons de consacrer.'[10]

Dergelijke uitspraken zijn in veelvoud beschikbaar. Ze tonen hoe de auteurs van vroegere verklaringen dachten over hun werk. Maar laten we ons beperken tot een zeer recent en belangrijk document: het verdrag van Rome. Ik wil hier J.C.M. Leijten aan wie deze studie is opgedragen het woord geven. Hij merkt op dat een document dat rechtskracht moet krijgen heel wat voorzichtiger wordt op-

8. Geciteerd bij H. van Eikema Hommes, *Hoofdlijnen van de geschiedenis der rechtsfilosofie*, 2e druk, Kluwer, Deventer 1981, p. 267.

9. Alf Ross, On *Law and Justice*, 1958, p. 152. Dezelfde opvattingen worden uitgesproken en aan de hand van arresten beargumenteerd bij M. van de Kerckhove, *La doctrine du sensclair des textes et la jurispudence de la Cour de Cassation de Belgique*, in: M. van de Kerckhove e.a., *L'interprétation en droit. Approche pluridisciplinaire*, Publications des Facultés Saint-Louis, Bruxelles 1978, p. 37: 'La reconnaissance du caractère clair ou abscur d'un texte implique toujours une interprétation au moins implicite de celui-ci; elle ne saurait donc fournir un critère apte à déterminer si une telle interprétation est nécessaire (et légitime) ou non'.

10. Geciteerd in Jean Morange, *La Déclaration des droits de l'homme et du citoyen*, coll. que sais-je?, 2e uitg., PUF, Parijs 1984, p. 20.

gesteld dan documenten die eerder als verklaring werden opgevat. In dat verband schrijft hij het volgende: 'Wie zich bezighoudt met een – vergelijkende lezing – van de Universele Verklaring enerzijds, van EVRM en IVBPR anderzijds, zal het niet ontgaan, dat met name EVRM van veel beperkter strekking is dan de Universele Verklaring. Teitgen, redacteur van het eerste concept van het Verdrag geeft daarvoor, als geciteerd bij Van Dijk en Van Hoof, de volgende verklaring: "... it is preferable to limit the collective guarantee to those rights and essential freedoms, which are practised, after long usage and experience, in all the democratic countries.

Certainly, professional freedom and social rights, which have themselves an intrinsic value, must also, in the future be defined and protected. Everyone will, however, understand that it is necessary to begin at the beginning..."

Wat daarna echter opvalt is dat de Universele Verklaring de grondrechten proclameert met wat ik zou willen noemen een expansieve stralenkrans, terwijl de verdragen de grondrechten omgeven met een halo van mistige voorzichtigheid en beperking.'[11]

De geciteerde passages bevatten elementen die perfect passen in mijn betoog. Enerzijds wordt vastgesteld dat de opstellers van dit soort juridische teksten behoedzamer worden in hun uitspraken naarmate ze dichter naar de praktijk toegaan. Een frappant voorbeeld daarvan kunnen we bij Van Dijk en Van Hoof lezen in dezelfde context waaraan Leijten zijn citaten ontleende. De auteurs schrijven het volgende: 'Vergelijking met de Universele Verklaring leert dan ook, dat lang niet alle daarin genoemde rechten in de Conventie zijn opgenomen, maar in hoofdzaak slechts die rechten, die bij de latere uitwerking van de Universele Verklaring in de beide VN-Covenants werden aangeduid als 'civil and political rights', en deze niet eens allemaal. Zo zoekt men in de Conventie bijvoorbeeld tevergeefs naar het in de Universele Verklaring wel opgenomen beginsel van de gelijkheid voor de wet, het recht om in andere landen asiel te zoeken en te genieten tegen vervolging en het recht op een nationaliteit.'[12] Wat de uitspraken van Teitgen ons ook leren is dat de normen die in de verdragsteksten werden opgesteld eerder op de praktijk volgen dan eraan voorafgaan. Ze werden immers neergeschreven 'after long usage and experience in all the democratic countries'.

De vaagheid en onpreciesheid enerzijds, het feit dat ze ontleend zijn aan de heersende praktijk anderzijds heeft als belangrijke consequentie dat dergelijke normen bezwaarlijk kunnen worden ingeroepen om zonder meer een oplossing te bieden voor nieuwe problemen die in de maatschappij oprijzen. Zo kan men bezwaarlijk de verplichte eerbied voor het leven inroepen om elke liberalisatie van abortus te bestrijden. Daarmee is die liberalisatie natuurlijk nog niet goedgekeurd, maar ze wordt ook evenmin afgekeurd met een eenvoudige verwijzing naar het art. 2 EVRM, of het art. 1 van de Duitse Grondwet. Het eerste artikel van de VN-Verklaring waarin de gelijkheid voor de wet van alle mensen wordt afgekondigd kan niet worden gehanteerd als een doorslaggevend argument tegen elke

11. *Het geclausuleerde grondrecht*, in: L. Heyde e.a. (red.), Begrensde Vrijheid, W.E.J. Tjeenk Willink, Zwolle 1989, p. 146.

12. P. van Dijk en G.J.H. van Hoof, *De Europese Conventie in theorie en praktijk*, Ars Aequi Libri, Nijmegen 1982, p. 211.

vorm van discriminatie van homosexuelen. Nieuwe problemen worden niet opgelost met een eenvoudige verwijzing naar de woorden van dergelijke artikels.

De problemen die wij hebben besproken over de betekenis en de rol van de algemeenste ethische en juridische normen laten zich duidelijk voelen in de bezwaren die tegen de mensenrechten-verklaringen worden aangevoerd. De algemene en onprecieze formuleringen van de mensenrechten hebben sommige juristen ertoe gebracht hun juridisch karakter zonder meer te ontkennen en heel de ontwikkeling van de idee der mensenrechten te betreuren. Een van die juristen die zijn mening zonder enige schroom in diverse publicaties heeft uitgesproken is Michel Villey. De idee der mensenrechten is voor hem een soort obsessie. Hij erkent dat de opkomst van die idee een uniek keerpunt vormt in de geschiedenis van het recht. Wat echter door velen als een nieuwe zonsopgang, zoals Hegel zegt, werd begroet, is voor Villey een calamiteit. Ik wil hem even het woord geven.

'Quant aux droits de l'homme au singulier, déduit de la nature générique de l'homme, attribué à l'individu séparé – cette robinsonade – sans considérer ce qui fait l'essence du droit, le rapport aux autres – ce droit subjectif absolu et clos sur lui-même – j'y vois une notion contrefaite, self-contradictoire. Il n'y a pas un droit individuel qui soit immuable, universel, le même pour tous.'[13] De bezwaren van Villey zijn niet alleen gericht tegen de individualistische antropologie die de achtergrond vormde van de eerste verklaring. Hij acht die antropologie wezenlijk verbonden met de idee der mensenrechten zelf als rechten toegekend aan elke individuele mens en los van elke historische context. Zijn objecties slaan echter met name op de vaagheid van de mensenrechten waardoor elke preciesheid verdwijnt en het toepassingsgebied helemaal open en onbepaald blijft. 'O médicament admirable' roept Villey spottend uit[14] dat alle ziekten kan genezen. Bij Hobbes waren ze een middel tegen de anarchie, voor Locke een remedie tegen het absolutisme, in het oosten golden ze als de legitimatie van totalitaire regimes, in het westen tegen de verabsolutering van de staat. Men heeft echter nooit gezien dat de mensenrechten werden aangewend ten gunste van allen: 'on n'a jamais vu dans l'histoire que les droits fussent exercés au profit de tous'[15] en om zijn beoordeling af te sluiten brengt Villey de volgende lofspraak op de mensenrechten – taal van de moderne filosofen: 'Ainsi les philosophes modernes nous gratifièrent – ils d'un langage dont le résultat le plus clair est une plongée dans le brouillard. langage indistinct, dangereusement flou, générateur d'illusions et de fausses revendications impossibles à satisfaire. Si son triomphe est total au XX siècle, c'est que la décadence de la culture est le contrecoup du progrès technique.'[16]

Heeft het recht dan geen ultiem oriëntatiepunt, geen fundamenteel grondbeginsel dat voor het geheel bepalend is? Voor Kant en Hegel was het recht een concrete realisatie van de gemeenschappelijke vrijheid van alle mensen en die vrijheid was de uiteindelijke toetssteen van alle concrete normen. Kent Villey dan

13. *Actualité de la doctrine sociale de l'Eglise*, Actes du IIe Colloque National de la Fédération des Juristes Catholiques de France, Téqui, Parijs 1979, p. 57.
14. Le droit et les droits de l'homme, PUF, Parijs, 1983, p. 153.
15. *Ibid.*, p. 153.
16. *Ibid.*, p. 154.

niet zulk een principe? Hij weet op die vraag geen ander antwoord te geven dan te verwijzen naar de heersende rechtspraktijk in de maatschappij. Om dit te illustreren wil ik nog een paar zinnen citeren. 'Les règles juridiques ne sont pas le droit; elles décrivent le droit. Le droit est chose qui leur préexiste (jus quod est), objet de recherche permanente et de discussion dialectique, à laquelle ne coïncideront jamais nos formules ... Au-delà des règles, au-dessus des textes est la réalité du droit. Voici donc un droit qui ne tombe pas d'en haut; il ne découle pas d'un souverain, d'une doctrine de théologiens ou de moralistes, ni ne s'enferme dans les lois. Il procède d'une espèce de "science" ... relevant des jurisconsultes.'[17]

Als men zich bij dergelijke stellingen afvraagt hoe de rechtsgeleerden een rechtssysteem globaal beoordelen, op welke gronden ze over vooruitgang of achteruitgang kunnen spreken, of hun begrip rechtvaardigheid nog enige zin heeft, of er überhaupt nog van enige prejuridische norm en van enige principiële relatie van ethiek en recht sprake kan zijn, dan blijft men vragen stellen waarop er geen antwoord komt. Dit alles belet niet dat de opmerkingen van Villey over de mensenrechten belangrijke en gevoelige snaren raken.

Geeft onze aaneenschakeling van met citaten doorweven overwegingen aanleiding tot enige conclusies?

Het zal om te beginnen duidelijk zijn dat op geen enkel van de gebieden die werden aangeraakt sprake kan zijn van het dualisme waarover we het hadden bij het begin. Noch op het gebied van de ethiek, noch in de relatie van de wet en de concrete situatie, noch inzake toepasbaarheid van mensenrechten vinden we een soort dualisme, dat het niveau van de abstractie stelt tegenover de concrete bepalingen. Concrete beoordelingen en abstracte beslissingen vormen één geheel en nog wel met een zekere prioriteit voor het concrete. Die prioriteit gaat echter op geen enkel gebied zover dat de algemene norm waardeloos en enkel de concrete beoordeling van belang is. Met een zinspeling op een uitspraak van Kant die bedoeld was om de relatie tussen de categoriën (begrippen) en de Anschauung (concrete ervaring) uit te drukken zouden we kunnen zeggen: de algemene principes zonder de concrete beoordelingen zijn leeg en de concrete beoordelingen zonder de begrippen zijn blind. Bovendien geldt voor alle terreinen die we bespraken – ethiek, rechtsvinding, mensenrechten – dat de historisch-culturele situatie van wezenlijk belang is en mede de algemene normen en de concrete beoordelingen bepaalt. Op elk niveau van menselijk gedrag zijn algemene principes, concrete evaluaties en een historisch-culturele context tezamen van belang en wel in een onverbrekelijke eenheid. Om wat ik hier stel te verduidelijken, keer ik nog eens terug naar het bekende werk van Alf Ross waaruit ik al heb geciteerd. Ross behandelt er het thema van de wetsinterpretatie. Deze berust op twee factoren, zo stelt hij, namelijk de woordelijke betekenis van de wettekst en de afweging van de redelijkheid van de toepassing op een concreet geval. Die twee factoren vergelijkt Ross met twee uiteendrijvende krachten waarvan de uitwerking ligt in de zogeheten resultante: 'Thus one may say that the administration of justice is the resultant in a parallelogram of forces in which the dominant vectors are the formal

17. *Ibid.*, p. 67–68.

and the material legal consciousness. The decision that is made is determined by the combined effect of cognitive interpretation of the statute and the evaluating attitude of the legal consciousness.'[18] Daarbij moet volgens Ross echter opgemerkt worden dat de voorstelling van de twee onderscheiden vectoren misleidend is omdat de woordinterpretatie reeds door de evaluatie van het geval, het toepassingsgebied wordt georiënteerd. Ross schrijft: ' ... it must be admitted that the distinction between his cognitive and evaluating functions is an artificial one, so far as these two merge in practice, leaving it impossible to say precisely where one ends and the other begins.'[19] 'We must therefore attent clearly that the interpretation has no independent linguistic starting point, but that from the beginning it is determined by pragmatic considerations in the form of "common sense".'[20]

In deze woorden van Ross vinden we in belangrijke mate weergegeven wat hier werd verdedigd. Op geen enkel gebied van menselijk handelen kan er sprake zijn van een 'independent linguistic starting point'. Het cultureel milieu waartoe we behoren bepaalt mede onze lezing van de meest abstracte tekst en onze evaluatie van de concrete gevallen waarop die tekst slaat. De invloed van het culturele milieu zal des te groter worden naarmate het om meer algemene en meer abstracte normen gaat.

Hebben onze overwegingen ons nu niet zover gebracht dat wij eigenlijk met Villey de waarde van de mensenrechten-verklaringen gaan geringschatten? Zijn ze niet een product van onze Westerse cultuur dat bovendien los van de waardeoordelen die binnen die cultuur gelden geen eigen betekenis heeft? Slaat daarmee het verwijt van een zekere principeloosheid en het ontbreken van enig criterium inzake rechtvaardigheid niet op onze manier van denken terug? Is de zo vaak afgekondigde universaliteit der mensenrechten niet uit het gezicht verdwenen wanneer alle, ook de meest abstracte gedragsnormen mede door het cultureel-historische milieu worden bepaald? Wanneer met de universaliteit van de mensenrechten zou worden bedoeld dat wij de inhoud van abstracte mensenrechten kunnen onttrekken aan elke culturele beïnvloeding dan kan ze niet worden verdedigd. Wanneer wordt bedoeld dat wij in onze cultureel-historisch bepaalde waarderingen iets erkennen wat voor ons milieu kan en moet gelden als de realisatie van een boventijdelijk ideaal dan kunnen we daarmee instemmen. De verhouding van het universele of het concrete is geen of-of relatie, het universele kan zich aan de mens enkel vertonen in de kleren van de tijd. Daarom kunnen we van de idee der mensenrechten gerust zeggen dat ze het eeuwige en onveranderlijke vat in de context van de westerse cultuur is. Zoals de zonnestralen niet ophouden zonnestralen te zijn wanneer ze, door het milieu waar doorheen ze tot ons komen, worden afgebogen van hun directe richting, zo houdt het eeuwige ideaal van de mensenrechten niet op een eeuwig ideaal te zijn omdat wij het onvermijdelijk op onze manier invullen. Wat ik heb betoogd is dat wij geen idealen kennen à l'état pur en daarnaast een toepassing die enkel toepassing zou zijn. We kennen altijd beide tegelijk.

Een laatste opmerking. Wanneer zowel Ross als andere auteurs wijzen op een

18. *O.c.*, p. 139.
19. *O.c.*, p. 140.
20. *O.c.*, p. 146.

soort misleiding die juristen (rechters) in het leven roepen door hun vonnissen te motiveren met een beroep op de evidente betekenis van de woorden van de wet, dan zal het nog veel moeilijker en zelfs onmogelijk zijn om nieuw opkomende sociale problemen te willen oplossen met een beroep op de termen van de verklaringen of verdragen inzake mensenrechten.

J.B.M. Vranken

Le bon juge en onbillijke rechtspraak

Een trendbreuk in het hedendaagse denken over de rechtsvormende taak van de rechter

Schets van de thematiek

1. In een van zijn eerste civiele conclusies schrijft de AG Leijten: 'Van Josef Esser allereerst en ook wel van Niklas Luhmann heb ik geleerd dat het praktische recht zonder volgehouden eerbiediging van systematiek niet kan overleven.'[1] Het geval betrof de afbakening van acties ter verkrijging van levensonderhoud. Deze problematiek, zo vervolgt Leijten, 'hoezeer ook in de ogen van alle niet-juristen begrijpelijkerwijs een steen des aanstoots, heeft met handhaving van de systeemgebondenheid van het recht veel te maken'.[2]

2. Ik zou dit een 'Leitmotiv' in heel zijn theoretische en praktische rechtsvindingswerk willen noemen. Er bestaat een inherente spanning tussen rechter en wet, tussen rechtspraak en rechtvaardigheid, tussen systeemgebondenheid en concrete billijkheid. Die spanning is volgens Leijten niet op te lossen door aan een van beide polen de voorrang te geven. 'De Ktr heeft (màg ik het zeggen) loffelijkerwijs naar de "puur billijke oplossing" gestreefd die via "le bon juge" Magnaud nogal aantrekkingskracht heeft gehad op de rechtsvindingsleer die tot voor kort modern was, maar evenals deze komt hij tot een uitkomst, die rechtens niet aanvaardbaar is.'[3] Evenmin een oplossing biedt de leer die beide polen plaatst onder het banier van het redelijkheids- en aanvaardbaarheidsdenken. Dit denken houdt, (te) kort gezegd, in dat de wet (het recht) verondersteld wordt redelijk te zijn en dat een rechter die de wet (het recht) onder dit perspektief benadert en zijn vak verstaat, altijd tot bevredigende beslissingen kan komen.[4]

3. Leijten heeft zich in deze leer nooit kunnen vinden, vroeger niet toen hij o.m. schreef over contra en praeter legem of, samen met W. van Gerven, over de theorie en praktijk van de rechtsvinding,[5] en ook thans niet. Zijn verzet lijkt integendeel

---

1. HR 15 januari 1982, NJ 1982, 145 (p. 542 r.k.). Zie ook zijn conclusie voor HR 17 november 1989, NJ 1990, 496.
2. Over afbakening van acties ook zijn conclusies voor HR 21 oktober 1983, NJ 1984, 296 en HR 29 november 1985, NJ 1986, 159. Zie eveneens HR 20 oktober 1989, NJ 1990, 391 met mijn noot.
3. HR 4 november 1983, NJ 1984, 271 (p. 994 r.k.); zie ook HR 13 november 1987, NJ 1988, 254 (p. 1026, sub nr. 26).
4. Vgl. zijn hierna in nt. 9 te noemen voordrachten.
5. Gepubliceerd in 1977.

steeds sterker te worden. Nog tamelijk voorzichtig formuleert hij het in een conclusie uit 1985 aldus: 'Ik ben sceptisch ten opzichte van de langzamerhand wat argwanender bekeken idee van de "Freirechtler" in hun vele vertakkingen, dat iedere tekst die betekenis kan hebben, die haar in een bepaald geval aanvaardbaar maakt.'[6] Een paar maanden tevoren in een zaak over concubinaat en alimentatieplicht onder het oude echtscheidingsrecht, had hij al geschreven: '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,[7] acceptabel is. En gaat het daar nu eigenlijk niet om? Juist omdat ik dit niet onder *alle* (niet: onder déze) omstandigheden kan onderschrijven, is het 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.'[8]

4. Feller dan ooit is hij in een voordracht begin 1989 bij gelegenheid van het vijfentwintig-jarig bestaan van het Tijdschrift voor Privaatrecht onder de veelzeggende titel 'Sluip- en dwaalwegen naar de gerechtigheid'.[9] Hij verbindt het redelijkheids- en aanvaardbaarheidsdenken met de namen van Josef Esser en, voor Nederland, van Schoordijk. Beiden verwijt hij een vertrouwen in de condition humaine en een optimisme dat door de wereldgeschiedenis en de geschiedenis van het recht door alle eeuwen heen is gelogenstraft. De rechter staat uiteindelijk machteloos tegen slechte of geperverteerde wetten. Hij kan alleen proberen er het beste van te maken, maar onherroepelijk stuit hij op zeker ogenblik op grenzen. Bij technisch onvolkomen wetten zijn deze grenzen meestal ruim getrokken, zoals uit meerdere van zijn conclusies ook blijkt.[10] Daarentegen is de speelruimte van de rechter klein(er) ten aanzien van wetten waarin de dragende grondbeginselen of de heersende politieke en maatschappelijke overtuigingen tot uitdrukking komen.[11] De rechter is daaraan gebonden. Hij mag zijn eigen opvattingen niet boven die van de wetgever stellen. Wellicht een enkele keer, bij wege van schoktherapie,[12] wel, maar niet permanent of regelmatig. De rechter is daartoe niet gelegitimeerd. Zijn opvatting van wat redelijk en billijk is, is niet meer waard dan die van ieder ander. Dat hij uit hoofde van zijn positie toevallig de macht en de mogelijkheid heeft zijn opvattingen aan anderen op te leggen, vormt geen legitimatie, maar

6. HR 4 januari 1985, NJ 1985, 789 (p. 2559 r.k.); zie ook HR 13 november 1987, NJ 1988, 254 (p. 1012, sub nr. 26).

7. Een geliefkoosde uitdrukking van Langemeijer, zoals Leijten schrijft in een In Memoriam mr. G.E. Langemeijer, NJB 1990, p. 622.

8. HR 26 oktober 1984, NJ 1985, 545 (p. 1720 l.k. sub F).

9. TPR 1989, nr. 2, p. 445–458; over hetzelfde thema onder de titel 'Judicial restraint als barricade op weg naar opperste gerechtigheid', in: P. van Dijk (red), De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme, Med. KNAW, Afd. Letterkunde, Nieuwe Reeks, deel 52, nr. 3, 1989, p. 98–102.

10. O.m. HR 21 oktober 1983, NJ 1984, 804; HR 11 oktober 1985, NJ 1986, 40; HR 21 juni 1985, NJ 1986, 691.

11. Het onderscheid tussen technische en 'politieke' wetten is in het verleden gangbaar geweest. Vgl. Jakobs, Wissenschaft und Gesetzgebung im bürgerlichen Recht, 1983, p. 115 e.v.

12. Theorie en praktijk van de rechtsvinding, 1977, p. 81/2; zie ook in dezelfde zin Bydlinski, Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, 1982, p. 34.

moet integendeel volgens Leijten dwingen tot terughoudendheid, zeker omdat ook redelijke mensen in alle redelijkheid verschillend kunnen denken over wat redelijk en rechtvaardig is. Ik zou dit een, in het verlengde van het eerste gelegen, tweede 'Leitmotiv' in zijn werk willen noemen.

Kritiek op Esser als impuls voor een nieuwe theorievorming

5. Het is de vraag of Leijten terecht Esser – die hij eerder nog geprezen had voor diens nadruk op de systeemgebondenheid van het recht – en Schoordijk aanmerkt als protagonisten bij uitstek van het redelijkheids- en aanvaardbaarheidsdenken, zoals dat hiervoor omschreven is. Wat betreft Esser – Schoordijk heeft al voor zichzelf gesproken[13] – gebeurt momenteel overigens hetzelfde in de Bondsrepubliek Duitsland en in Oostenrijk. In die landen begint een stroming aan kracht te winnen die zich keert tegen de haars inziens veel te ver doorgeschoten rechtsvormende taak van de rechter. Men zou kunnen spreken van een soort trendbreuk (mits men trend niet met modieus associeert). Het vertrekpunt wordt veelal gevormd door een kritiek op Josef Esser als degene wiens invloed het meest tot het ontstaan van de bedoelde verkeerde situatie heeft bijgedragen. Opvallend en pijnlijk voor Esser is dat de thuishaven van de kritiek in de BRD Tübingen is, uitgerekend de universiteit waaraan hij (Esser) zo lang heeft gedoceerd. En alsof dit nog niet genoeg is, is het bovendien, naast zijn vroegere collega Zöllner, van wie dit al lang bekend is,[14] zijn opvolger, E. Picker,[15] die het hardst heeft toegeslagen, in zijn oratie nog wel!

6. De kritiek op Esser is massief en veelomvattend. Ik kan haar hier slechts aanstippen, maar vrijwel geen aspekt van zijn leer blijft onbestreden.[16] In het bijzonder wordt hem verweten een onjuist beeld te hebben geschetst, althans bij anderen te hebben opgeroepen, van de inhoud en betekenis van de hermeneutiek van H.G. Gadamer voor de juridische methodenleer. Het verwijt komt er op neer dat hij het Vorverständnis waarmee de rechter een zaak benadert gelijkstelt met een subjectief gevoelen omtrent wat redelijk en billijk is, en dat dit bepalend is voor het resultaat. Van enige openheid voor andere gegevens ter korrektie van het Vorverständnis, zoals de algemene hermeneutiek leert, zou bij Esser geen sprake zijn. Esser's betoog van het tegendeel is niet geloofwaardig, aldus de kritici, omdat waar hij spreekt over de wet, het systeem, de dogmatiek en over de aan het positieve recht ten grondslag liggende waardenoriëntaties, hij ook deze gegevens onder het juk van het Vorverständnis plaatst. Het gevolg is een rechterspositivisme, waarin de rechter heer en meester is en waarin de rechtspraak in feite de enige

13. Schoordijk, Leijten en de gerechtigheidsidee, NJB 1990, p. 456–458.

14. O.m. Zöllner, Recht und Politik, in: Tradition und Fortschritt im Recht, Fs Tübinger Juristenfakultät zu ihrem 500-jährigen Bestehen, 1977, p. 131 e.v.

15. De oratie van Picker, Richterrecht oder Rechtsdogmatik – Alternativen der Rechtsgewinnung?, is gepubliceerd in JZ 1988, p. 1–12.

16. Zie behalve Picker (nt.15), ook Zöllner, Zivilrechtswissenschaft und Zivilrecht im ausgehenden 20. Jahrhundert, AcP 1988, p. 85–100, en de reeds genoemde Bydlinski, t.a.p. 1982, (nt.12), p. 34 e.v. en 152 e.v., met verdere verwijzingen.

rechtsbron is. Dogmatiek is overbodig. Vandaar de benaming van anti-dogmatische Wertungsjurisprudenz. Het geval wordt belangrijker dan de theorie. De rechtswetenschap verwordt tot een gevalskunde, waarin alle aandacht uitgaat naar de concrete casuïstiek. Esser wordt voorts op één lijn gesteld met allerlei rechtspolitieke theorieën, die het recht dienstbaar maken aan sociaal-emancipatoire doeleinden. Om het resultaat gaat het, niet om de kontroleerbaarheid van de weg er naar toe. Zöllner en Picker schromen zelfs niet in bepaalde passages het beeld te suggereren van Esser als de grote verleider van ontvankelijke jonge geesten!

7. Ik moet bekennen bij lezing van deze kritiek meer dan eens mijn ogen te hebben uitgewreven. Ik heb indertijd, onder leiding van de jubilaris van deze bundel, Esser grondig bestudeerd en daarvan in mijn proefschrift verslag gedaan. Zoals Esser door zijn Duitse kritici wordt opgevoerd, heb ik hem nooit begrepen. Dat kan te maken hebben met onervarenheid of naïviteit, die mij het zicht op de draagwijdte van zijn leer hebben ontnomen. Ik heb dan echter inmiddels teleurstellend weinig bijgeleerd. Hele passages heb ik herlezen, met name die waarnaar de kritici verwijzen, maar ik lees daarin nog steeds niet wat zij er in lezen. Het gevoel blijft dat de kritiek haar pijlen op iemand anders heeft gericht c.q. dat Esser verantwoordelijk wordt gesteld voor wat anderen met of op basis van zijn theorie hebben gedaan. Want – en dat is een verschil met Nederland waarin dit soort extreme posities niet zijn verdedigd – in de BRD bestaan daadwerkelijk auteurs die, met een beroep op Esser, openlijk de dogmatiek hebben afgezworen, onverbloemd de rechter boven de wet hebben geplaatst en ondergeschikt hebben gemaakt aan sociaal-emancipatoire doeleinden enz. enz. Ook de rechtspraak is in de BRD veel verder gegaan dan in Nederland, in het bijzonder het Bundesarbeitsgericht. Dit hof heeft zich regelmatig geroepen geacht concrete gevallen als aanleiding te hanteren om met zoveel woorden omtrent bepaalde kwesties in algemene zin uitspraken te doen, d.w.z. algemene regels te formuleren voor toekomstige gevallen, gebaseerd op wat hic et nunc het beste en meest rechtvaardige wordt geacht.[17]

8. Tegen deze achtergrond is de scherpte waarmee het debat in de BRD wordt gevoerd, begrijpelijk en verklaarbaar. Iets anders is of het terecht is dat Esser als de grote zondebok moet gelden. Ik onderdruk de neiging hierop in te gaan. Het gaat mij om de essentie van de ontwikkelingen die zich, al of niet met Esser als kritisch vertrekpunt of impuls, aan het voltrekken zijn en waarop mijns inziens zowel Leijten als de Duitse kritici het oog hebben. Toegespitst op Leijten: de kern van zijn boodschap is dat hij[18] in een tijd waarin het verwachtingspatroon over de mogelijkheden tot rechtsvorming door de rechter tot grote hoogte is gestegen en de voordelen van rechtersrecht breed worden uitgemeten, pas op de plaats maakt en indringender dan ooit aandacht vraagt voor de nadelen, de minder wenselijke

17. Hierover o.m. Picker, Richterrecht und Richterrechtsetzung – Zu neuen Rechtsbildungsmethoden des Bundesarbeitsgerichts, JZ 1984, p. 153–163; Von Hoyningen–Huene, Rechtsfortbildung im Arbeitsrecht als Vorreiter und Vorbild?, in: Richterliche Rechtsfortbildung, Fs der Juristischen Fakultät Heidelberg zur 600 Jahr Feier, 1986, p. 353–377.

18. Hij is in Nederland niet de enige. Denk ook aan H. Drion, die voortdurend op terughoudendheid heeft aangedrongen. Recent nog in een bijdrage aan de in noot 9 genoemde Med. KNAW onder de titel Rechtspraak en politiek, t.a.p. p. 103–106.

konsekwenties of, ronduit, de gevaarlijke kanten ervan. Er is geen reden voor euforie. De onverdeelde lof die de Hoge Raad in 1988 is toegezwaaid bij gelegenheid van het honderdvijftig-jarig bestaan, zal in dit verband zijn wantrouwen alleen nog maar hebben versterkt.

'Richterkönig' noch 'Subsumtionsautomat', maar wat dan wel?

9. Toch is er voor hem geen reden in het andere uiterste te vervallen en de rechtsvorming door de rechter te ontkennen, te negeren of ongedaan te maken. Die taak ligt er en is onontkoombaar. Leijten is hiervan diep doordrongen. In de jaren zeventig was hij een van degenen die er voor heeft geijverd dit besef in bredere kring dan toen het geval was, ingang te doen vinden. Hij is er niet op teruggekomen, zoals zijn conclusies telkens opnieuw bevestigen. Ik geef een paar voorbeelden.

Een eerste voorbeeld vormen de conclusies, waarin Leijten onomwonden het keuzemoment in het recht centraal stelt en getuigenis en verantwoording aflegt van zijn, soms moeizame, worsteling, daarbij – als het zo te pas komt – niet verhelend dat zijn gedachten oorspronkelijk een andere kant opgingen dan uiteindelijk in de conclusie verdedigd.[19] Het is zijn overtuiging dat vrijwel geen wet, geen tekst slechts één betekenis heeft: 'Welnu, de wet is bijna nooit duidelijk als wij twijfelen en dat is niet onbegrijpelijk. Ik ga daarover nu niet uitweiden.'[20]

10. Al evenzeer erkent hij de onvermijdelijkheid èn de positieve functie van het Vorverständnis. In zoverre blijft hij Esser volgen. Hij etaleert zijn Vorverständnis vaak openlijk, meestal door en in een aantal algemene opmerkingen vooraf, soms ook met zoveel woorden. Bijv. in een conclusie omtrent de vraag of van een bepaalde beslissing cassatieberoep openstaat. 'Dat een beslissing van een feitelijke rechter niet op zijn rechtmatigheid getoetst kan worden, is in een redelijke rechtsstaat geen vanzelfsprekende zaak. Het zal heel duidelijk moeten blijken en anders dient men m.i. zo'n cassatieberoep, als niet uitgesloten, te aanvaarden. Hiermee heb ik het vooroordeel, waarmee ik dit vraagstuk benader, prijsgegeven. Aan anderen om uit te maken of het een redelijk vooroordeel is.'[21] Iets soortgelijks gebeurt in de zaak betreffende het verschoningsrecht in civiele zaken voor een registeraccountant. Hij vermeldt daarin dat in de lagere rechtspraak een dergelijk recht meer dan eens is erkend. In een strafrechtelijke procedure van kort tevoren (NJ 1984, 132) had de Hoge Raad de lijn echter niet doorgetrokken. Waarom niet? Leijten: 'Dat weet ik natuurlijk niet, omdat de HR een geheimhoudingsplicht heeft, maar het zou mij niet zo erg verwonderen dat de breuk in de lijn mede is veroorzaakt doordat de opvatting dat aan "economische privacy" evenveel recht op bescherming toekomt dan aan de persoonlijke, in dit tijdsgewricht in redelijkheid niet meer aanvaard kan worden. Ik sta hier dus diametraal tegenover de steller van het middel en diens bron (...). Ik schroom niet als eigen "Vorverständnis" bij

19. HR 29 november 1985, NJ 1986, 276 (p. 1073 r.k.).

20. HR 16 mei 1986, NJ 1986, 779 (p. 2976 l.k.). Zie in soortgelijke zin HR 4 januari 1985, NJ 1985, 789 (p. 2559 r.k.).

21. HR 16 april 1982, NJ 1983, 33 (p. 126 r.k.).

het concipiëren van de conclusie ruimschoots voorafgaande aan NJ 1984, 132, die overtuiging, dat inzicht te erkennen.'[22]

11. Rechtsvorming door de rechter geschiedt noodzakelijkerwijs ook daar waar de wetgever het geheel of ten dele laat afweten. Ook dan móet de rechter beslissen en dus kiezen, ondanks alle twijfel die hij soms heeft. Zo concludeert Leijten in een zaak betreffende de (on)toelaatbaarheid van een beperking op het grondrecht van vereniging en vergadering voor gevangenen als volgt: '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 voorafgaande te hebben verantwoord als een *mógelijke* keuze en – laat het mij voorzichtig zeggen – ik geloof vervolgens en vooral dat het ook, de betere, de méér rechtvaardige keuze is.'[23]

12. Een enkele keer is ook een contra legem-beslissing niet uitgesloten, maar zo'n beslissing kost moeite en vergt een nog uitgebreidere verantwoording dan wanneer de wet zwijgt. Bijvoorbeeld bij een afwijking van de uit een oogpunt van rechtszekerheid te eisen striktheid van termijnen. 'Deze inleiding (van vier bladzijden, JV) 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 het 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.'[24] In het gegeven geval vònd Leijten het te gek om los te open, maar hij kreeg de Hoge Raad niet mee. Die koos toch voor het argument van de rechtszekerheid. Een betere illustratie voor Leijten's tweede 'Leitmotiv' dan dit geval is nauwelijks denkbaar.

13. Kortom en met een verwijzing naar de titel van een schitterende studie van Regina Ogorek[25]: in de visie van Leijten is de rechter 'Richterkönig' noch 'Subsumtionsautomat'. Ook de kritici van Esser in de BRD en in Oostenrijk zijn deze mening toegedaan. De voorbeelden die ze aanhalen zijn vaak van hetzelfde type als ik ten aanzien van Leijten heb gememoreerd.[26] Maar: wat de rechter wèl is of behoort te zijn, is minder duidelijk en ook niet in een paar woorden samen te vatten, voor Leijten niet en evenmin voor de anderen. De meesten blijven steken

22. HR 14 juni 1985, NJ 1986, 175 (p. 645 r.k.). Zie ook bijv. HR 3 februari 1984, NJ 1984, 706 (p. 2469 sub 13 en 14).

23. HR 25 juni 1982, NJ 1983, 295 (p. 916/7).

24. HR 17 november 1989, NJ 1990, 496. Zie ook HR 13 oktober 1989, NJ 1990, 495. Leijten bedient zich regelmatig van het argumentum ad absurdum.

25. R. Ogorek, Richterkönig oder Subsumtionsautomat. Zur Justiztheorie im 19. Jahrhundert, 1986.

26. Zie de in noot 16 genoemde literatuur.

in de kritiek. Zo bijvoorbeeld Picker, die aan het einde van zijn oratie volstaat met de opmerking dat een kwalitatieve vergelijking van de 'klassieke' en de Esseriaanse methodenleer vanzelf de superioriteit van de eerste en het inferieure karakter van de tweede zal duidelijk maken.[27] De opmerking getuigt niet van relativeringsvermogen en komt derhalve niet verder dan het eigen gelijk. Wel verder is, althans lijkt te zijn gekomen, de Oostenrijker Franz Bydlinski, die in zijn omvangrijke en helder geschreven[28] studie Juristische Methodenlehre und Rechtsbegriff, nader uitgewerkt in vele kleinere deelstudies,[29] heeft geprobeerd nieuwe wegen in te slaan. Met kennelijk succes, want inmiddels behoort hij tot de meest gelezen auteurs over dit onderwerp in het Duitse taalgebied (naast gevestigde auteurs als Larenz en Fikentscher). In Nederland is Bydlinski nog vrijwel onbekend, zodat het ook om die reden de moeite loont er op in te gaan en hem in Nederland te introduceren.

Bydlinski's methodenleer

14. Bydlinski onderscheidt zich niet van vele anderen vóór hem in wat hij ziet als de taak van een juridische methodenleer, te weten het ontwikkelen van regels voor de omgang met het recht opdat deze kontroleerbaar en daardoor rationeel geschiedt. Hij erkent eveneens dat rechtspreken niet een puur kognitief proces is, maar dat er ook volitieve, subjectieve of, zoals ze ook wel worden genoemd, autonome elementen een rol spelen. Voorts beschouwt ook hij juist deze autonome elementen als hèt probleem bij het streven naar garanties voor kontroleerbaarheid en rationaliteit. Hij meent evenwel dat de autonome elementen de afgelopen decennia een veel te grote nadruk hebben gekregen ten detrimente van de kognitieve (heteronome) elementen. Het gevolg is volgens hem geweest dat de juridische methodenleer aan aanzien heeft verloren en door sommige theoretici zelfs als methodenloos is afgezworen. Zijns inziens is hierbij sprake van gemakzucht en denkluiheid en wordt het tijd de verhouding van autonomie en heteronomie in het proces van rechtspraak opnieuw te bepalen, beter: wordt het tijd op basis van de huidige inzichten in grenzen en mogelijkheden de heteronome elementen hun rechtmatige plaats te wijzen. Hij wil derhalve 'ernsthaft auf die, durch die Erfahrung im Grunde wohlbestätigten, Methoden und methodischen Regeln der Jurisprudenz eingehen und an ihrer Verbesserung arbeiten, statt sie, wie Jahrzehnte hindurch üblich, im wesentlichen ersatzlos bloss zu karikieren'.[30]

15. Bij de uitvoering van deze taak biedt Bydlinski, vergeleken met anderen, in zoverre iets nieuws dat hij veel aandacht besteedt aan het begrip recht. Dat is

27. Picker, t.a.p. 1988 (nt. 15), p. 11/2.

28. Dat mag van een Duitstalig wetenschappelijk werk, indien daarvoor reden is, ook wel eens gezegd worden.

29. Ik noem achtereenvolgens Hauptpositionen zum Richterrecht, JZ 1985, p. 149–155; Die normativen Prämissen der Rechtsgewinnung, Rechtstheorie 1985, p. 1–65; de brochure Recht, Methode und Jurisprudenz, 1987 en Unentbehrlichkeit und Grenzen methodischen Rechtsdenkens, AcP 1988, p. 447–488.

30. T.a.p. 1987 (nt. 29), p. 26/7.

volgens hem de afgelopen decennia te weinig gebeurd en met name daardoor is de teloorgang van de juridische methodenleer veroorzaakt. Bydlinski licht deze stelling, kort samengevat, als volgt toe. Recht wordt meestal ongereflekteerd gelijkgesteld met positief recht als het geheel van door het bevoegd staatsgezag afgekondigde of toegelaten normen. Deze normen zijn echter (onvermijdelijk) vaak onduidelijk, vaag, tegenstrijdig en vol leemten. Met behulp van methodische regels zouden deze gebreken ten behoeve van de concrete rechtstoepassing opgelost moeten worden. Anders zou de rechtspraak niet kunnen functioneren. Het probleem is evenwel dat slechts een klein deel van de methodische regels tot het positieve recht behoort. Ten aanzien van de andere bevindt de rechter zich op het gebied van het 'freie Ermessen'.

Het zal duidelijk zijn waar de op deze manier gelegde relatie tussen een juridische methodenleer en het begrip recht – de titel van Bydlinski's boek – verbetering behoeft: het begrip recht zou veel ruimer moeten kunnen worden opgevat en zou ook andere normatieve, rationeel toegankelijke en kontroleerbare elementen dan alleen gepositiveerde normen moeten kunnen omvatten. Kan dat? Ja, aldus Bydlinski, en hij komt tot de vogende beschrijving, die ik hier letterlijk, maar zonder weergave van de uitvoerige toelichting van meer dan honderd bladzijden, laat volgen. Het begrip recht omvat in de zienswijze van Bydlinski:[31]

a. die drei Fundamentalprinzipien (Grundwertungen) der Gerechtigkeit, Rechtssicherheit und Zweckmässigkeit, also die 'Rechtsidee';
b. (als Gegenstand dieser Wertungen) das positive Recht ..., soweit es mit den genannten Fundamentalprinzipien nicht in (krassem) Widerspruch steht, und
c. alle normativen Grössen, die aus den unter 1 und 2 genannten ... abgeleitet werden können.

16. Onder 3 worden vooral de methodische regels – de bekende interpretatiemethoden, analogie, rechtsverfijning, argumentum ad absurdum, precedenten en dergelijke meer – gerubriceerd. Ze behoren voor Bydlinski derhalve tot het recht zelf en zijn meer dan kunst-, hulp- of ervaringsregels zonder duidelijke status, zoals ze in de heersende leer meestal worden afgeschilderd. De rechter die de methodische regels niet in acht neemt, handelt in strijd met het recht en kan daarop worden aangesproken. Bydlinski betoogt, mede aan de hand van voorbeelden, dat de methodische regels een betrekkelijk duidelijke relatieve betekenis hebben. Met andere woorden, het rangordeprobleem is volgens hem veel minder ingewikkeld dan thans meestal wordt aangenomen. In veel gevallen is het toepasselijke recht immers duidelijk en rijst de vraag naar een rangorde niet eens. Dat gebeurt pas wanneer het recht niet duidelijk is èn de verschillende methoden een andere kant opwijzen. Denk o.m. aan de kwestie of een bepaalde wettelijke regeling op een beperkt terrein – bijv. zaaksvervanging, exceptio non adimpleti contractus, ongerechtvaardigde verrijking – beschouwd moet worden als een uitzondering of, integendeel, als uitdrukking van een slechts gedeeltelijk gepositiveerd beginsel. Bydlinski verdedigt voor deze gevallen een oplossing in twee stappen. De eerste is dat de rechter die beslissing moet nemen, waarvoor de sterkste argumenten uit

31. T.a.p. 1982 (nt. 12), p. 317/8, herhaald in de vervolgstudies, bijv. t.a.p. 1988 (nt. 29), p. 481/2.

het recht kunnen worden afgeleid. Bydlinski spreekt in dit verband van 'eine einfache Einsicht', die 'ein unentbehrlicher Schlüssel zum Verständnis der Rechtsanwendung und ihrer rationalen Möglichkeiten' is.[32] Slaagt deze manier niet dan moet worden beslist volgens het in de rechtsidee besloten liggende postulaat van de eenvoud en de betrouwbaarheid. 'Vorrang hat jedenfalls die Methode, die mit den einfacher und verlässlicher feststellbaren normativen Grössen arbeitet, weil ihre Anwendung in abstracto sicherere, gleichmässigere und mit weniger Aufwand zu findende Ergebnisse verspricht.'[33] Het heeft geen zin verder te zoeken dan nodig is. Met name is het niet nodig telkenmale alle eventueel mogelijke methoden te hanteren. Eigenlijk bestaat daaraan alleen behoefte, wanneer de beslissing uit een oogpunt van de 'Fundamentalprinzipien' onbevredigend of onaanvaardbaar is.

17. Meestal lukt het volgens Bydlinski om aan het recht, zoals hij dat omschrijft, voldoende overtuigende argumenten te ontlenen voor de concrete beslissing. Een enkele keer lukt het niet. In die situatie wordt de rechter, die immers beslissen móet, teruggeworpen op zichzelf en op zijn eigen waardering, zij het dat bijv. gevalsvergelijking hem hierbij soms behulpzaam kan zijn. Kortom, anders dan thans veelal wordt geleerd, is volgens Bydlinski de 'richterliche Eigenwertung' als een in het proces van rechtsvinding beslissend gezichtspunt (het autonome element), niet de normale situatie, maar een betrekkelijke uitzondering. Zij doet zich slechts voor waar de heteronome, dit wil zeggen de rationeel kontroleerbare, want methodisch verkregen, argumenten het laten afweten of niet aanwezig zijn.[34]

Twijfel over de houdbaarheid van Bydlinski's methodenleer

18. Wat van de leer te zeggen? Ik stel voorop dat in een korte samenvatting nuances verloren gaan. Bydlinski heeft bijvoorbeeld zeer lezenswaardige beschouwingen gewijd aan de methodische regels, waarin hij het samenspel tekent met de door hem onderscheiden leidende beginselen in het recht.[35] Ook heeft hij veel aandacht besteed aan het precedentenrecht, waarbij hij – om maar iets te noemen – tot geheel andere bevindingen komt dan in Nederland door Kottenhagen verdedigd.[36] Genoemd mogen eveneens worden zijn uiteenzettingen over de konkretisering van vage normen.[37] Ik kan er niet op ingaan en daarmee doe ik Bydlinski tekort. Desalniettemin geloof ik dat ik zijn leer in de kern korrekt heb weergege-

32. T.a.p. 1987 (nt. 29), p. 42.
33. T.a.p. 1987 (nt. 29), p. 43, alsook reeds t.a.p. 1982 (nt. 12), p. 556 e.v., met name p. 561.
34. T.a.p. 1982 (nt. 12), p. 556 e.v., met name p. 564/5; t.a.p. 1988 (nt. 29), p. 485/6.
35. T.a.p. 1982 (nt. 12), p. 369–389 en p. 390–500.
36. T.a.p. 1982 (nt. 12), p. 501–552; Kottenhagen, Van precedent tot precedent, 1986. Zie ook Schlüchter, Mittlerfunktion der Präjudizien, 1986; Fikentscher, Eine Theorie der Fallnorm als Grundlage von Kodex- und Fallrecht (code law und case law), Z.f. Rechtsvergleichung 1980, p. 161–174; dez., Präjudizienbindung, Z.f. Rechtsvergleichung 1985, p. 163–193.
37. T.a.p. 1982 (nt. 12), p. 572–605, met name p. 582 e.v.

ven. Deze overtuiging baseer ik mede op de wijze waarop Bydlinski zelf in verschillende van zijn vervolgstudies zijn leer kenschetst.

19. Welnu, hiervan uitgaande, valt de kern van Bydlinski's leer mij niet mee. Problemen heb ik al met zijn uitgangspunt, het begrip recht. Het is volgens mij niet waar dat de heersende opvatting recht gelijkstelt met het gepositiveerde recht. Ook de daaraan ten grondslag liggende waarderingen en beginselen behoren er toe. Ook de keuze van de drie Fundamentalprinzipien van de Rechtsidee is mij niet duidelijk geworden, behalve dat Bydlinski ze, historisch gezien, als tamelijk konstant en universeel beschouwt. Waarop berusten ze echter en waarom dèze beginselen en niet (ook) andere? Voorts: zijn ze voldoende hanteerbaar? Bydlinski verdedigt[38] bijvoorbeeld dat de gebondenheid aan de woorden van de wet voortvloeit uit de beginselen van rechtvaardigheid en rechtszekerheid. Dezelfde beginselen kunnen echter soms ook een afwijking of uitbreiding rechtvaardigen. Wat is dan beslissend? Problemen heb ik ook met de status van de methodische regels. Mijns inziens is het absoluut niet nodig deze te kwalificeren als rechtsregels. Meer in het algemeen moet mij van het hart dat ik in bepaalde opzichten, Bydlinski lezend, het gevoel had van het konijn en de hoed. Stop alle elementen die in het proces van rechtsvinding een rol spelen onder het begrip recht en je kunt betogen dat de beslissingen steunen op het recht en dus, vooral, heteronoom bepaald zijn. Ik vrees dat men op deze manier zichzelf voor de gek houdt (zie ook hierna nr. 22). Men moet het sterkste argument kiezen, zegt Bydlinski, en vooral niet verder zoeken dan nodig is. De moeilijkheid is evenwel te bepalen wanneer welk argument het sterkste is, waarom en voor wie. Bydlinski doet vaak een beroep op de nuchtere ervaring, waarin veel zaken als vanzelf gebeuren. Soms heeft hij daarin wel gelijk, bijvoorbeeld wanneer hij zegt dat niet in elke casus het hele arsenaal van de juridische methodenleer van stal behoeft te worden gehaald. Hij onderschat echter mijns inziens het keuze-element in de rechtsvinding. Over veel zaken kan men verschillend denken zonder dat zich de ene beslissing boven de andere opdringt. Het postulaat van de eenvoud en betrouwbaarheid biedt lang niet altijd de soelaas die Bydlinski er van verwacht. Ook dit is mijns inziens een ervaringsgegeven. De conclusies van Leijten – uit enkele waarvan ik aan het begin van deze bijdrage heb geciteerd[39] – vormen hiervan een duidelijk en levendig bewijs.

20. Er zijn nog veel andere voorbeelden. Mij beperkend tot een aantal ontwikkelingen op 'macro-nivo' in het vermogensrecht: ten aanzien van een fors aantal belangrijke leerstukken was op goede gronden ook een andere ontwikkeling mogelijk geweest dan thans is geschied. Ik denk aan de aansprakelijkheid voor gevaarlijke zaken. Op basis van art. 1403 lid 1 slot BW zou, evenals in Frankrijk, een risicoaansprakelijkheid verdedigbaar zijn geweest. Ik denk aan de betekenis van de verborgen gebreken-regeling die in Frankrijk ook veel verder gaat dan in Nederland, hoewel de tekst van de wet niet anders luidt. Voorts memoreer ik de eigendomsoverdracht tot zekerheid, waarvan de erkenning in 1929 allerminst voor de hand lag. In mindere mate geldt dit laatste ook voor het eigendomsvoor-

38. T.a.p. 1982 (nt. 12), p. 369–389 en p. 553–572; dez., t.a.p. 1987 (nt. 29), p. 33
39. Hiervoor nrs. 9–12.

behoud. De betrekkelijk ruime marges die in het zekerhedenverkeer aan de verschillende crediteuren wordt gelaten hun posities veilig te stellen, had eveneens anders kunnen zijn. De uitleg van de art. 47 en 54 FW, van koop à contant in het kader van het recht van reclame en van art. 53 FW,[40] is evenmin vanzelfsprekend. Ook de ontwikkeling van het leerstuk van de beperkende werking van de goede trouw en de gigantische vlucht die dit inmiddels heeft genomen, is een waardegebonden keuze geweest die niet alleen heteronoom bepaald is. Hetzelfde geldt voor het brede terrein van de toenemende inhoudscontrole van overeenkomsten, voor de aansprakelijkheid en gebondenheid van de overheid in het civiele recht, voor het toenemende belang van risico-elementen bij onrechtmatige daad en wanprestatie, voor de erkenning van opschortingsrechten buiten de in de wet geregelde gevallen om, voor de erkenning van toevallig samenlopende verbintenissen, van ongegronde verrijking, van op moraal en fatsoen berustende natuurlijke verbintenissen enz. enz.

21. Natuurlijk wil ik met het voorgaande niet betogen dat het allemaal betrekkelijk willekeurig is wat er is gebeurd. Er zijn zeker argumenten voor te geven, goede argumenten ook, maar het zijn argumenten die vaak niet (zonder meer) sterker zijn dan andere. Wel is het zo dat wanneer eenmaal in de rechtspraak een lijn is uitgezet, een bepaald argument sterker wordt, omdat het daarin beter past dan andere. Dit doet echter aan de achterliggende keuze niet af. Zo ook Leijten in een conclusie betreffende de vraag of dezelfde feiten die eerder waren aangevoerd voor een ontslag op staande voet eveneens ten grondslag kunnen liggen aan een voorwaardelijke ontbinding op grond van gewichtige redenen. Leijten had in een zaak uit 1983 geconcludeerd van niet, maar hij was daarin niet door de Hoge Raad gevolgd. Toen een paar jaar later dezelfde vraag rees – Kantonrechter en rechtbank hadden ontkennend beslist – schreef hij in zijn conclusie[41]: 'Alle argumenten, die zouden kùnnen pleiten voor het door ... de Ktr en de Rb ingenomen standpunt, zijn toen, ik durf zeggen: niet zonder kracht, naar voren gebracht of verdedigd. Ik zou een huichelaar moeten heten, ging ik nù beweren, dat die argumenten weinig waarde hebben. In een academisch debat zou ik ze nòg stelliger dan toen staande houden, want ik ken nù de argumenten die tot een andersluidende beslissing hebben geleid. Maar het gaat hier over de rechtspraktijk èn over rechtszekerheid .... Beslissend is voor mij in zo'n soort zaak, dat de HR een standpunt als door de Rb in deze zaak (en door mij eertijds) verdedigd, niet alleen niet deelt, maar uitdrukkelijk heeft verworpen.' Alleen wanneer de rechter omgaat, vindt een herschikking van de argumenten plaats.

22. Ik twijfel derhalve sterk aan de houdbaarheid van Bydlinski's conceptie van een juridische methodenleer. Ik onderschrijf zijn verzet tegen de kennelijk in een deel van de Duitstalige literatuur en rechtspraak verdedigde of gehanteerde overheersing van de 'richterliche Eigenwertung'. Ik meen echter dat Bydlinski teveel

40. Vgl. o.m. HR 8 juli 1987, NJ 1988, 104 (Loeffen/Mees en Hope) en HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 359 (Amro/THB).

41. HR 29 november 1985, NJ 1986, 159 (p. 594 r.k.). De eerdere uitspraak was HR 21 oktober 1983, NJ 1984, 296.

naar de andere kant is doorgeslagen. Een juridische methodenleer kan nooit bewerkstelligen wat Bydlkinski ervan verwacht, t.w. een sluitend stelsel van methodische regels, elk met een eigen, ook relatieve, betekenis, die op zichzelf de garantie vormen voor rationele en kontroleerbare beslissingen. Een dergelijke opvatting berust op een overschatting van de betekenis van een juridische methodenleer. Ik heb er eerder al over geschreven.[42] Onder meer heb ik toen betoogd dat de met behulp van een juridische methodenleer te realiseren rationaliteit en kontroleerbaarheid, afhankelijk is van het rationaliteitskriterium dat men hanteert. Ik heb er aan toegevoegd dat daarover verschillend wordt gedacht en ook verschillend kàn worden gedacht, omdat er zich namelijk uiteindelijk de opvatting over wat recht is in weerspiegelt. Ik sta hier nog steeds achter. Met andere woorden: de relatie van een juridische methodenleer met het begrip recht, zoals Bydlinski die legt, deel ik, maar dezelfde relatie moet volgens mij er juist toe leiden aan een juridische methodenleer slechts een betrekkelijke waarde toe te kennen. Dit zou alleen dan anders zijn, wanneer het rechtsbegrip van Bydlinski het enig juiste en het absoluut ware zou zijn, maar daarop mag ook Bydlinski niet hopen (hoewel hij er meer dan eens blijk van geeft sterk te zijn gecharmeerd van het rationele natuurrecht[43]).

23. Het voorgaande houdt in dat het niet mogelijk is om uitsluitend op basis van een juridische methodenleer aan te geven tot waar een judicial activism nog gelegitimeerd is. Ik vind steun voor deze conclusie in de reeds genoemde studie van Ogorek.[44] Zij heeft onderzocht welk rechtersbeeld in de 19e eeuw bestond en waarop dit steunde c.q. met welke argumenten dit verdedigd werd. Met overtuiging, voor mij althans, maakt zij duidelijk dat het rechtersbeeld niet werd bepaald door methodologische gezichtspunten. Voorzover deze al werden geuit, hadden ze slechts een ondersteunende functie. Hetzelfde geldt voor overwegingen ontleend aan de rechtsbronnenleer. Deze dienden vooral als een 'Sicherheitsnetz für die politischen Grunderscheinungen'.[45]

Ook pogingen die de taak van de rechter en de (niet-)legitimatie voor diens rechtsvormend optreden uitsluitend op de Grondwet willen baseren, slagen niet. Te onzent blijkt dit bijvoorbeeld recent uit de beschouwingen van Hirsch Ballin in de Hoge Raad-bundel.[46] Zijns inziens volgt uit de Grondwet dat de rechter (Hoge Raad) aan het recht is gebonden. Dat geloof ik graag, maar daarmee is het probleem in genen dele opgelost. Hirsch Ballin raakt verzeild in dezelfde cirkel als Bydlinski, te weten dat ook bij hem de vraag cruciaal is wat het recht is. Daarvan hangt in beider benaderingswijze uiteindelijk de legitimatie van de

42. In 'Een beeld van het recht', AA 1979, p. 183 (819) e.v. onder de titel De betrekkelijke waarde van een juridische methodenleer voor de rechtspraktijk.

43. O.m. t.a.p. 1987 (nt. 29), p. 16/7 en 28/9.

44. Vgl. nt. 25.

45. T.a.p. 1986 (nt. 25), p. 279.

46. E.M.H. Hirsch Ballin, Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en de functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde, in: De Hoge Raad der Nederlanden, 1988, p. 211 e.v. Zie voor de BRD naast Picker 1988, t.a.p. (nt. 15), p. 11/2, vooral P. Kirchhof, Der Auftrag des Grundgesetzes an die rechtsprechende Gewalt, in: Richterliche Rechtsfortbildung (nt. 17), 1986, p. 11–37 met verdere verwijzingen.

(rechtsvormende) taak van de rechter af. Een opvatting die het recht beschouwt als het geheel van gepositiveerde normen, komt tot andere resultaten dan wanneer tot het recht ook fundamentele beginselen worden gerekend. De Grondwet geeft daarop geen antwoord. Het enige dat men met zekerheid voor Nederland uit de Grondwet kan afleiden is, dat de rechter wetten in formele zin niet aan de Grondwet mag toetsen (art. 120 GW). Het Harmonisatiewet-arrest heeft dit toetsingsverbod nog eens bevestigd, maar het zal, gelet op de plannen, inmiddels wel zijn langste tijd hebben gehad.

24. Kortom: de plaats van de rechtspraak in het staatsbestel en met name[47] de verhouding tot de wetgever ten aanzien van rechtsvorming is niet met (meta-)juridische argumenten alléén te bepalen. Tot die conclusie is Ogorek voor de 19e eeuw gekomen en ik zeg het haar – op een andere manier beredeneerd – na voor de huidige tijd. Beslissend zijn andere argumenten. Deze zijn van velerlei aard. Ik noem staatkundige overwegingen, politiek-maatschappelijke opvattingen, de kwaliteit van de wetgeving en de hanteerbaarheid ervan, de signalen uit de wetenschap over de oplossing van bepaalde kwesties en de voorzetten die worden gedaan, de betekenis van de rechtspraak als konfliktbeslechtende instantie en het vertrouwen dat de rechtspraak geniet, het ontbreken van een democratische kontrole op de rechtspraak, de omvang van de noden, behoeften en ontwikkelingen, afgezet tegen de politieke wil en het politiek vermogen deze met behulp van algemene regels snel en efficiënt aan te pakken, de komplexiteit van zaken en de vraag of de rechter deze, ook qua gevolgen, kan overzien, het instrumentarium van de rechter, vergeleken met dat van de wetgever, de aard van de materie, enz. enz.

25. Het gaat om een komplex van faktoren die elkaar ten dele versterken, maar elkaar ten dele ook tegenwerken. Op zeker ogenblik wordt aan bepaalde faktoren meer gewicht gehecht dan aan andere. Ze kunnen leiden tot een meer terughoudende opstelling van de rechter, maar ook tot een judicial activism, zoals de afgelopen twee à drie decennia steeds meer het geval is geweest. 'Harde' argumenten voor de juistheid van de ene opstelling of van de andere, zijn er niet. Meestal zal sprake zijn van een informele gang van zaken, waarin een bepaalde tendens zich na verloop van tijd aftekent en zich versterkt, tenzij c.q. totdat er stemmen opgaan die de ingeslagen richting betwisten of van vraagtekens voorzien. Afhankelijk van de kracht van de argumenten of van de overtuiging van degenen die als lid van de rechterlijke of wetgevende macht de positie daadwerkelijk kunnen beïnvloeden, kan de koers in meerdere of mindere mate verlegd worden. Ook dit zal meestal op een informele manier gebeuren en niet als resultaat van een Brede Maatschappelijke Discussie of van rationeel overleg.

26. Op dit ogenblik is sprake van een tegenbeweging tegen het (tot nu toe veelal geprezen) judicial activism. Leijten ageert tegen dit activisme op grond van zijn visie op de condition humaine en zijn reserves tegen machtsposities. Anderen doen dit op andere gronden, waaronder de vrees voor de effekten op de lange duur

47. Niet alleen. Ook in relatie tot het bestuur bijv.

of de bezorgheid dat een zo grote rol van het rechtersrecht de onzekerheidsmarges buitenproportioneel doet uitdijen.

Van belang is, zoals uit het voorafgaande volgt, dat welke invalshoek men ook kiest voor het verzet tegen het huidige judicial activism, dit verzet aard en inhoud van de juridische methodenleer bepaalt. Een simpele oproep aan de rechter zich strikter aan de wet te houden, is niet voldoende. Ook de op zichzelf veel ingewikkelder poging van Bydlinski de rechter te binden aan de 'normative Orientierungen' van het recht, slaagt niet, hoeveel waardering men er ook voor kan hebben. Bydlinski verwaarloost teveel het keuze-element in het recht, heb ik gezegd. Ik kan het ook anders formuleren: Bydlinski heeft te weinig oog voor het circulaire in het zoeken naar rationaliteitsgaranties bij de omgang met het recht. Wat recht is, kan niet worden bepaald aan de hand van buiten- of bovenrechtelijke normen. Recht is een discursieve grootheid, dit wil zeggen het altijd voorlopige resultaat van een proces van meningsvorming en overtuiging, zowel in abstracto in een juridische methodologie als in concreto bij het vaststellen van wat rechtens is. Natuurlijk is men gebonden aan de normatieve premissen van het recht (Bydlinski), maar de vraag welke als zodanig moeten worden erkend en welke hun relatieve kracht en relevantie in concreto is, berust uiteindelijk op wat in het juridisch forum, met bepaalde voelsprieten naar 'de' maatschappij, als zodanig wordt aanvaard.[48]

Hetzelfde – zij het dat het proces van meningsvorming en overtuiging veel informeler verloopt en met meer voelsprieten naar 'de' maatschappij – geldt voor de vraag welke taak men aan de rechter toekent en tot hoever men hem toestaat rechtsvormend bezig te zijn naast of wellicht zelfs tegen de wet in. Voor het ene deelgebied van het privaatrecht kunnen hierbij andere conclusies worden bereikt dan voor het andere. Het doorlichten van de normen op hun gerechtigheidsgehalte, zoals Schoordijk wil, is voor het algemene vermogensrecht in een veel grotere mate verdedigbaar dan bijvoorbeeld voor het personen- en familierecht, voor het procesrecht of voor bijzondere bepalingen uit bijzondere overeenkomsten. Ik heb zo'n vermoeden dat dit het verschil in golflengte is, waarop de discussie tussen Leijten en Schoordijk – in ieder geval voor een deel – is terug te voeren. Onbillijke rechtspraak is niet altijd te vermijden, maar het antwoord kan niet eensluidend zijn voor het gehele privaatrecht. Ik geloof daarom dat in een juridische methodenleer meer dan tot nu toe het geval is geweest onderscheiden moet worden naar de verschillende deelgebieden van het privaatrecht teneinde de ruimte, de armslag te bepalen die de rechter heeft. Ik geloof ook dat dit het eerste is waarmee men methodologische beschouwingen moet beginnen. Ik kan deze gedachte en het vele andere dat in een juridische methodenleer aan de orde moet komen, op deze plaats niet verder uitwerken. Dat zal ik elders (proberen te) doen, maar mijn uitgangspunt en de richting waarin ik denk, hoop ik in het voorafgaande wel al enigermate duidelijk te hebben gemaakt.

48. Met dit probleem worstelen alle wetenschappen. Er is geen voorgegeven grootheid, geen archimedisch punt. Tot op zekere hoogte moet men zichzelf aan zijn eigen haren omhoog trekken met behulp van het wetenschappelijk forum.

4

Wetgeving en rechter

C.A. Groenendijk

Parlementaire reacties op rechterlijke uitspraken: democratische controle op aanvullende regelgevers[1]

'Terwijl wij nog steeds geneigd zijn te menen – en juist te achten – dat rechters de wet toepassen, komt het meer en meer voor dat de wetgever de rechtspraak toepast.'[2]

1. Van stelling tot vragen

In een betoog over de verhouding tussen rechter en wetgever doet Leijten deze uitspraak, schijnbaar achteloos en – niet toevallig, denk ik – tot tegenspraak prikkelend.

Laten we de handschoen opnemen en zijn stelling van een vraagteken voorzien. Is het zo dat de wetgever dikwijls rechtspraak codificeert? Gebeurt dat tegenwoordig meer dan vroeger? Gaat het eigenlijk wel om codificatie van rechterlijke uitspraken of is er juist sprake van het ongedaan maken (modificatie) van uitspraken van rechters door de wetgever?

Leijtens speels geformuleerde uitspraak wijst op een meer algemene kwestie. Onder juristen is veel aandacht voor de vraag in hoeverre rechters zich met politieke zaken mogen inlaten en wat hun taak is bij de controle en correctie van produkten van de wetgever. De uitspraak van Leijten stelt de keerzijde van de relatie tussen rechtspraak en wetgeving aan de orde. Hoe reageren politici op uitspraken van rechters? Aandacht voor die vraag is relevant, omdat door juristen en politici vaak wordt gesproken over het 'democratisch tekort' van de rechterlijke macht.[3] Rechters moeten soms onvermijdelijk uitspraken doen in politiek geladen

1. René Hampsink, Eric Heijs en Tetty Havinga ben ik dankbaar voor hun steun bij de verzameling en bewerking van het materiaal en hun kritiek op een eerdere versie van deze tekst.

2. J.C.M. Leijten, Judicial restraint als barricade op weg naar opperste gerechtigheid, in: P. van Dijk (red.), De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme, KNAW, Mededelingen Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, Deel 52, nr. 3, Amsterdam 1989, p. 23.

3. Zie o.a. het kamerlid Bolkestein tijdens de Algemene Beschouwingen in oktober 1990, TK Hand. 1990/91, p. 253 en W.J. Witteveen, De rechter als democratisch politiek orgaan, in: M. Krop e.a. (red.), Het elfde jaarboek voor het democratisch socialisme, Amsterdam 1990, p. 95–124.

zaken. Dat wordt dan als ongewenst of bezwaarlijk gezien, omdat de besluitvorming van de rechters onvoldoende democratisch gelegitimeerd zou zijn.[4] Rechters worden in Nederland immers voor het leven benoemd en niet periodiek door het volk gekozen. Ze hebben geen directe verantwoordingsplicht tegenover kiezers. Zij hoeven hun handelen dus ook niet door ideeën over gevolgen voor de kans op herverkiezing te laten beïnvloeden.

De afwezigheid van die directe verantwoordingsplicht betekent niet dat er geen controle is op rechterlijke uitspraken. Er is controle door collega's in het eigen rechterlijke college.[5] Daarnaast is er hiërarchische controle door rechterlijke instanties die formeel of wat betreft aanzien in de juristenwereld hoger zijn geplaatst.[6] De hoogste nationale rechters ondervinden incidenteel controle door internationale instanties. Naast deze vormen van interne controle binnen de rechterlijke macht zelf, zijn er ook allerlei vormen van externe controle op de uitspraken: door de pers en de publieke opinie, door vakgenoten en annotatoren,[7] maar ook door politici en ambtenaren. Ideeën over mogelijke kritiek of schade voor het aanzien van het college of de rechterlijke macht als geheel zullen waarschijnlijk een preventief effect hebben op het handelen van rechters.[8] Ook andere vormen van controle, zoals onderzoek naar de omvang van de 'produktiviteit' van de gerechten[9] kunnen indirect effecten op de inhoud van de 'output' hebben.

Hier vragen we aandacht voor een specifieke vorm van externe controle: de reactie van politici (kamerleden en bewindspersonen) op rechterlijke uitspraken. Als veelvuldig debat over rechterlijke uitspraken in politieke organen plaatsvindt, kan dat aanleiding zijn minder zwaar te tillen aan het argument van het 'democratisch tekort' van de rechtspraak. De democratische controle vindt dan wel niet rechtstreeks door de kiezer en evenmin periodiek (minstens elke vier jaar) plaats, maar veelvuldige indirecte controle door gekozen volksvertegenwoordigers zou als substituut kunnen dienen. Verkiezingen zijn immers wel een belangrijke, maar zeker niet de enige vorm van democratische legitimatie van uitoefening van beslissingsmacht door overheidsorganen.

De stelling van Leijten heeft ons tot de volgende vragen geleid:

- Is er sprake van controle op rechterlijke uitspraken door democratisch gekozen politieke organen?
- Zijn rechterlijke uitspraken tegenwoordig vaker aanleiding tot debat in die politieke organen dan vroeger?

4. Er zijn ook andere bezwaren: onvoldoende informatie, inspraak, opleiding, zie F.A.M. Stroink, De plaats van de rechter in het staatsbestel, oratie RU Limburg, Zwolle 1990; rechters kunnen de gevolgen van hun beslissingen maar ten dele overzien, F. Bruinsma, Cassatierechtspraak in civiele zaken, Een rechtssociologisch verslag, diss. RU Utrecht, Zwolle 1988, p. 21.

5. R. Lautmann, Justiz – die stille Gewalt, Teilnehmende Beobachtung und Entscheidungssoziologische Analysen, Frankfurt 1972.

6. P.C. van Duyne en J.R.A. Verwoerd, Gelet op de persoon van de rechter, Den Haag 1985, p. 41.

7. Bruinsma, a.w. 1988, p. 108.

8. Zie bijvoorbeeld H. Drion, Rechtspraak en politiek, in: P. van Dijk (red.), De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme, KNAW, Mededelingen Afdeling Letterkunde, Nieuwe Reeks, Deel 52, nr. 3, Amsterdam 1989, p. 29.

9. F.P. van Tulder en A.C. Spaans, Doelmatig rechtspreken, Rijswijk 1990, SCP-Cahier 1990, nr. 80.

- Worden vooral uitspraken van de hoogste rechters onderwerp van politiek debat of ook die van lagere rechters?
- Wie plaatst die uitspraken op de politieke agenda en met welk doel?
- Welke uitkomst heeft die politieke discussie? Leidt het tot codificatie of juist tot modificatie van het produkt van de rechter als plaatsvervangende wetgever? Slaagt de wetgever erin om ongewenste uitspraken ongedaan te maken?

2. Amerikaanse ervaringen

Politicologen in de VS hebben soortgelijke vragen vooral gesteld naar aanleiding van *reacties van politici* op uitspraken van de US Supreme Court over de (on)grondwettigheid van wetgeving. Die reacties kunnen sterk uiteenlopen. Dat bleek onder meer bij de reactie op de reeks van uitspraken van de Supreme Court in de jaren 1934–1936 waarbij verschillende onderdelen van de wetgeving ter uitvoering van Roosevelts New Deal politiek als strijdig met de Amerikaanse Grondwet werden geoordeeld.

De inhoudelijke reacties van politici op deze uitspraken waren zeer gevarieerd: openlijke afwijzing, aansporing om de uitspraak niet na te leven, ogenschijnlijke berusting gekoppeld aan een bewust minimale naleving zodat de uitspraak de minste belemmering voor het voorgestane overheidsbeleid opleverde, indiening van wetsontwerpen om de uitspraak te codificeren of juist om het effekt ervan te minimaliseren.[10]

Andere reacties betroffen de rechters of de constitutionele positie van het Hof. Enerzijds deden parlementariërs voorstellen om de bevoegdheid en de werkwijze van de Supreme Court of de relatie tussen Hof en administratie te wijzigen. Anderzijds werd voorgesteld om de samenstelling van het Hof te veranderen door benoeming van nieuwe raadsheren (het fameuze 'Court-packing-plan' dat Roosevelt een golf van kritiek opleverde) of door ontslag van zittende rechters via de impeachment-procedure. Geen van deze voorstellen werd overigens uitgevoerd. Tenslotte koos Roosevelt voor een ander soort reactie. Hij maakte het thema tot onderwerp van zijn verkiezingscampagne en liet zo de kiezers als een beslissende derde instantie fungeren. Roosevelts herverkiezing in 1936 beslechtte het geschil tussen de politieke meerderheid en het Hof. Eén raadsheer nam kort nadien ontslag. Een ander nam in latere uitspraken een ander standpunt in. Mogelijk had hij de openlijke kritiek op de eerdere uitspraken ter harte genomen.[11]

Politici hebben duidelijk meer verschillende mogelijkheden om op (on)gewenste uitspraken van rechters te reageren dan aan rechters ter beschikking staan om wetgeving te diskwalificeren.

Toch zijn er volgens Lasser een aantal redenen waarom de Amerikaanse presidenten huiverig zijn om een openlijke confrontatie met het Hof aan te gaan. Ze onderschrijven het principe van de machtenscheiding en het toetsingsrecht, al zijn ze het oneens met bepaalde concrete toepassingen. Gezien de steun die het Hof

10. W. Lasser, The Limits of Judicial Power, The Supreme Court in American Politics, Chapel Hill/Londen 1988, hoofdstuk V.

11. Lasser, a.w. 1988, p. 157.

bij verschillende groepen in de samenleving heeft (pers, juristenwereld en minderheidsgroepen die van eerdere uitspraken steun ondervonden[12]) kan een openlijke confrontatie als politieke boemerang gaan werken. Bovendien heeft de president of de administratie vaak andere wegen om het beleidsdoel zonder zichtbare confrontatie te bereiken. Ook hebben de politici de legitimatie van het Hof voor wetgeving op hele andere beleidsterreinen nodig. Een openlijke confrontatie schept het risico van onverwachte complicaties op andere gebieden. In plaats van confrontatie is er daarom eerder sprake van een 'dialoog' tussen het Hof en het Congres.[13]

Uit Amerikaans onderzoek blijkt dat reacties van parlementariërs op uitspraken van de Supreme Court niet tot de New Deal periode beperkt bleven. Toch is het geen frequent verschijnsel dat het Congres uitspraken van het Hof ongedaan maakt. Dahl vond in een periode van ruim anderhalve eeuw enkele tientallen gevallen waarin het congres een uitspraak van het Hof waarbij recente federale wetgeving ongrondwettig was verklaard, door nieuwe wetgeving weer ongedaan maakte.[14] In de periode 1945–1957 aanvaardde het Congres ruim twintig wetsvoorstellen waarbij uitspraken van het Hof werden teruggedraaid.[15] Van de meer dan tweehonderd uitspraken in arbeids- en kartelzaken, die de Supreme Court in de eerste naoorlogse decennia deed, werden er iets meer dan dertig door (initiatief)wetsontwerpen in het Congres aan de orde gesteld. Uitspraken met dissenting opinions of uitspraken waarin het Hof zelf verwijst naar de taakverdeling tussen rechter en wetgever, leidden iets meer tot deze reacties. Meestal werd naar aanleiding van zo'n uitspraak een reeks verschillende wetsontwerpen ingediend. Bijna altijd waren die voorstellen gericht op het wijzigen of ongedaan maken van de uitspraak. Codificatie van uitspraken was zelden het doel van de indieners. Uiteindelijk werden slechts negen van de circa 175 wetsontwerpen tot wet.[16] Auteurs die stellen dat 'congressional reversal' van Supreme Court uitspraken een veelvuldig voorkomend verschijnsel is,[17] slaan de plank dus duidelijk mis.

De *doeleinden* van het ter discussie stellen van uitspraken van het Hof betreffen niet alleen het ongedaan maken of codificeren, maar ook het herstel van in wetgeving vastgelegde politieke compromissen die door de uitspraak werden doorbroken.[18] De uitspraken zouden vaak worden gebruikt als ammunitie door parle-

12. Vgl. de reacties in parlement, media, vakpers en van vrouwenorganisaties op de suggestie van enkele bewindslieden om het Internationaal Verdrag inzake Burgerrechten en Politieke Rechten op te zeggen na de uitspraken van het VN Mensenrechtencomité en de Centrale Raad van Beroep over de strijdigheid van onderdelen van de Nederlandse sociale zekerheidswetgeving met art. 26 van dat verdrag: NJB 1988, p. 357, 360, 378, 444, 589, 621, 1174 en 1179.

13. Lasser, a.w. 1988, p. 269.

14. R.A. Dahl, The Supreme Court as a National Policy-Maker, The Journal of Public Law (6) 1957, p. 281–295, herdrukt in: R.D. Schwartz en J.H. Skolnick, Society and the Legal Order, New York 1970, p. 236–249.

15. Congressional Reversal of Supreme Court Decisions: 1945–1957, Harvard Law Review (71) 1958, p. 1324–1337.

16. B. Henschen, Statutory interpretations of the Supreme Court, Congressional Response, in: American Politics Quarterly (11) 1983, p. 441–458.

17. H. Stumpf, Congressional Response to Supreme Court Rulings: The interaction of Law and Politics, Journal of Public Law (14) 1965, p. 377–395.

18. Harvard Law Review 1958 (zie noot 15).

mentariërs die de status quo willen verdedigen.[19] Of de uitspraak ongedaan wordt gemaakt, wordt vooral bepaald door de mate van overeenstemming tussen de betrokken belangengroepen en hun politieke vertegenwoordigers en door de maatschappelijke sektor (het rechtsgebied) waarop de uitspraak betrekking heeft. Bij uitspraken over 'major legislative policy' slaagt het Congres er eerder in de uitspraak door nieuwe wetgeving ongedaan te maken, omdat de politieke meerderheid voor dat beleid nog aanwezig is. Uitspraken over controversiële thema's waarvoor geen duidelijke politieke meerderheid bestaat, zijn veel moeilijker ongedaan te maken.[20] Juist in dat soort situaties kan de uitspraak een relatief groot effekt hebben en in feite beslissend zijn voor een politieke kwestie.

3. Wetgever wil precedentwerking wegnemen

De bovengenoemde vragen laten zich ook stellen en beantwoorden buiten het verband van de rechterlijke toetsing van wetgeving aan de grondwet of aan rechtsregels uit internationale verdragen. In Nederland komen zulke vragen incidenteel aan de orde in beschrijvingen van kwesties waarin de politieke organen hebben gereageerd op bepaalde concrete rechterlijke uitspraken: fluoridering van het drinkwater,[21] abortus,[22] Harmonisatiewet studiefinanciering,[23] sexe-discriminatie in sociale zekerheidswetgeving,[24] detentie van asielzoekers op Schiphol.[25] Meestal ligt in die publikaties de nadruk op de beschrijving van de juridische of de politieke vragen van de case.

Een uitzondering vormt de studie van Visser, die onderzocht hoe vaak wetsontwerpen worden ingediend om 'herhaling van een rechterlijke uitspraak te voorkomen' en in welke gevallen dit 'overrulen' van de rechtspraak door de wetgever plaatsvindt.[26] Hij constateerde dat van de ruim 1300 wetsontwerpen die in de jaren 1975–1985 werden ingediend, er 55 tot doel hadden om ongewenste precedentwerking van rechterlijke uitspraken te voorkomen of te beëindigen. Bijna de helft van deze wetsontwerpen beoogde de kosten voor de overheid ten gevolge van uitspraken inzake belastingen of sociale zekerheid te verminderen. Verder betroffen veel wetsontwerpen wijzigingen in het burgerlijk recht en het strafrecht of het procesrecht op die gebieden. Vier van de vijf ontwerpen betroffen uitspraken van

19. G. Schubert, Constitutional Politics, New York 1960, p. 257–258.

20. Schubert, a.w. 1960, Stumpf, a.w. 1965 en Dahl, a.w. 1970.

21. J.C.M. Leijten, Het fluorideringsarrest, in: 't Exempel dwingt (Kisch-bundel), Zwolle 1975, p. 289–315; G.J.M. Cartigny, Paternalisme in het recht – de fluorideringszaak, Beleid en Maatschappij 1977, p. 202 e.v.; C.A. Groenendijk, Bundeling van belangen bij de burgerlijke rechter, Zwolle 1981, p. 84.

22. P.F. van der Heijden, Juridisch voorspel tot de abortus-ontwerpen, NJB 1976, p. 425–437 en H. Roethof, De abortuskwestie en meer dan dat, Den Haag 1982.

23. Stroink, a.w. 1990 en de aldaar vermelde literatuur.

24. R.E. Bakker, De wisselwerking tussen rechter, Raad van State en wetgever op het terrein van de sociale zekerheid, Regelmaat 1990, nr. 2, p. 32–39.

25. L.J.A. Damen en T. Hoogenboom, Na 'confectierechtspraak' nu ook 'confectiewetgeving'?, NJB 1989, p. 145 e.v.

26. N.B. Visser, Het overrulen van jurisprudentie door de wetgever, Regelmaat, januari 1987, p. 22–29.

de hoogste rechterlijke colleges. In de andere gevallen werden uitspraken van lagere rechters door de wetgever overruled. Deze rechters zijn, zeker gezien het aantal uitspraken dat ze doen, veel minder vaak het voorwerp van deze vorm van externe controle.

In vergelijking met andere wetsontwerpen duurde de behandeling van de voorstellen tot overrulen duidelijk langer. Deze ontwerpen bereikten ook iets minder vaak dan andere wetsontwerpen het Staatsblad.[27] Veel van de wetsontwerpen tot overrulen van rechterlijke beslissingen die het Staatsblad niet haalden, betroffen politiek omstreden onderwerpen: de waarde van grond bij onteigening, het ontslagrecht, waarde van woningen die tevens voor de eigen onderneming worden gebruikt en de initiatief-ontwerpen inzake abortus (Abma en Verbrugh) en leegstand van woningen (Salomons en Patijn).[28] In al deze gevallen was er onvoldoende steun in het parlement om de beslissing van de rechter te redresseren, viel een meerderheid weg na wisseling in de regering, of kwamen de indieners na verzet in de Tweede Kamer tot andere gedachten.[29]

De studie van Visser geeft een eerste indruk van de omvang van deze vorm van democratische controle op de rechtspraak. Het komt voor, maar niet op grote schaal: gemiddeld zo'n vijf keer per jaar in de onderzochte periode. Het gebeurt vooral ter vermijding van negatieve gevolgen van uitspraken voor de overheidsfinanciën en in procesrechtelijke kwesties. Daarnaast blijkt echter dat rechterlijke uitspraken controversiële thema's op de politieke agenda plaatsen of houden.

In een aantal opzichten is het beeld van die studie echter beperkt. Door de beperking tot ingediende wetsontwerpen blijft een deel van de gevallen waarin rechterlijke uitspraken in het parlement aan de orde komen, buiten beschouwing. De discussie over een uitspraak kan er immers ook toe leiden dat niet een wet maar lagere regelgeving, instructies of een bepaalde uitvoeringspraktijk worden gewijzigd. Ook kan die discussie ertoe leiden dat juist niets verandert, omdat de regering of een kamermeerderheid instemt met de uitspraak van de rechter. Het debat hoeft niet noodzakelijk tot een confrontatie tussen wetgever en rechter te leiden zoals met de New Deal politiek gebeurde. Het beroep op de uitspraak van de rechter kan ook gebruikt worden ter legitimering van de bestaande regelgeving of het gevoerde beleid.

Verder is Vissers operationalisering van de term 'overrulen' enigszins dubbelzinnig. Hij gebruikt die term namelijk niet alleen voor gevallen waarin de wetgever onmiskenbaar de precedentwerking van een bepaalde uitspraak ongedaan wil maken (reparatie van 'lekken' in fiscale of sociale wetgeving). Ook in gevallen waar de rechter de oplossing van het probleem naar de wetgever verwijst (wijziging geboorte-akte bij transsexuelen) of oordeelt dat overheidsingrijpen aan be-

27. Van de onderzochte wetsontwerpen werd 10% ingetrokken, terwijl bij een controlegroep van 2273 wetsontwerpen slechts 5% niet tot wet werd.

28. N.B. Visser, Het overrulen van jurisprudentie door de wetgever, Een onderzoek over de periode Prinsjesdag 1975–Prinsjesdag 1985, doctoraalscriptie Nederlands staatsrecht RU Leiden 1986, p. 65.

29. De overige wetsontwerpen die de eindstreep niet haalden, betroffen specifieke categorieën personen (collecteurs van de staatsloterij, gijzeling van vreemdelingen, strafrechtelijke aansprakelijkheid van onverzekerde autobestuurders, schenkingsvrijstelling voor successierecht).

paalde voorwaarden moet voldoen: het optreden van de overheid moet een basis in de wet hebben (fluoridering of detentie van asielzoekers op Schiphol-Oost) of is eerst na wetswijziging mogelijk (autoverbod op de Waddeneilanden), spreekt Visser van 'overrulen'. In deze gevallen wordt niet de precedentwerking van de uitspraak ongedaan gemaakt, maar uitvoering gegeven aan de impliciete aanwijzing van de rechter.

4. Rechterlijke uitspraken in kamervragen

Om de eerdergenoemde vragen naar de reactie van politici op uitspraken van Nederlandse rechters te kunnen beantwoorden, heb ik naar een ruimere verzameling van politieke handelingen gezocht. De keus viel op schriftelijke kamervragen. De kamervraag is het parlementaire controlemiddel waarvoor de minste formele belemmeringen gelden. Gebruik van dat middel vraagt slechts een geringe investering van een kamerlid.[30] Bovendien worden bijna alle vragen schriftelijk beantwoord door de regering. Er is dus een eerste reactie op de vraag beschikbaar. De volledige tekst van alle kamervragen en de antwoorden is vanaf het parlementaire jaar 1977/78 opgenomen in het geautomatiseerde parlementaire informatiesysteem PARAC. Dit maakt het mogelijk om na te gaan in welke kamervragen de naam van een rechterlijke instantie ter sprake komt. Van andere kamerstukken zijn meestal alleen samenvattingen of trefwoorden in het geautomatiseerde systeem opgenomen. In die stukken kunnen verwijzingen naar rechters dus niet op eenvoudige wijze worden opgespoord.

Van Prinsjesdag 1977 tot eind 1989, een periode van meer dan twaalf jaar, werden in totaal ruim 18.000 vragen gesteld door leden van beide Kamers. In 845 van die vragen of antwoorden werden een of meer rechterlijke instanties genoemd. In 400 gevallen werd de Hoge Raad, de Centrale Raad van Beroep of de Afdeling rechtspraak van de Raad van State genoemd.[31] Een deel van deze vermeldingen betrof echter geen uitspraken, maar organisatorische aangelegenheden (benoemingen, griffierecht, achterstand e.d.) of neven-activiteiten van leden van die colleges. Naar uitspraken van de drie genoemde colleges werd in 336 kamervragen verwezen: voor de Hoge Raad vonden we 163, voor de Afdeling rechtspraak 127 en voor de Centrale Raad 46 verwijzingen. Alleen deze kamervragen zijn verder in de analyse betrokken.[32]

Verwijzingen naar uitspraken kunnen zowel in de kamervraag als in het antwoord voorkomen. Meestal reageert de bewindspersoon op de rechterlijke uitspraak die het kamerlid in de vraag aan de orde stelde.

Soms verwijst het kamerlid in de vraag uitdrukkelijk naar een uitspraak. Een voorbeeld is de vraag naar de gevolgen van twee recente, maar niet identieke

30. G. Visscher, Het vragenrecht, in: H.M. Franssen (red.), Het parlement in actie, Assen 1986, p. 203–249 (p. 210 e.v.); J.A. van Kemenade en M.A.M. Berends, Vragen staat vrij, Den Haag 1981, p. 15 e.v.

31. De vermeldingen van andere rechtelijke instanties zijn: Hof 167x, Rechtbank 238x, Kantonrechter 64x en Raad van Beroep 72x.

32. In tien van deze gevallen gaat het om in de Eerste Kamer gestelde vragen. Die vragen worden wel in de analyse betrokken, maar niet apart vermeld.

uitspraken van de Afdeling rechtspraak inzake horecavergunningen voor kantines van sportverenigingen. Op die vraag werd geantwoord dat het beleid van het ministerie met beide uitspraken in overeenstemming is.[33] Soms staat de verwijzing naar de uitspraak van de rechter niet in de vraag maar in het antwoord. Het kan zijn dat de bewindspersoon verwijst naar een uitspraak die de vragensteller ook op het oog had zonder die expliciet in de vraag te noemen. Vaker gebeurt het dat de bewindspersoon in het antwoord voor het eerst naar een rechterlijke uitspraak verwijst, terwijl het onduidelijk of onwaarschijnlijk is of het kamerlid bij het stellen van de vraag een verband met die uitspraak heeft gelegd. Dit laatste was het geval bij een vraag over de toevoeging van jodium aan broodzout ter voorkoming van krop. De vragensteller beriep zich op een medische dissertatie. In zijn antwoord verwees de bewindsman van WVC naar een uitspraak van de Hoge Raad. In die uitspraak had de Hoge Raad, naar analogie met het fluorideringsarrest, geoordeeld dat voor de destijds bestaande verplichting van bakkers om broodzout met jodium te gebruiken geen grondslag was in de Warenwet. De bewindsman legde uit dat die uitspraak intussen tot aanpassing van de uitvoeringsregels had geleid waardoor de verplichting om gejodeerd zout te gebruiken was vervallen. Impliciet gaf de bewindsman met die verwijzing naar de uitspraak van de rechter te kennen dat hij verdere actie van de overheid onnodig of ongeoorloofd achtte.[34]

5. Omvang parlementaire controle op rechterlijke uitspraken

Kamerleden en bewindspersonen verwijzen niet alleen in kamervragen naar rechterlijke uitspraken. Dat gebeurt ook bij de behandeling van wetsontwerpen, nota's of begrotingen, in interpellaties en in moties. Dergelijke verwijzingen zijn hier echter niet onderzocht. Wel volgde op een schriftelijke vraag over een uitspraak van de rechter soms een debat over dat thema in de Kamer.

In de onderzochte periode werd gemiddeld dertig keer per jaar in een vraag of in het antwoord daarop verwezen naar uitspraken van de drie hoogste rechterlijke colleges. Naar uitspraken van de Hoge Raad werd gemiddeld vijftien keer per jaar verwezen. Uitspraken van de Afdeling rechtspraak werden elf keer en die van de Centrale Raad gemiddeld vier keer per jaar genoemd. Het aantal verwijzingen naar uitspraken is in de onderzochte periode redelijk constant. Er zijn enkele pieken. Zo leidde de rechtspraak van de Centrale Raad inzake de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid tot iets meer vragen in 1988. Over de hele periode is er eerder sprake van een lichte afname (na 1985) dan van een toename van het aantal vragen over rechterlijke uitspraken. Deze vorm van externe controle neemt dus niet toe.

Parlementaire aandacht voor rechterlijke uitspraken komt relatief weinig voor. De vragen waarin uitspraken van de drie hoogste rechters voorkomen, vormen nog geen 2% van het totale aantal kamervragen. De aandacht van politici is overigens niet tot de hoogste rechters beperkt. Er worden ook vragen over uitspraken

33. Aanh. Hand. TK 1984/85, nr. 1047.
34. Aanh. Hand. TK 1987/88, nr. 704 en HR 10 april 1984, NJ 1984, 612.

van 'lagere' rechters gesteld en wetsontwerpen ingediend om uitspraken van die rechters te overrulen.[35] Getalsmatig spelen rechterlijke uitspraken in het politieke debat echter een ondergeschikte rol. Soms is een rechterlijke uitspraak aanleiding tot een debat over een politiek of maatschappelijk belangrijk onderwerp: relatie burger–overheid, abortus, gelijke behandeling van mannen en vrouwen, kraken, kwaliteit van wetgeving. Die kwalitatieve bijdrage aan de politieke discussie is niet in cijfers uit te drukken. Gezien het totaal van de uitspraken van de betrokken colleges is het hoge uitzondering dat een uitspraak leidt tot zo'n politiek debat. Hetzelfde verschijnsel werd ook in de VS geconstateerd. Van de uitspraken van de Supreme Court werd slechts een klein deel door de indiening van een wetsontwerp in het Congres aan de orde gesteld.[36]

De uitspraken van de Hoge Raad worden niet alleen absoluut, maar ook relatief het meest aangehaald. De Hoge Raad doet evenwel aanmerkelijk minder uitspraken dan de twee andere colleges.[37] De omstandigheid dat betrekkelijk veel uitspraken van de Hoge Raad worden gepubliceerd, zal tot die grotere parlementaire aandacht bijdragen.

Van het totaal van de rechterlijke produktie komt slechts een fractie in het parlement ter sprake. Die uitzonderingen krijgen veel aandacht, in dagbladen en in de juridische vakpers. Ze worden daarmee nog niet tot regel.

Bovenstaande cijfers vormen een aanwijzing voor de vergevorderde arbeidsdeling tussen rechtspraak en politiek. Tussen beide machten bestaat slechts een bescheiden overlapping van werkzaamheden. Weinig uitspraken van rechters worden door politici zo omstreden geacht dat ze het de moeite waard vinden die openlijk ter discussie te stellen door middel van een schriftelijke vraag, het parlementaire instrument dat de minste inspanning van een kamerlid vergt.

6. Welke uitspraken worden onderwerp politiek debat?

Onderzoek naar de interactie tussen het Supreme Court en het Congres in de VS laat zien dat de reacties van parlementariërs niet beperkt zijn tot uitspraken waarin wetten aan de grondwet worden getoetst. Ook rechterlijke interpretaties van federale wetgeving leiden tot parlementair debat. Daarbij bleek dat niet zozeer de aard van de uitspraak, maar het beleidsterrein (of het onderwerp van de uitspraak) de kans op een parlementaire reactie bepaalde, alswel de maatschappelijke sector (rechtsgebied) waarop de uitspraak betrekking had. Zo werden uitspraken over anti-trust-wetgeving vaker in het Congres ter discussie gesteld dan uitspraken over arbeidswetgeving.[38]

Ook in Nederland loopt de kans op politieke aandacht voor rechterlijke uitspraken tussen verschillende rechtsgebieden uiteen. Verreweg de meeste uitspra-

35. Zie noot 31 en Visser, a.w. 1987.

36. Henschen, a.w. 1983, p. 445 constateerde dat circa één op de tien uitspraken in arbeids- en kartelzaken in een (initiatief-)wetsontwerp aan de orde werd gesteld.

37. De verschillende kamers van de Hoge Raad deden in totaal in de onderzochte periode gemiddeld minder dan 2.000 uitspraken per jaar; bij de Centrale Raad lag dit jaargemiddelde op ruim 3.000 en bij de Afdeling rechtspraak op circa 5 à 6.000 uitspraken.

38. Henschen, a.w. 1983.

ken die in de onderzochte kamervragen of in de antwoorden werden genoemd, betroffen de relaties tussen burgers en overheid: belastingen, sociale zekerheid, strafrecht en politie, ruimtelijke ordening, vreemdelingenrecht en andere publiekrechtelijke relaties. In onderstaande tabel wordt aangegeven op welke rechtsgebieden de uitspraken lagen die door kamerleden in hun vragen werden genoemd (linkerkolom) of door bewindslieden in hun antwoord zonder dat die uitspraken in de vraag waren vermeld (middelste kolom). Kamerleden en bewindslieden nemen kennelijk even vaak het initiatief om rechterlijke uitspraken aan de orde te stellen.

Tabel 1. Rechterlijke uitspraken in kamervragen en antwoorden naar rechtsgebieden

	door kamerlid in vraag	door bewindspersoon in antwoord	totaal	(%)
belastingen	38	36	74	(22)
sociale zekerheid	23	19	42	(13)
arbeid	7	10	17	(5)
wonen/ruimtelijke ordening	26	16	42	(13)
strafrecht/politie	15	22	37	(11)
vreemdelingenrecht	22	25	47	(14)
overig publiekrecht	19	23	42	(13)
personen- en familierecht	3	1	4	(1)
rechtspersonenrecht	2	3	5	(1)
procesrecht	4	1	5	(1)
diversen	9	12	21	(6)
totaal	168	168	336	(100)

Het onderwerp van de uitspraken die aan de orde werden gesteld liep tussen de drie colleges sterk uiteen als gevolg van de verschillen in competentie. De vragen over uitspraken van de Afdeling betroffen voor een derde vreemdelingenzaken en voor een kwart geschillen over wonen of ruimtelijke ordening. Bij de Centrale Raad hadden de vragen praktisch altijd betrekking op sociale zekerheid of arbeid. De vragen over uitspraken van de Hoge Raad vertoonden daartegenover een grote variëteit aan onderwerpen. In meerderheid hadden ze betrekking op belastingen (45%) en strafrecht of politie (19%). Uitspraken over procesrechtelijke thema's worden zelden in kamervragen aan de orde gesteld. Dat soort uitspraken leidt wel regelmatig tot wetswijziging.[39] In die gevallen wordt het initiatief dan kennelijk niet door kamerleden maar door een ministerie genomen.

Gezien de rechtsgebieden waarop de uitspraken betrekking hebben, wekt het

39. Visser, a.w. 1987, p. 23.

geen verwondering dat de meeste vragen waren gericht tot bewindspersonen van de departementen van Justitie, Financiën, Sociale Zaken, Binnenlandse Zaken en WVC (samen 80% van de vragen).[40]

In de onderzochte kamervragen en antwoorden werden meestal concrete uitspraken met vermelding van de datum of de vindplaats ter discussie gesteld. In één op de tien gevallen werd volstaan met een algemene verwijzing naar de jurisprudentie. Zo verwijzen bewindslieden van Sociale Zaken in hun antwoorden bij herhaling zonder nadere precisering naar de rechtspraak van de Centrale Raad van Beroep inzake het begrip 'passende arbeid'. De overige 10% van de onderzochte vragen betroffen aanhangige procedures waarin de hoogste rechterlijke instanties nog geen uitspraak hadden gedaan.

7. Wie beroept zich op de rechterlijke uitspraak?

Wat betreft de veel voorkomende onderwerpen (belastingen, sociale zekerheid en vreemdelingenrecht) wordt in gelijke mate door *kamerleden en bewindspersonen* naar rechterlijke uitspraken verwezen. Wel doen kamerleden vaker een beroep op recente uitspraken. In ruim drie kwart van de gevallen verloopt er minder dan een jaar tussen de uitspraak en de kamervraag. Soms wordt de kamervraag al gesteld op dezelfde dag waarop de rechter zijn uitspraak deed. Twee D66-kamerleden formuleerden hun vragen over het arrest van de Hoge Raad in de zaak van de Bioscoopbond tegen de exploitant van de kabeltelevisie in Amstelveen nog op de dag van de uitspraak. Een CDA-kamerlid volgde enkele dagen later.[41] De vragen betroffen zowel auteursrecht als omroepwetgeving. De Minister van Justitie kondigde in zijn antwoord nader onderzoek aan alvorens over wetswijziging te beslissen. Als argument voor dat uitstel voerde hij aan dat de zaak naar een Gerechtshof was terugverwezen, zodat er nog geen einduitspraak van de rechter was.

Kamerleden verwijzen bijna altijd naar concrete uitspraken. Slechts zelden staan in de vragen globale verwijzingen naar de jurisprudentie van een college. Waaraan de kamerleden hun kennis over de uitspraken ontlenen blijkt meestal niet uit de vraag. Alleen bij vragen over uitspraken in belastingzaken is duidelijk dat de kamerleden hun informatie vooral aan de wekelijks verschijnende fiscale vakbladen ontlenen.

Als de bewindspersonen in hun antwoord zelf voor het eerst naar rechterlijke uitspraken verwijzen, gaat het vaker om oudere uitspraken. Er wordt dan vooral op oudere jurisprudentie van de Hoge Raad een beroep gedaan. Bewindslieden volstaan in hun antwoord veel vaker dan kamerleden met een globale verwijzing naar de jurisprudentie van een college. Ook verwijzen zij vaker naar zaken die

40. In de naoorlogse parlementaire praktijk werden verreweg de meeste kamervragen gesteld aan bewindspersonen van drie ministeries (Verkeer en Waterstaat, Onderwijs en Wetenschappen en Economische Zaken). Deze ministeries komen in onze verzameling echter nauwelijks voor. Tezamen was nog geen 5% van de onderzochte vragen aan deze ministeries gericht. Op die beleidsterreinen spelen rechterlijke uitspraken waarschijnlijk veel minder vaak een rol en is het relatieve belang van controle door het parlement juist groter.

41. HR 30 oktober 1981, NJ 1982, 435 en Aanh. TK 1981/82, nrs. 316 en 366.

nog bij de hoogste rechter aanhangig zijn. Deze verschillen duiden erop dat kamerleden en bewindspersonen de verwijzing naar rechterlijke uitspraken voor verschillende doeleinden gebruiken.

In beide gevallen kan van parlementaire controle op de uitspraak worden gesproken. Ook de bewindspersoon die voor het eerst in het antwoord naar een uitspraak verwijst, neemt immers tegenover het parlement een standpunt in over die uitspraak. Als de vragensteller noch een andere parlementariër daarop reageert, zal dat stilzwijgen als instemming met die interpretatie van de rechterlijke uitspraak worden uitgelegd.

Kamerleden vertonen onderling duidelijk verschillend vraaggedrag. Ruim twee derde van de vragen is afkomstig van oppositiepartijen, terwijl de oppositie over een minderheid van de kamerleden beschikt. De oppositiepartijen stellen niet alleen veel meer vragen, ze stellen ook vragen over andere thema's. De regeringspartijen (in onze onderzoeksperiode meestal CDA en VVD) stelden vooral vragen over uitspraken inzake belasting en sociale zekerheid. De helft van de vragen van die fracties betreft deze twee gebieden. Uitspraken over strafrecht of politie worden zelden en uitspraken in arbeidsgeschillen worden nooit door regeringspartijen aan de orde gesteld.

De PvdA-kamerleden, die in het algemeen verreweg het grootste deel van de kamervragen voor hun rekening nemen,[42] doen dat ook in ons onderzoek: ruim een derde van de vragen over rechterlijke uitspraken werd door deze kamerleden gesteld. Bijna de helft van de vragen van deze kamerleden betreft uitspraken in belastingzaken. De CDA-kamerleden, die normaal al veel minder van hun vragenrecht gebruik maken, dienden minder vragen in over rechterlijke uitspraken (11% van alle vragen) dan de VVD (14%) en D66 (16%). De kleine partijen namen een kwart van de vragen voor hun rekening. Dat is meer dan hun gebruikelijke aandeel. Met name de PSP en de PPR stelden veel vragen naar aanleiding van rechterlijke uitspraken. Samen stelden deze kleine fracties meer vragen dan de CDA-fractie. Het is dus niet zo dat kamerleden van linkse partijen minder aandacht besteden aan uitspraken van rechters en aan de politieke betekenis van die uitspraken dan rechtse partijen. Integendeel, zij gebruiken die uitspraken vaker dan de andere om de aandacht van politici, bestuurders of de media op een onderwerp te vestigen.

De kleine oppositiepartijen stellen vaker de individuele aspecten van de zaak waarin de rechter uitspraak deed aan de orde. Ze vragen ook meer om een genoegdoening voor de betrokkenen. Waarschijnlijk hebben kamerleden van de grote (regerings)fracties meer informele wegen om de ongewenste gevolgen van uitspraken voor direct betrokken personen aan de orde te stellen. Zij hoeven daarvoor minder snel de openbare weg van de kamervraag te bewandelen. Overigens gebruiken kamerleden het vragenrecht in het algemeen veel vaker om concrete probleemsituaties en individuele consequenties aan de orde te stellen. Bij een analyse van kamervragen inzake onderwijs bleek meer dan de helft van de vragen over

42. In de periode 1945–1985 werd 40% van de vragen door PvdA-kamerleden gesteld, zie Visscher 1986, p. 234.

individueel gevallen te gaan.[43] Kennelijk vormen rechterlijke uitspraken eerder een aanleiding om expliciet algemene thema's en regelingen ter discussie te stellen.

8. Codificatie, modificatie of iets heel anders?

Met welk doel stellen kamerleden en bewindspersonen rechterlijke uitspraken ter discussie?

Kamerleden stellen in het algemeen vragen om informatie te verkrijgen, om een standpunt, een maatregel of een toezegging van een minister of staatssecretaris uit te lokken, om aandacht van andere politici voor een gebeurtenis te vragen, maar ook om publiciteit te verkrijgen of om de activiteit van de vragensteller ten opzichte van zijn achterban zichtbaar te maken.[44] Zou dat bij vragen over rechterlijke uitspraken anders liggen?

Het doel van een kamervraag kan nooit met zekerheid op grond van de tekst van de vraag alleen worden vastgesteld. Een kamerlid zal in de vraag immers lang niet altijd het achterste van zijn tong laten zien. Wel kunnen we vaststellen wat het kamerlid concreet heeft gevraagd. Op basis van de tekst van die vraag en het antwoord hebben we ons een beeld proberen te vormen van hetgeen het kamerlid met de vraag wilde bereiken. Verhulde doeleinden op korte of lange termijn komt de onderzoeker door tekstinterpretatie zelden op het spoor. We hebben de vragen ingedeeld op wat ons inziens het belangrijkste uit de vraag kenbare doel van de vragensteller was. Eerst is echter vastgesteld wat de concrete inhoud van de kamervraag was.

Als het kamerlid in zijn vraag naar een uitspraak van de rechter verwees, had de vraag naar aanleiding van die uitspraak meestal betrekking op wijziging van het beleid (40%) of op wetswijziging (30%). De formuleringen liepen uiteen van een rechtstreekse vraag naar wetswijziging of een dergelijke suggestie verpakt in een verzoek om inlichtingen, tot een hoffelijk in overweging geven van een aanpassing van het beleid. Verder werd in mindere mate om schadeloosstelling of genoegdoening van betrokkenen gevraagd, bijvoorbeeld door het alsnog verlenen van een (verblijfs)vergunning. Soms wilde de vragensteller weten of de bewindspersoon cassatie of beroep tegen een uitspraak van een lagere rechter zou instellen. In 13% van de gevallen werd om informatie gevraagd terwijl op basis van de tekst van de vraag niet duidelijk werd wat het achterliggende doel van de vragensteller was.

Vragen om beleidswijziging kwamen vaker voor bij uitspraken van de Afdeling, vragen om wetswijziging vaker naar aanleiding van uitspraken van de Hoge Raad en de Centrale Raad. Dat verschil houdt verband met de verschillende soorten zaken die deze colleges behandelen. Vragen om genoegdoening of handelingen ten behoeve van bepaalde individuen kwamen aanmerkelijk vaker voor bij verwijzingen naar de Afdeling. Dat betrof bijna altijd vreemdelingenzaken. Daar

43. Van Kemenade en Berends, a.w. 1981, p. 45.
44. Visscher 1986, p. 238 e.v.

vervult de kamervraag soms de functie van 'hoger beroep' op de politiek na een rechterlijke uitspraak. De vragensteller tracht op grond van feiten waarmee de rechter geen rekening kon houden alsnog een andere beslissing uit te lokken. In de meeste van deze individuele gevallen vroeg het kamerlid aan de Staatssecretaris van Justitie de vreemdeling niet uit te zetten hangende zijn beroep bij de Afdeling rechtspraak.

Wat wilden de vragenstellers met hun verwijzing naar de uitspraak van de rechter bereiken? Onze interpretatie van de kamervragen leverde het volgende beeld op. De helft van de vragenstellers beoogde een of andere vorm van codificatie van de rechterlijke uitspraak. Een kwart van de vragen was er daartegenover juist op gericht de effecten van de uitspraak geheel of ten dele ongedaan te maken. Dit laatste doel kwam het meest voor bij vragen over uitspraken van de Hoge Raad in belastingzaken. Van uitspraken over sociale zekerheid werd juist het meest om codificatie gevraagd. De PvdA vroeg vaker om ongedaan maken van uitspraken (met name in belastingzaken). De kleine linkse partijen en D66 vroegen meestal om een in hun ogen gewenste uitspraak in beleid of wetgeving vast te leggen. Kennelijk ontlenen deze partijen steun aan de rechter of gebruiken ze de uitspraak als hefboom om een thema op de politieke agenda te krijgen. Zo werd naar aanleiding van een uitspraak van de belastingkamer van de Hoge Raad over de aftrekbaarheid van kosten van consumpties tijdens werktijd gevraagd of de strekking van die uitspraak niet meebracht dat voor werknemers voortaan ook de kosten van kinderopvang aftrekbaar moesten zijn.[45] Een recente uitspraak op een aanverwant terrein wordt gebruikt om een oud punt opnieuw aan de orde te stellen. In dit geval antwoordde de bewindsman van Financiën dat het beroep van de kamerleden op het gelijkheidsbeginsel niet gegrond was.

De *kamerleden* streven dus aanmerkelijk vaker naar codificatie van uitspraken die hun instemming hebben dan naar modificatie van ongewenste uitspraken. Verder dient de rechterlijke uitspraak als argument voor een vraag om beleidswijziging ook zonder dat codificatie of modificatie van de uitspraak wordt nagestreefd. De uitspraak vormt de aanleiding om politieke aandacht voor een bepaald onderwerp te vragen. Tenslotte beogen de vragenstellende kamerleden soms primair een ingrijpen van de verantwoordelijke bewindspersoon (genoegdoening of berisping) in het concrete geval. Dan staat correctie van de gevolgen van de uitspraak van de rechter voor de direct betrokkene(n) voorop.

Voor *bewindspersonen* vervullen de verwijzingen naar uitspraken van de rechter ook andere functies. Bij dergelijke verwijzingen in kamervragen is het meest voorkomende antwoord dat geen beleidswijziging of andere actie nodig is. Als bewindslieden zelf in hun antwoord naar rechterlijke uitspraken verwijzen, dient dat meestal als een argument ter rechtvaardiging van het gevoerde beleid of van eigen beleidskeuzen. Daarnaast wordt de verwijzing gebruikt ter rechtvaardiging van uitstel (tijd voor studie of advies) van een politieke beslissing of afwijzing van de actie die de vragensteller suggereerde. In een op de zeven gevallen gebruikt de bewindspersoon de omstandigheid dat de hoogste rechter nog geen uitspraak

45. HR 22 juni 1988, nr. 24592 en Aanh. Hand. TK 1987/88, nr. 844. Deze vraag werd overigens door leden van de PvdA-fractie gesteld.

heeft gedaan, als argument om zelf nog geen beslissing te nemen. Slechts zeer zelden wekt zo'n antwoord de indruk dat de bewindspersoon de uiteindelijke beslissing aan de rechter wil overlaten. Men zegt op 'duidelijkheid' van de rechter te wachten. Als de rechter gesproken heeft, kan de bewindspersoon alsnog beslissen of wijziging van beleid of wetgeving nodig is.

Voor bewindspersonen dienen de verwijzingen naar rechterlijke uitspraken dus primair ter rechtvaardiging van het eigen beleid. Dat uitspraken van de hoogste rechters de functie vervullen van legitimatie van het beleid van de leidingevende politici is eerder door anderen geconstateerd.[46] Volgens Schubert verschaffen de uitspraken van de Supreme Court ammunitie voor parlementariërs die de status quo willen verdedigen.[47] Het is de vraag in hoeverre die stelling ook geldt voor het gebruik van uitspraken van de hoogste rechters door Nederlandse parlementariërs. Die uitspraken stellen immers soms het beleid van de politieke meerderheid ter discussie. Ze worden ook gebruikt als ammunitie voor pogingen tot wijziging van de status quo. Of kamerleden, die vragen om codificatie van rechterlijke uitspraken, een bevestiging of juist een wijziging van de status quo beogen, verdient nader onderzoek. Duidelijk is wel dat de in antwoord op de hier onderzochte kamervragen toegezegde wijzigingen in wet en beleid hoogstens als marginale correcties kunnen gelden.

9. Hebben de kamervragen effect?

Kamerleden zelf schatten de effecten van het stellen van een vraag niet hoog in. Bij interviews onder kamerleden in 1979/1980 kwam het vragenrecht als het minst effectieve onderdeel van het parlementaire instrumentarium uit de bus.[48] In een onderzoek naar kamervragen aan de minister van Binnenlandse Zaken werd een kwart van de gestelde vragen als succesvol aangemerkt.[49]

Over het effect van de verwijzing naar een uitspraak van een rechter biedt de tekst van vraag en antwoord maar zeer beperkte informatie. Hier gebruiken we de inhoud van het antwoord als indicatie voor het effect van de vraag. Dat beeld is in twee opzichten beperkt. Enerzijds zal de actie die in het antwoord werd toegezegd in werkelijkheid soms niet zijn uitgevoerd. Anderzijds zal er naar aanleiding van de vraag soms meer gebeuren dan de bewindspersoon in zijn antwoord aangeeft. De antwoorden op vragen waarin kamerleden zich op uitspraken beroepen, hebben we in een aantal categorieën ingedeeld. Ter vergelijking laten we zien wat de bewindspersonen zeggen over de rechterlijke uitspraken die ze zelf in hun antwoorden voor het eerst ter sprake brengen. Beide kolommen samen geven enig

46. Dahl, a.w. 1970, p. 247; M. Shapiro, Appeal, Law and Society Review (14) 1980, p. 634.
47. Schubert, a.w. 1960, p. 257.
48. M.P.C. van Schendelen e.a., 'Leden van de Staten-Generaal...', Kamerleden over de werking van het parlement, Den Haag 1981, bijlage 6, p. 32.
49. H.M. Franssen, Tweede Kamer en Binnenlandse Zaken: een verkennend onderzoek naar parlementaire invloed onder het kabinet Den Uyl, Assen 1982, p. 191 e.v.; Van Kemenade en Berends, a.w. 1981, p. 72, kwalificeerden bij vragen over onderwijs ruim een derde van de antwoorden als 'concreet positief'; zie ook Visscher, a.w. 1986, p. 243.

beeld van de beoogde effecten van aandacht van politici voor rechterlijke uitspraken.

Tabel 2. Reacties op rechterlijke uitspraken in antwoorden op kamervragen in percentages

	kamerlid noemt uitspraak rechter; reactie van bewindspersoon		bewindspersoon noemt uitspraak rechter in antwoord	
codificatie in beleid	13		6	
codificatie in wet	3	23	2	10
modificatie in wet	5		2	
modificatie in beleid	2		–	
studie/advies	17		8	
afwachten uitspraak	6		15	
geen wijziging wet of beleid	28		14	
niets doen	13		11	
alleen informatie	7		17	
anders	6		25	
totaal	100		100	
(abs.)	(168)		(168)	

De verwijzingen naar rechterlijke uitspraken in kamervragen blijken dus in beperkte mate tot toezegging van wijzigingen in beleid of wetgeving te leiden. Ook in antwoorden op kamervragen beroepen bewindspersonen zich op uitspraken van rechters om zulke wijzigingen voor te stellen. In de onderzoeksperiode van twaalf jaar deden zulke gevallen zich in totaal 55 keer voor (16% van alle onderzochte vragen). Bovendien zal ongetwijfeld in een deel van de gevallen waarin advies werd ingewonnen of nadere studie toegezegd, alsnog tot wijziging van wet of beleid zijn besloten.

De toezeggingen van de bewindspersonen strekken meestal tot codificatie en slechts zelden tot modificatie van de rechterlijke uitspraak. Codificatie wordt in deze gevallen vooral bereikt door aanpassing van het beleid aan de rechterlijke uitspraak. De toezeggingen betreffen zeer uiteenlopende gebieden: naast vreemdelingenbeleid en belastingheffing (elk 4x), onder meer ook openbaarheid van bestuur (2x), uitvoering van de Wet uitkering vervolgingsslachtoffers (2x), dienstplichtigen (2x), subsidieverlening (2x), ondernemingsraden en de benoeming van hulpofficieren van justitie.

Het openlijk ongedaan maken van de gevolgen van een rechterlijke uitspraak door politieke organen is hoge uitzondering. Net als in de VS kan openlijke con-

frontatie van beide machten vaak worden vermeden.[50] Evenals de rechter door interpretatie een wet 'stilzwijgend' kan wijzigen, kan ook de wetgever een uitspraak van de rechter ongedaan maken zonder dat expliciet te zeggen.[51] Dat laatste zal bijvoorbeeld bij een algehele herziening van de wetgeving op een bepaald gebied eenvoudig kunnen gebeuren.[52] Voor openlijk aangekondigde modificatie van de rechterlijke uitspraak is meestal een wetswijziging vereist. Dat vereist de steun van een meerderheid in het parlement en kost als regel ook meer inspanning dan een beleidswijziging. De toegezegde wetswijzigingen betroffen in de helft van de gevallen belastingwetgeving. Telkens ging het er dan om te voorkomen dat de fiscus inkomsten zou derven omdat de uitspraak bepaalde aftrekposten had toegelaten of bepaalde objecten van belastingheffing had uitgesloten. De andere toezeggingen om de gevolgen van rechterlijke uitspraken door wetswijziging ongedaan te maken, betroffen het autoverbod op Waddeneilanden,[53] de positie van gemeenten bij exploitatie van kabeltelevisie,[54] de strafbaarheid van verkrachting in het huwelijk[55] en de beroepsuitoefening van gebitsprothetici.[56] In het laatste geval werd de uitspraak van de rechter door het kamerlid gebruikt om de bewindsman aan een eerdere toezegging tot indiening van een wetsontwerp te herinneren. Deze reminder leidde tot de belofte dat de indiening van het wetsontwerp binnen enkele dagen zou plaatsvinden.

10. Conclusie

De vragen waartoe Leijtens stelling prikkelde, kunnen nu van een eerste antwoord worden voorzien. Er is sprake van controle op rechterlijke uitspraken door democratisch gekozen organen. Naar aanleiding van kamervragen, interpellaties en wetsontwerpen vormt de aanvaardbaarheid van uitspraken van rechters onderwerp van parlementaire discussie. De stelling dat dit verschijnsel tegenwoordig vaker voorkomt, werd niet bevestigd. Zowel de onderzochte kamervragen uit de periode 1978–1989 als het onderzoek van Visser naar de wetsontwerpen uit de jaren 1975–1985 wijzen beide eerder op een piek in de politieke belangstelling voor rechterlijke uitspraken in 1979–1983, dus tijdens het eerste en tweede kabinet Van Agt.

De politieke belangstelling is niet beperkt tot uitspraken van de hoogste rechters. Ook uitspraken van rechters 'lager' in de hiërarchie zijn, in mindere mate, onderwerp van kamervragen en aanleiding tot wetsvoorstellen. Uitspraken van de Hoge Raad krijgen niet alleen absoluut, maar ook in verhouding tot het totale aantal beslissingen van dat college, veruit de meeste aandacht. De diversiteit van

50. Vgl. Visser, a.w. 1987 voor de wetgever in Nederland en Henschen, a.w. 1983 voor de wetgever in de VS.

51. Zie de voorbeelden bij Visser, a.w. 1987, p. 27.

52. Zo ook Harvard Law Review 1958 (zie noot 15), p. 1336.

53. HR 23 december 1980, AB 1981, 237 en Aanh. Hand. TK 1980/81, nr. 549.

54. Afdeling rechtspraak 10 februari 1986, Gemeentestem 6826, 3 en Aanh. Hand. TK 1985/86, nr. 796.

55. HR 16 juni 1987, NJ 1988, 156 en Aanh. Hand. TK 1987/88, nr. 674.

56. HR 13 februari 1987, NJ 1987, 899 en Aanh. Hand. TK 1986/87, nr. 587.

de competentie van de Hoge Raad (straf-, belasting- en burgerlijke zaken) en het relatief grote aantal uitspraken dat wordt gepubliceerd, zijn daaraan waarschijnlijk debet. In de kamervragen is vooral aandacht voor rechterlijke uitspraken over de verhouding tussen burgers en overheidsorganen: belastingen, sociale zekerheid, strafrecht en politie, ruimtelijke ordening en huisvesting en vreemdelingenrecht. Uitspraken over de relaties tussen burgers en particuliere organisaties (arbeidsrecht, familierecht, vennootschapsrecht) leiden veel minder tot politiek debat.

Niet alleen kamerleden beroepen zich in hun vragen op uitspraken van rechters. Bewindspersonen doen dat eveneens in hun antwoorden. Beiden verwijzen even vaak naar rechters maar doen dat, naar we zagen, duidelijk met verschillende doeleinden.

De onderzochte kamervragen bleken veel vaker op codificatie dan op modificatie van de rechterlijke uitspraken gericht. Als de bewindspersonen in hun antwoorden een concrete toezegging deden, dan betrof het eveneens meestal codificatie van de uitspraak. Die codificatie wordt dan vooral door het aanpassen van beleidsregels en veel minder vaak door wetswijziging bereikt. Dat maakt ook begrijpelijk waarom in de onderzochte kamervragen meestal van codificatie sprake is, terwijl wetsontwerpen naar aanleiding van uitspraken van rechters, zowel in Nederland als in de VS, meestal modificatie of ongedaan maken van die uitspraken beogen.[57] Politici hebben een scala van mogelijkheden om op rechterlijke uitspraken te reageren. Wetgeving is zeker niet het enige en misschien ook niet het belangrijkste alternatief.

Niet de rechter maar de politiek heeft, als zij dat wil, het laatste woord. Niet alleen in de staatsrechtelijke theorie, maar ook in de praktijk. Wel is het ongedaan maken van een rechterlijke uitspraak vaak een tijdrovende bezigheid, zeker als het om principiële levensbeschouwelijke vragen gaat waarover uiteenlopende minderheidsopvattingen bestaan, maar nog geen duidelijke politieke meerderheid aanwezig is.

Expliciete discussie in het parlement over rechterlijke uitspraken komt weinig voor. In nog geen 5% van de kamervragen of antwoorden daarop komen rechterlijke instanties ter sprake. Van het totale aantal uitspraken van rechters komt slechts een fractie in het parlement aan de orde. In de laatste twaalf jaar werd gemiddeld minder dan 1% van de uitspraken van de Hoge Raad in kamervragen ter sprake gebracht. Dit bevestigt de sterke arbeidsdeling tussen rechtspraak en politiek.

Voor zover er parlementaire discussie over uitspraken van rechters plaatsvindt, is er zelden sprake van een openlijk conflict tussen rechter en parlement. De beeldvorming en de juridische literatuur worden echter in sterke mate bepaald door een beperkt aantal uitspraken die veel aandacht trokken in de politiek en de publiciteit; bijvoorbeeld de uitspraken inzake het kraken van woonruimte (1971), fluoridering van drinkwater (1973), alternatieve hulpverlening aan minderjarigen (1974), abortus (1975/1976), de Harmonisatiewet en de gelijke behandeling van vrouwen en mannen in de sociale zekerheid (beide in 1988/1989). Zulke uitspraken zijn eerder uitzondering dan regel. De stelling dat sprake is van een toenemend rech-

57. Zie Visser, a.w. 1987; Harvard Law Review 1958 (zie noot 15); Henschen, a.w. 1983.

terlijk activisme[58] is waarschijnlijk vooral in relatieve zin juist. De absolute omvang van het verschijnsel lijkt echter gering. De aanduiding van de Hoge Raad als plaatsvervangende wetgever zegt meer over het perspectief van de juristen die de term bezigen dan over de werkelijkheid. In de onderzochte kamervragen blijkt slechts in bescheiden mate van politieke aandacht voor dergelijke activiteit. Natuurlijk zullen er uitspraken waarin rechters nieuwe regels formuleren, aan de aandacht van pers of kamerleden ontsnappen. Gezien het parlementaire activisme bij het stellen van vragen is het niet erg aannemelijk dat het in die uitspraken zou gaan om politiek omstreden punten op belangrijke maatschappelijke gebieden. Misschien is het voorlopig juister om over dit aspect van de rechterlijke activiteit als aanvullende regelgeving te spreken. Die aanduiding is in ieder geval minder pretentieus.

De verwijzingen naar rechterlijke uitspraken in de kamervragen en de antwoorden vervullen heel verschillende functies: aanzet tot wijziging van wet of beleid, het vragen van politieke aandacht voor een issue, maar vooral ook de legitimatie van het eigen standpunt of het gevoerde beleid. In alle gevallen kan gesproken worden van externe controle. Al is er, behalve het antwoord, niets gebeurd naar aanleiding van de vraag, de politici hebben expliciet de gelegenheid gehad zich naar aanleiding van die uitspraak te uiten.

Ook politici hebben gelukkig nooit het laatste woord. De overheid, de wetgever en de rechterlijke macht zijn immers slechts abstracties. In werkelijkheid bestaan zij elk uit een veelheid van instanties die met elkaar in contact staan, elkaar bewust of onbewust tegenwerken of juist versterken. Die instanties functioneren alleen dankzij mensen die elk met hun eigen opvattingen en belangen gedwongen zijn met elkaar in debat te gaan. Daarom heeft niemand echt het laatste woord. Elke uitspraak van rechter of wetgever kan opnieuw ter discussie komen.

Een toenemende juridisering van politieke issues zou volgens sommigen de bevoegdheden van het parlement uithollen en de mogelijkheden van de politieke organen om te beslissen over belangrijke vraagstukken verminderen. De daardoor afnemende verantwoordelijkheid van politici zou tot politieke apathie bij de kiezers leiden.[59] Voor zover er in Nederland een toenemende juridisering van politieke issues plaatsvindt, heeft dat naar mijn mening niet geleid tot het verwijderen van thema's uit het politieke debat maar eerder bijgedragen tot een intensivering en precisering van het politieke debat. Een bijdrage die Leijten ongetwijfeld zal toejuichen.

58. P.J. van Koppen, The Dutch Supreme Court and Parliament: Political decision-making versus non-political appointments, Law and Society Review (24) 1990, p. 744–780 kwalificeert de Hoge Raad zelfs als 'a politically highly active body' (p. 761); zie ook de titel van de in noot 2 genoemde publikatie.

59. Aldus E. Bronner, Battle for Justice: How the Bork Nomination Shook America, (Norton) 1990, aangehaald en bestreden door L. Sager, Back to Bork, New York Review of Books 25 oktober 1990, p. 27.

A.Ph.C.M. Jaspers

Luxemburg of Den Haag: de souvereiniteit van de wetgever

De verhouding tussen wetgever en rechter, een onderwerp dat Leijten op het lijf geschreven staat, heeft er met de expansie van het internationale en in het bijzonder het Europese recht een dimensie bij gekregen. De toename van het aantal verdragsverplichtingen die ons land op zich neemt, is daaraan natuurlijk in de eerste plaats debet. Dat geldt met name voor de verplichtingen die in het kader van de EEG worden aangegaan. Uit Brussel komt een wassende stroom van directieven naar Den Haag om de wetgeving aan te passen. Maar niet alleen het communautaire recht beperkt de speelruimte van de nationale wetgever, ook VN-verdragen en ILO-conventies doen dat. Mag dat beperkt afstand doen van souvereiniteit aansluiten bij de koers die de politiek zelf kiest en heeft gekozen,[1] anders ligt dat in het geval de internationale rechter de autoriteiten van de lidstaten tot aanpassing of tot wijziging van de bestaande wetgeving verplicht en daarmee zich op het terrein van de politieke keuzes begeeft. Dergelijke dictaten zijn overigens niet alleen van internationale gerechtshoven afkomstig, ook onze nationale rechters wijzen Den Haag nog wel eens op haar verantwoordelijkheid, soms letterlijk, zoals de president van de Haagse rechtbank die de wetgever bij kort gedingvonnis opdroeg om vóór een bepaald tijdstip met een wijziging van de wet te komen.[2] Onze constitutionele orde met haar monistische benadering van het verdragsrecht[3] effent voor de nationale rechter deze weg, al gaat dat – volgens de rechter – niet zover dat de rechter de bevoegdheid zou toekomen 'om aan de formele wetgever een opdracht tot wetgeving te geven'.[4]

---

1. Dat geldt op grond van de communautaire rechtsorde wat sterker voor de EEG dan in ander internationaal verband. De uitbreiding bij de Europese Akte van de mogelijkheden om met gekwalificeerde meerderheid besluiten te nemen die de lidstaten binden, benadrukt dit nog eens. In dit verband is het van belang hier de zeer recente (december 1990) voorstellen van bondskanselier Kohl en de Franse president Mitterand te releveren. Door beide staatslieden wordt voorgesteld om de Raad van ministers meer bevoegdheden te geven door in alle situaties een gekwalificeerde meerderheid voldoende te achten voor communautaire besluitvorming en regelgeving.

2. Zie Pres. Rb. 's-Gravenhage 17 januari 1985, NJ 1985, 262 (inzake de WWV, waarin het recht op uitkering gebonden was aan kostwinnerschap; een indirect discriminerend criterium). In hoger beroep werd dit bevel ongedaan gemaakt; zie Hof Den Haag, 23 juni 1988, NJ 1985, 263.

3. De rechtstreekse werking van verdragsbepalingen is in ons constitutioneel stelsel gebaseerd op artt. 93 en 94 Grondwet.

4. Aldus Hof Den Haag in de WWV-zaak; zie noot 2. In Duitsland met zijn toetsingsrecht van de wet aan de grondwet reikt de macht van de rechter verder. Een voorbeeld daarvan →

Voor deze dimensie die op het terrein van het sociaal recht, in het bijzonder het sociale zekerheidsrecht, de laatste jaren wel heel nadrukkelijk aanwezig is, wil ik hier, voorzover de ruimte het toelaat, aandacht vragen. De ontwikkelingen die zich de laatste jaren op dit gebied hebben voorgedaan, doen de vraag rijzen hoever de souvereiniteit van de nationale wetgever reikt en of die wellicht door de rechter is of dreigt verder te worden aangetast, zoals door sommigen wordt gedacht of misschien mede met het oog op 'Europa 1992' wordt gevreesd.[5] De hier ter discussie staande kwestie wordt als des te klemmender ervaren wanneer aan de ontwikkelingen in de rechtsvorming richting wordt gegeven niet zozeer door specifieke verdragsbepalingen – inclusief richtlijnen – als wel door, in verdragen opgenomen, algemene rechtsbeginselen. Ik heb hier met name het voor deze bijdrage van belang zijnde gelijkheids- of non-discriminatiebeginsel op het oog, zoals dat in het EEG-Verdrag en de daarop gebaseerde richtlijnen m.b.t. gelijke behandeling van mannen en vrouwen is neergelegd, alsmede het discriminatieverbod van – het inmiddels gevreesde – art. 26 van het Verdrag inzake Burgerlijke en Politieke Rechten (BUPO) van 1965.[6] In Haagse kringen lijkt er de schrik voor de 'vernietigende' werking van het gelijkheidsbeginsel zoals dat in de onderscheiden internationale regelingen is neergelegd, wel erg diep in te zitten.

Is er wel grond voor die angst? Het is deze vraag van de invloed van de internationale (en de nationale) rechter op het soevereine optreden van de nationale wetgever die mij hier bezighoudt. Ik beperk mij, zoals gezegd, tot het terrein van de sociale zekerheid.

Rechterlijk activisme

De plaats en de rol van de rechter in de samenleving zijn sedert de zeventiger jaren volop in discussie. In 1970 constateerde Leijten in zijn inaugurale rede dat de rechter niet meer zo rustig op zijn stoel zat als hij voorheen gewend was.[7] Een automatische wetstoepasser was hij niet meer, zo hij dat overigens ooit in die strikte zin was geweest.[8] De maatschappelijke ontwikkelingen plaatsten de rechter

→ geeft het arrest van het Bundesverfassungsgericht van halverwege zeventiger jaren (BVerfGE 39, 169) waarin de hoogste Duitse rechter de wetgever opdroeg ervoor te zorgen dat de ongelijke behandeling in de nabestaanden-pensioenregeling voor het einde van 1984 zou zijn opgeheven. Ook in Duitsland had de weduwnaar geen recht op 'weduwe'-pensioen.

5. De vraag van de nationale identiteit speelt ook op cultureel terrein. Sommigen betwijfelen of er na 1992 nog wel plaats is voor een Nederlandse cultuur. Zie daarover M. Mourik, Culturele coëxistentie, Amsterdam 1989; B. Tromp, Nederlands cultuurbeleid en de Europese Gemeenschappen, 1989; Tineke Pronk, Buitenlands cultureel beleid, Amsterdam 1990; en J.M.E. Loman, K.J.M. Mortelmans en H.H.G. Post, De Europese Gemeenschappen en cultuurbeleid: Een juridische analyse, Zeist 1989. In zijn inaugurale rede vraagt ook Riphagen aandacht voor dit punt. Hij heeft art. 6 EVRM op het oog. J. Riphagen, Rechtspraak in de sociale zekerheid: toegang tot Europa of toevlucht in de provincie, Deventer 1989.

6. Zie over art. 26 BUPO recentelijk J. Riphagen en C.J. Smitskam, De betekenis van artikel 26 IVBPR voor de sociale verzekeringsrechtspraak, in: NJCM jrg. 15, nr. 4, blz. 401 ev.

7. J.C.M. Leijten, De rechter op de schopstoel, Deventer 1970.

8. Zie o.a. A.Ph.C.M. Jaspers, Recht spreken in de maatschappij, Den Haag 1980; en P.C. Kop, Legisme en privaatwetenschap, Deventer 1982.

steeds meer in het middelpunt van de belangstelling. Hij kon zich niet meer buiten schot houden. Zijn uitspraken kwamen onder maatschappelijke kritiek te liggen, waarbij zijn onpartijdigheid wel eens in twijfel werd getrokken. Het woord klassejustitie viel. Hij kreeg politieke kwesties ter beslissing voorgelegd. Dat konden kwesties zijn waarop de wetgever tot dan toe het antwoord schuldig was gebleven, vaak wegens een gebrek aan consensus,[9] dan wel regeltoepassingen die bepaald niet onbestreden (meer) waren. De rechter stond niet langer boven maar midden in de samenleving. Van hem werd in maatschappelijk controversiële zaken een stellingname verwacht, volgens sommigen tegen de gevestigde orde in. In het rechtstheoretische debat ging het om een nieuwe doordenking van de verhouding tussen wet(gever) en rechter, om het vraagstuk van de rechtsvinding door de rechter.[10] Hoe vrij was de rechter in zijn rechtsvormende taak?

Aan rechtersrecht zijn we inmiddels geheel gewend. Het wordt nogal eens als een groot goed van onze complexe, snel veranderende samenleving gezien waardoor wij in staat zijn snel en adequaat op de wensen en vragen uit die samenleving te reageren. De wetgever doet er verstandig aan om de regelgeving flexibel te maken en te houden. Het moet de wetgever gaan om de 'Normgerechtigkeit'. De 'Einzelfallgerechtigkeit' moet aan o.a. de rechter worden overgelaten.[11] Dat stelt de rechter in staat in te spelen op de concrete situatie. Daardoor kan, in moderne termen uitgedrukt, 'maatwerk' worden geleverd.

De consequentie daarvan is dat de rechter meer en meer de functie krijgt om regelgevend op te treden. Plaatsvervangend wetgever wordt hij door sommigen wel genoemd.[12] Anderen spreken van rechterlijk activisme.[13] De rechter op de stoel van de wetgever? In begin jaren tachtig liet de toenmalige president van de Hoge Raad, Dubbink, blijken daarvan geen voorstander te zijn. Hij klaagde over de afzijdigheid van de wetgever in politiek en maatschappelijk belangrijke zaken. Er is gebrek aan leiding geven.[14] Gaat men af op de discussies rond het 150-jarig bestaan van de Hoge Raad, dan lijkt deze opvatting bij weinigen nog steun te ondervinden. Ook de praktijk van de rechtspraak laat zien dat de rechter, ook de

9. In 1975 stond deze kwestie op de agenda van de jaarvergadering van de Nederlandse Juristenvereniging. In een viertal preadviezen lieten Leijten, Rood, Schuyt en Wedeven hun gedachten hierover gaan. Handelingen NJV 1975, deel 1.

10. De Duitse rechtsgeleerde Joseph Esser was hier een belangrijke bron van inspiratie. Zie bv. A.Ph.C.M. Jaspers en J.B.M. Vranken, Een Esseriaanse 'beproeving', in: RM Themis, 1974, nr. 4, blz. 444–481. In ons land nam G.J. Wiarda een belangrijke plaats in. Zijn boekje, Drie typen van rechtsvinding, waarvan de eerste druk in 1972 verscheen, heeft veel invloed gehad en heeft dat nog.

11. Zie bv. recent J.Th.J. van den Berg, 'Verplaatste macht': Sociaal-democratie en het labiele evenwicht van de rechtsstaat, Het Elfde Jaarboek voor het Democratisch Socialisme, Amsterdam 1990, blz. 53 ev.

12. Zie M.P.J. Verburgh, NJB 1977, blz. 508.

13. Zo bv. T. Koopmans in zijn bijdrage aan een discussiebijeenkomst over De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme, Mededelingen KNAW, deel 52, nr. 3 (1989), blz 107 ev. Zie ook F.A.M. Stroink, De plaats van de rechter in het staatsbestel, Zwolle 1990; en W.J. Witteveen, De rechter als democratisch politiek orgaan, Elfde Jaarboek voor het democratisch socialisme, a.w., blz. 95 ev.

14. Aldus Dubbink in NRC/Handelsblad. Het ging om zaken als het stakingsrecht en euthanasie, onderwerpen die nog steeds op een wettelijke regeling wachten.

nationale, er niet voor terugschrikt vergaande uitspraken te doen.[15] Een 'praeter legem'-toepassing wordt vervangen door een openlijke 'contra-legem'-praktijk, vaak gebaseerd op algemene, vage normen, als redelijkheid en billijkheid, gelijkheid, evenredigheid of algemene beginselen van behoorlijk bestuur. Ook op het terrein van de toepassing van internationaal recht ziet men een vergelijkbare ontwikkeling. Constateerde de rechter vóór begin tachtiger jaren zelden of nooit strijd tussen de formele wet en een eenieder verbindende verdragsbepaling, sedert die tijd is dat anders komen te liggen. Wordt een wettelijke bepaling in strijd geacht met zo'n verdragsbepaling, dan laat de rechter de wettelijke bepaling in de regel buiten toepassing of hij verklaart de bepaling onverbindend.[16] Dat helpt echter alleen in situaties waarin het erom gaat de overheid van iets te weerhouden. Wordt er van de overheid een prestatie verlangd, dan biedt buiten toepassing laten of onverbindend verklaren geen oplossing. Is het in die situatie aan de rechter om de gevraagde, op de verdragsbepaling gebaseerde prestatie toe te kennen, ook als die ten laste van de overheid komt, en de overheid voor die optie (uitdrukkelijk) (nog) niet heeft gekozen?[17]

Men kan zich afvragen of de rechter in zijn rechtsvormende taakopvatting niet wat te zeer is doorgeschoten. Hij lijkt wat over-actief te zijn geworden. In zijn bijdrage aan een discussie over 'De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk activisme', een discussie die in januari 1989 werd gehouden in de sectie Rechtswetenschappen van de Academie van Wetenschappen, waarschuwt Leijten tegen te grote 'vrijpostigheid' van de rechter. Onvolmaaktheid van wetten – en dat is een gegeven in een democratische wettenstaat –, geeft daarvoor geen voldoende rechtvaardiging.[18]

Is Leijtens waarschuwing terecht? Het is toch in de eerste plaats de taak van de wetgever om aan het proces van de rechtsvorming leiding te geven? Vanuit het oogpunt van rechtszekerheid, het klassieke argument voor het primaat van de wetgever, is men geneigd die vraag bevestigend te beantwoorden. Daarvoor wordt dan wel verwezen naar de aberraties in de rechtspraak in Nazi-Duitsland.[19] Overigens is het beroep op de rechtszekerheid ook niet zonder gevaar, zoals de praktijk in datzelfde Duitsland van Hitler evenzeer heeft laten zien.[20] Is rechtszekerheid nog wel de meest hechte basis voor het primaat van de wetgever? Speelt in onze moderne samenleving, zeker op het terrein van de sociale politiek, niet veel meer

15. Vgl. G.J. Wiarda, Rechterlijke voortvarendheid en rechterlijke terughouding bij de toepassing van de Europese Conventie tot bescherming van de rechten van de mens, Den Haag 1986.

16. Zie bv. HR 4 juni 1982, NJ 1983, 32. Stroink wijst er in zijn inaugurale rede, De plaats van de rechter in het staatsbestel, blz. 9, terecht op dat de oplossing ook kan worden gevonden in een verdragsconforme interpretatie. Dat doet de Hoge Raad bv. in zijn uitspraak van 4 mei 1984, NJ 1985, 510.

17. Als gezegd, op het terrein van de sociale zekerheid zijn daarvan de nodige voorbeelden te geven. Zie verderop.

18. Zie Mededelingen van de Afdeling Letterkunde van de KNAW, Deel 52, nr. 3, blz. 102.

19. Zie bijvoorbeeld Leijten in Mededelingen KNAW, a.w., blz. 101. Zie ook dez. in zijn inaugurale rede, a.w., blz. 8/9. Leijten benadrukt wel de relativering die Radbruch hierbij heeft gemaakt; t.a.p.

20. Vgl. J.Th.J. van den Berg, a.w., blz. 27.

een rol dat het aan de politieke gemeenschap is om keuzes te maken en vast te leggen, zeker als het gaat om 'hoofdlijnen van beleid'? Zijn de uitspraken van de rechter wel voldoende gelegitimeerd? Dat geldt temeer wanneer het gaat om modificerend optreden van de rechter.[21] Anderzijds moet worden geconstateerd dat de waarborgkant van de wet, waarbij de positie van de burger in het geding is en waarvoor het parlement aandacht zou moeten hebben, steeds meer door de rechter wordt overgenomen. Dit is het gevolg van het feit dat het parlement meer en meer participeert in de beleidsvoorbereiding en -vorming.[22]

In dit verband moet nog op een andere ontwikkeling worden gewezen. De laatste tijd is 'rechterlijk activisme' niet meer beperkt tot de verhouding tussen rechter en wetgever. De rechter mengt zich met zijn beslissingen ook meer en meer in het beleid van regering en parlement,[23] althans zijn beslissingen doorkruisen nogal eens het – ook door het parlement gesteunde – regeringsbeleid. Men denke bv. aan het vreemdelingenbeleid. Maar ook het terrein van de sociale zekerheid waarop deze bijdrage betrekking heeft, laat daarvan 'fraaie' voorbeelden zien.

De verandering in opstelling van rechters kan worden gedemonstreerd aan de hand van uitspraken van onze hoogste rechtscolleges. Zo besliste de Hoge Raad in een arrest van eind 1984 nog dat 'het niet binnen de rechtsvormende taak van de rechter valt' om in gevallen dat er een keuze moet worden gemaakt deze aan de rechter over te laten 'mede in aanmerking genomen de aard van de daarbij betrokken belangen'.[24] Ruim een jaar later schrikt onze hoogste rechter er niet voor terug wel zelf een keuze te maken. Anders dan de eerste rechter oordeelt de Hoge Raad dat het tot de taak van de rechter kan horen om vast te stellen in welke gevallen en onder welke voorwaarden een relatie die uitdrukkelijk niet valt onder de wettelijk geregelde relatie gelijk te stellen met die wettelijk geregelde.[25] Ook onze hoogste rechter in de sociale verzekeringszaken deinst er niet voor terug om een eigen keuze te doen die afwijkt van die welke de wetgever uitdrukkelijk had gemaakt. Het meest bekende voorbeeld is wel de toekenning aan weduwnaars van een 'weduwe'-pensioen geheel tegen de letter van de wet in. De rechter meende dat niet kon worden gewacht op de wetgever die overigens zelf inmiddels bezig was met aanpassing van de wetgeving op dit punt.[26] De vraag lijkt terecht of de

21. Zie over codificerende en modificerende regelgeving T. Koopmans, De rol van de wetgever, in: Honderd jaar rechtsleven, Zwolle 1970, blz. 221 ev.

22. Aldus M. Scheltema, Wie stelt de wet: de wetgever of de rechter? in: Mededelingen KNAW, deel 52, nr. 3, blz. 90.

23. Zie bv. E.M.H. Hirsch Ballin, Onafhankelijke Rechtsvorming, Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel, Zwolle 1988, blz. 211. Vgl. ook T. Koopmans, Rechterlijk activisme in Europeesrechtelijk perspectief, Mededelingen KNAW, Deel 52, nr. 3, blz. 107.

24. HR 12 oktober 1984, NJ 1985, 230. In een later arrest bevestigt de HR deze lijn: HR 23 september 1988, NJ 1989, 740. Zie hierover ook A.W. Heringa, Sociale grondrechten, Den Haag 1989, blz. 202 ev.

25. HR 21 maart 1986, NJ 1986, 585–588, betreffende de ouderlijke macht van ongehuwden. Zie daarover M. Rood-De Boer, Duidelijkheid en zekerheid, in: NJB, 1986, blz. 601 ev. Zie ook de noot van E.A. Alkema in NJ onder nr. 588.

26. De CRvB baseerde zijn uitspraak op art. 26 BUPO. CRvB 7 december 1989, AB 1989, 10 en RSV 1989, 67. Een ontwerp voor een nieuwe wettelijke regeling van het nabestaandenpensioen is inmiddels aan de Tweede Kamer aangeboden.

rechter niet te ver gaat.[27] Hij treedt in de plaats van de wetgever zonder (politiek) verantwoordelijk te zijn voor de sociaal-economische en financiële gevolgen van zijn beslissing. De rechter gaat meer dan incidenteel beleid voeren (de redelijke en billijke oplossing in het individuele geval). Het is toch aan de politiek voorbehouden om algemene beleidskeuzes te doen!

In dit verband moet niet worden vergeten dat de nationale staat behalve rechtsstaat ook economische risicogemeenschap is.[28] De afweging tussen wat rechtens wenselijk en behoorlijk is en wat economisch mogelijk of noodzakelijk kan zijn, moet door de politieke organen van de staat worden gedaan. De rechter kan dat niet, hij is niet voor het geheel verantwoordelijk. Bovendien dreigt hij te veel in politiek vaarwater terecht te komen, wat het gevaar kan inhouden dat zijn onafhankelijkheid wordt aangetast. Indien er geen consensus bestaat in de maatschappij over politiek gevoelige zaken, dan is het in de eerste plaats aan de wetgever om knopen door te hakken.

Het primaat van de wetgever op rechtsvormend terrein zal niemand ter discussie willen stellen. Dat betekent niet dat die discussie niet zou kunnen opkomen, indien blijkt dat de wetgever de opdracht tot wetgeving niet of niet tijdig nakomt. Dat doet zich met name voor wanneer het internationale recht hem daartoe verplicht en de wetgever het om welke reden dan ook laat afweten. In het afgelopen decennium laat de praktijk op het terrein van de sociale zekerheid daarvan een aantal voorbeelden zien. Laat de wetgever het er ondanks aanmaningen bij zitten, dan moet de rechter overeenkomstig de eenieder verbindende verdragsbepalingen de keuzes maken. Het gevolg daarvan kan zijn dat de manoeuvreerruimte voor de wetgever flink wordt ingeperkt.[29]

In de Europeesrechtelijke context krijgt deze ontwikkeling, zoals reeds eerder vermeld, een extra dimensie. In zijn rechtsprekende rol binnen de Europese Gemeenschappen waakt het Hof van Justitie van de EG – in het systeem van prejudiciële procedures – over de uniforme toepassing en systematische uitlegging van verdragsteksten en algemene beginselen van Gemeenschapsrecht. Het Hof kent zich daarbij een ruime autonomie toe zonder zich veel gelegen te laten liggen aan keuzen van de regelgever.[30] Deze taakopvatting van het EG-Hof moet worden begrepen tegen de achtergrond van de ontwikkelingen binnen en de structuur van het legislatieve proces in de Gemeenschap. In perioden van stagnatie van regelgeving of in de woorden van Koopmans: van 'legislatief immobilisme', neigt het EG-Hof ernaar om rechtstreeks werkende bepalingen ruim uit te leggen.[31] Dat is niet zonder gevolgen voor die bepalingen van nationale wetgevingen die niet in

27. Zo bv. Alkema in zijn noot onder NJ 1986, 588. Stroink neigt ook naar die opvatting; zie zijn oratie, a.w., blz. 10.

28. Van den Berg, a.w., blz. 51, wijst daar terecht op.

29. Een ander voorbeeld in het sociale recht vormt het stakingsrecht. Ook daar is de rechter, geleid door de bepaling van art. 6 ESH waaraan rechtstreekse werking werd toegekend, rechtsvormend opgetreden. Vgl. HR 30 mei 1986, NJ 1986, 688. Opgemerkt zij hierbij wel dat de wetgever zijn pogingen tot wettelijke regeling van het stakingsrecht (in de particuliere sector) had opgegeven onder erkenning dat hij niet in staat was een acceptabele, althans politiek haalbare regeling te treffen.

30. Vgl. T. Koopmans, Rechterlijk activisme in Europeesrechtelijk perspectief, a.w., blz. 107.

31. Vgl. T. Koopmans, a.w., blz 109.

overeenstemming zijn met de aldus uitgelegde bepalingen van Gemeenschapsrecht. Langs die weg kan de Gemeenschapsrechter niet alleen een grote invloed uitoefenen op het nationale recht maar ook de nationale legislatieve onder druk zetten om de wetgeving aan te passen of ingrijpend te wijzigen, althans ingrijpender dan men op grond van eigen politieke opvattingen van zins was. Aan de hand van uitspraken op het terrein van de gelijke behandeling van mannen en vrouwen in de sociale zekerheid wil ik dat demonstreren.

Rechters woord is wet

Het verbod tot het maken van onderscheid naar sexe op het terrein van de sociale zekerheid rust op twee internationale regelingen. In communautair verband is dat de zgn. derde richtlijn 'betreffende de geleidelijke tenuitvoerlegging van het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen op het gebied van sociale zekerheid'.[32] De lidstaten wordt daarin opgedragen ongelijke behandeling van mannen en vrouwen op dit terrein uit te bannen. Daarvoor werd een termijn van zes jaar gegeven, zodat de nationale wetgeving uiterlijk 23 december 1984 moest zijn aangepast (art. 8 richtlijn). De richtlijn verbood iedere vorm van discriminatie op grond van geslacht, zowel directe als indirecte (art. 4).

De andere internationaalrechtelijke bepaling op grond waarvan het verboden is te discrimineren, is art. 26 BUPO. Deze bepaling is ruimer. Niet alleen het maken van onderscheid op grond van sexe is verboden, ook op andere gronden mag geen onderscheid worden gemaakt, zoals ras, huidskleur, godsdienst, politieke of andere overtuiging, nationale of maatschappelijke afkomst, eigendom, geboorte of andere status. Laat de interpretatie van deze gronden al de nodige ruimte, zoals de jurisprudentie bewijst ten aanzien van bv. het begrip 'status',[33] de opsomming is ook niet limitatief.

De invloed van de rechter op het regime van sociale zekerheidsaanspraken zoals dat in ons land geldt, laat zich op de eerste plaats aflezen uit het feit dat aan beide regelingen rechtstreekse werking is toegekend. De uitkeringsgerechtigde kan zich dus direct op deze regelingen beroepen. Voor het Gemeenschapsrecht is dat vanzelfsprekender dan voor het BUPO. Een aantal malen heeft het Hof van Justitie te Luxemburg dat uitgemaakt: met een beroep op de richtlijn kan worden verhinderd dat een met die richtlijn strijdige nationale bepaling (die dateert van vóór de datum van inwerkingtreding van de richtlijn, zijnde 23 december 1984) ook na die datum haar werking behoudt. Bepalingen van de richtlijn zijn 'zowel op zichzelf beschouwd als gezien in verband met het doel en de inhoud van de richtlijn voldoende nauwkeurig om door een justitiabele te kunnen worden ingeroepen en door de rechter te kunnen worden toegepast'.[34] Indien de richtlijn zelf

32. Richtlijn van de Raad van Ministers van de EG van 19 december 1978, nr. 79/7/EEG.

33. Deze grond wordt in de rechtspraak uitgelegd als betrekking hebbend op gehuwd/ongehuwd. Zie bv. RSV 1988, 201. Men kan zich overigens afvragen of dat, gelet op de tekst van art. 26 BUPO, ook zo bedoeld is.

34. Aldus HvJ 4 december 1986, zaak 71/85, RSV 1987, 95 (FNV); en HvJ 24 juni 1987, 384/85 (Borrie Clarke).

geen uitzondering op de toepassing van de gelijke behandelingsnorm toestaat, mag een lidstaat geen ongelijke behandeling laten voortduren, ook niet als het gaat om een voorwaarde (waaraan moet zijn voldaan voor het recht op uitkering), die reeds vóór die datum gold.[35] De lidstaat moet ervoor zorgen dat alle met het beginsel van gelijke behandeling strijdige regelingen op tijd zijn ingetrokken. Het is de lidstaten niet toegestaan om de toepassing van de gelijke behandelingsnorm binnen zijn eigen werkingssfeer aan voorwaarden of beperkingen te binden. De richtlijn is voldoende nauwkeurig en onvoorwaardelijk om ook zonder passende uitvoeringsmaatregelen door burgers te kunnen worden ingeroepen.

Het Hof laat er weinig twijfel over bestaan. Is een bepaalde nationale regeling op de genoemde datum (nog) niet in overeenstemming met de gelijke behandelingsnorm gebracht, dan is de rechter bij een geconstateerde overtreding van die norm bevoegd een aanspraak op uitkering te honoreren. De benadeelden, in de regel vrouwen, hebben vanaf die datum recht op dezelfde behandeling en op toepassing van dezelfde regeling als mannen die in een gelijke situatie verkeren, ook wanneer maatregelen ter uitvoering van de desbetreffende bepaling van de richtlijn ontbreken.[36] De nationale wettelijke regeling werd dus opzij en de wetgever voor het blok gezet.

Dat de BUPO-bepaling zeker niet minder 'krachtig' is dan de communautaire regeling, is niet zozeer te danken of volgens sommigen wellicht te wijten aan de verdragstekst, maar veeleer het gevolg van de extensieve uitleg en toepassing van de desbetreffende BUPO-bepaling door de nationale rechter. Het is hier opnieuw de rechter en niet de politieke gemeenschap die over de kracht van de norm beslist.

Dat blijkt op verschillende manieren. In de eerste plaats is daar de datum met ingang waarvan de internationaalrechtelijke regeling in werking treedt, dat wil zeggen de datum waarop een rechtstreeks beroep op de regeling kan worden gedaan. De derde richtlijn legt dat tijdstip zelf vast; dat zagen we reeds. Voor art. 26 BUPO ligt deze kwestie wat anders. In dit verdrag is anders dan in de communautaire regeling geen termijn opgenomen waarop de nationale regelingen moeten zijn aangepast aan de verdragsbepaling. Zowel in de literatuur als in de rechtspraak[37] werd verdedigd dat als datum van gelding moet worden aangehouden de datum van inwerkingtreding van het BUPO-Verdrag,[38] een opvatting waarvoor steun te vinden is in de uitspraak van het Comité voor de Rechten van de Mens van de Verenigde Naties in de zaak Broeks.[39] De appelrechter wees die opvatting echter af op grond van de redenering dat gelijke behandeling op het terrein van

35. HvJ 24 juni 1987, zaak 384/85. Het feit dat de ongelijke behandeling voortvloeide uit een overgangsregeling, doet daaraan niets af. Voor overgangsregelingen wordt dus geen uitzondering gemaakt.

36. Aldus HvJ 4 december 1986, zaak 71/85, NJ 1987, 846. In dezelfde zin HvJ 13 december 1989, zaak C-102/88. In deze uitspraak voegde het Hof eraan toe dat dit ook geldt in een geval van indirecte discriminatie: 'de leden van de minder begunstigde groep hebben recht op toepassing van dezelfde regeling als de overige uitkeringsgerechtigden'. In beide zaken ging het om art. 4 lid 1 van de derde richtlijn dat iedere discriminatie op grond van geslacht op het gebied van de sociale zekerheid verbiedt.

37. RvB Amsterdam 24 november 1987, RSV 1988, 222 en RvB Utrecht 22 februari 1988, Nemesis 1988, nr. 6.

38. Dat was 11 maart 1979.

39. Comité 4 maart 1987, RSV 1987, 245.

sociale zekerheid slechts langs geleidelijke weg kon worden bereikt. De Centrale Raad meende, dat de wetgever een overgangstermijn moest worden gegund om de wetgeving aan te passen.[40] Zoals gezegd, hier kwam de rechter de politiek te hulp. Vooral uit praktische overwegingen besloot de rechter om als datum waarop burgers een rechtstreeks beroep op art. 26 BUPO konden doen, te nemen de dag met ingang waarvan de EG-richtlijn de aanpassing van de wet voorschreef.[41] Nalatigheid of onmacht van de wetgever om de wettelijke regelingen op tijd te ontdoen van discriminerende elementen werd bestraft met het toekennen van dezelfde aanspraken aan vrouwen als aan mannen. De overtuiging bij de wetgevende organen, bv. de verantwoordelijke bewindslieden van Sociale Zaken en Werkgelegenheid, dat de regeling niet in strijd was met de gelijke behandelingsnorm van richtlijn of BUPO mocht niet baten.[42]

Ook een ander aspect van de onderhavige problematiek vraagt hier in het licht van de vraagstelling om behandeling. De beide verdragsverplichtingen zijn niet gelijkluidend. Dat heeft zijn gevolgen voor het uitvoering geven aan de aanpassingsopdracht aan de wetgever. In de jurisprudentie wordt dat verschil ook aangebracht. Anders dan art. 26 BUPO maakt de richtlijn wel onderscheid tussen directe en indirecte discriminatie. Op het verbod van directe discriminatie zijn geen andere uitzonderingen toegestaan dan die welke uitdrukkelijk in de richtlijn zijn genoemd. Het verbod van indirect onderscheid kan alleen worden opgeheven indien er een objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig is.

Art. 26 BUPO maakt dat onderscheid niet. Daaruit wordt wel afgeleid dat ook directe discriminatie niet onvoorwaardelijk door het verbod van art. 26 BUPO wordt getroffen. Indien een onderscheid te rechtvaardigen valt, is geen sprake van normovertreding. Het discriminatieverbod van art. 26 BUPO betekent in die visie het verbod van ongerechtvaardigd onderscheid.[43] Wanneer er sprake is van redelijke en objectieve gronden ter rechtvaardiging van het aanleggen van onderscheid naar bv. sexe, wordt in de jurisprudentie (van de Nederlandse rechter) op art. 26 BUPO niet nader aangegeven.[44] De rechter volstaat met de constatering dat de in

40. Zie o.a. CRvB 14 mei 1987, RSV 1987, 246; CRvB 20 april 1989, RSV 1989, 271; CRvB 7 december 1988, RSV 1989, 67. M.b.t. het overgangsrecht AAW, dat uit 1980 stamde en dateerde van na het in werking treden van het BUPO-Verdrag (nl. maart 1979), besliste de CRvB anders: CRvB 5 januari 1988, RSV 1988, 104 en 198–200.

41. CRvB 7 december 1988, RSV 1989, 67.

42. De hele gang van zaken rond de aanpassing van de WWV en de AAW vormt hiervan een voorbeeld.

43. Zie voor deze opvatting het voorstel van NJCM m.b.t. een nationale algemene wet gelijke behandeling; NJB 1987, blz. 363–367. Zie voor de jurisprudentie o.a. RvB Amsterdam 1 februari 1989, RSV 1989, 218 en RvB 's Hertogenbosch 5 oktober 1988, Nemesis 1989, nr. 30. Of deze opvatting begripsmatig houdbaar is, wordt door Van Hoof en Jaspers betwijfeld. Zie G.J.H. van Hoof en A.Ph.C.M. Jaspers, Over gelijkheid: enige aspecten van rechterlijke toetsing aan het gelijkheidsbeginsel, in: J.B.J.M. ten Berge e.a., Recht als norm en als aspiratie, Nijmegen 1986, blz. 136–162.

44. De CRvB geeft slechts aan waar naar rechtsvaardigingsgronden moet worden gezocht, maar niet wat als zodanig kan worden aangemerkt; zie o.a. CRvB 5 januari 1988, RSV 1988, 104, 198–200.

het concrete geval aangevoerde reden voor de ongelijke behandeling geen rechtvaardigingsgrond oplevert.[45]

Een invulling geeft wel het Hof van Justitie van de EG. In het kader van zijn oordeel over indirecte discriminatie besliste het Hof dat een indirect onderscheid te rechtvaardigen is, indien met de (indirect discriminerende) maatregel een noodzakelijk sociaal-politiek doel wordt nagestreefd, en de maatregel geschikt en noodzakelijk is om het doel te bereiken.[46] Dit laatste betekent dat het doel niet ook op een andere, minder discriminerende wijze kan worden bereikt.[47] Bij deze standaard omschrijving gaat het om een oordeel over de drie genoemde elementen: a. welk noodzakelijk sociaal-politiek doel wordt er nagestreefd? en b. is de betreffende indirect discriminerende regeling/maatregel 1. *geschikt* én 2. *noodzakelijk* om dit doel te bereiken? De beantwoording van deze vragen laat het Hof in eerste instantie over aan de nationale rechter, maar schroomt niet om ook zelf een standpunt in te nemen. Zo achtte het Hof de garantie van het sociaal minimum een acceptabele rechtvaardigingsgrond voor een toeslagenregeling die indirect onderscheid opleverde ten aanzien van vrouwen.[48] Het uitzonderen van parttimers van die garantie, zoals in de AAW gebeurt op het punt van het vaststellen van de grondslag voor de uitkering, kan volgens het Hof echter niet door de beugel. Aangezien het – in elk geval in Nederland, maar hier niet alleen – grotendeels vrouwen zijn die in deeltijd werken, is er sprake van een vermoeden van discriminatie dat slechts weggenomen kan worden indien daarvoor een rechtvaardigingsgrond bestaat. Het argument dat het onbillijk zou zijn om aan een deeltijdwerker met een inkomen beneden het minimumloon een uitkering op basis van het sociaal minimum toe te kennen, omdat deze dan meer uitkering ontvangt dan het voorheen genoten inkomen,[49] vormt volgens het Hof geen objectieve rechtvaardigingsgrond. Omdat en zolang er andere rechthebbenden op een AAW-uitkering zijn met een aanspraak op een uitkering die hoger is dan het voorheen genoten inkomen,[50] kan deze reden niet als rechtvaardiging dienen voor het uitzonderen van deeltijders van de garantie van het sociaal minimum. De aangevoerde reden voldoet volgens het Hof niet aan de criteria voor het bestaan van een objectieve rechtvaardigingsgrond. Welk sociaal-politiek doel wordt er eigenlijk nagestreefd, zo lijkt

45. Zie bv. RvB 's Hertogenbosch 5 oktober 1988, Nemesis 1989, nr. 30 en RvB Amsterdam 1 februari 1989, RSV 1989, 218.

46. Zie HvJ 13 juli 1989, 171/88 (de zaak Rinner) en HvJ 13 december 1989, C-102/88 (de zaak Ruzius).

47. Zie laatstelijk HvJ 13 juli 1989 , zaak 171/88 (Rinner).

48. HvJ 11 juni 1987, zaak 30/85, Nemesis 1987, blz. 338 (Teuling-Worms). Het betrof hier een hogere uitkering op grond van het feit dat de (mannelijke) uitkeringsgerechtigde gezinsleden ten laste heeft. Er mag, zo oordeelde het Hof, in een sociale zekerheidsregeling rekening worden gehouden met grotere behoeften van degenen die gezinsleden moeten onderhouden tegenover hen die dat niet hoeven. Op grond van echtelijke staat of gezinssituatie werden in feite vrouwen gediscrimineerd.

49. De grondslag voor de AAW-uitkering van parttimers is beperkt tot de hoogte van het verdiende loon (als dat lager is dan de algemene grondslag).

50. Vgl. HvJ 13 december 1989, zaak C-102/88 (Ruzius). Vergeleken wordt bv. met vroeggehandicapten die, nooit inkomen uit arbeid genoten hebbend, wel onverkort de grondslag (basis minimumloon) krijgen toegekend; of bv. met zelfstandigen met een negatief of zeer laag inkomen. De RvB Groningen die deze zaak afhandelde, meent dat er wel een objectieve rechtvaardigingsgrond aanwezig is; zie RvB Groningen 10 april 1990 NJCM 15, nr. 4, blz. 479 ev.

het Hof zich af te vragen. Gelet op het onderscheid tussen groepen van rechthebbenden kan men twijfelen of het garanderen van een sociaal minimum wel als zodanig kan worden aangemerkt. Die garantie geldt kennelijk niet voor de groep van parttimers met een inkomen beneden het minimum loon. Bovendien rijst de vraag of deze regeling geschikt en noodzakelijk is om het gestelde doel te bereiken. De regeling voldoet derhalve niet en het Hof beslist dat de betrokkene 'op dezelfde wijze en volgens dezelfde regeling moet worden behandeld als de andere uitkeringsgerechtigden'. Uitvoering van deze uitspraak houdt dus in dat ook aan de AAW-uitkering van parttimers het sociaal minimum ten grondslag moet worden gelegd. De rekening wordt aldus bij de Nederlandse samenleving gedeponeerd tegen de uitdrukkelijke bedoeling van de wetgever in, die aan de AAW-regeling het uitgangspunt ten grondslag had gelegd dat een inkomenvervangende uitkering nimmer hoger kan zijn dan het voorheen genoten loon, tenzij er reden is voor uitzonderingen daarop zoals bij vroeg-gehandicapten.

De nationale rechter houdt zich, in gevallen waarin een beroep op de richtlijn wordt gedaan, vooral bezig met de beantwoording van de twee vragen onder b. Deze beslist derhalve of de maatregel, dus i.c. de toeslagenregeling, geschikt en noodzakelijk is ter garantie van het sociaal minimum aan de 'kostwinner'. Dat oordeel blijkt heel verschillend te kunnen uitvallen, zo wijst de praktijk uit.[51] Afhankelijk van dat oordeel worden de beleidvoerende instanties geconfronteerd met een toepassing en uitvoering van de regelingen die al dan niet strookt met het beleid op het terrein van de sociale zekerheid. De ruime uitleg van art. 26 BUPO enerzijds en de toepassing van het discriminatiebegrip van art. 26 anderzijds – ik doel hier op het oordeel of er in het concrete geval sprake is van '(on)gerechtvaardigd' onderscheid – maakt de situatie voor de regelgever onberekenbaar, zo niet onbeheersbaar. In de literatuur wordt voorspeld dat we met het probleem nog lang niet klaar zijn.[52]

Wetgever in de houdgreep van de rechter?

De hierboven besproken ontwikkelingen laten zien hoever de internationaalrechtelijke regelingen in hun toepassing door de rechter strekken. De vraag dringt zich op hoever de souvereiniteit van een lidstaat reikt. Welke keuzes kan een staat nog doen m.b.t. de inrichting van zijn sociaal zekerheidsstelsel? In de praktijk blijkt de manoeuvreerruimte van de nationale wetgever beperkt. Niet alleen geven de verschillende internationaalrechtelijke regelingen dwingende voorschriften, de rechter laat zijn invloed ook gelden. Zoals Koopmans constateert heeft die de neiging om in geval de wetgever het laat afweten een ruime uitleg aan de verdragsbepalingen te geven. Met name het Hof van Justitie waakt over de toepassing van fundamentele beginselen van Gemeenschapsrecht, waartoe het gelijke behan-

51. Zie de opvatting van de RvB Amsterdam en die van de CRvB in het vervolg van de Teuling-zaak; RvB Amsterdam 29 december 1987 NJCM 13, nr. 2 (1988), blz 104 ev.; CRvB 19 april 1990, NJCM 15, nr. 4, blz. 467 ev.

52. Zie bv. G.J.J. Heerma van Voss, Hoe het Hof van Justitie van de EG de AAW op haar grondvesten doet wankelen, in: Nederlands Tijdschrift voor Sociaal Recht (SR), 1990, nr. 4, blz. 108 ev.

delingsbeginsel ook wordt gerekend. Met die harde werkelijkheid is ons land nu een aantal malen geconfronteerd. Het laten (ver)lopen van de termijn waarbinnen de wetgeving moet zijn aangepast, wordt beantwoord met een strikte toepassing van de norm ten gunste van de benadeelden. In EEG-verband kan men daarmee, lijkt mij wel vrede hebben. Of dat ook het geval is of moet zijn, als het gaat om de toepassing van art. 26 BUPO, is op z'n minst voor discussie vatbaar. De (nationale) rechter lijkt met zijn extensieve uitleg en toepassing van die bepaling wel wat ver te gaan, verder dan waartoe die bepaling verplicht. Het lijkt er wel bijna op dat de rechter elk differentiatiecriterium verdacht vindt om het vervolgens te toetsen op de aanwezigheid van een rechtvaardigingsgrond. Het voeren van beleid op basis van sociaal-politieke keuzes kan daardoor ernstig worden bemoeilijkt. De beleidsruimte van de wetgever dreigt zo te worden ingeperkt, althans beleidskeuzes – in de vorm van differentiatiecriteria – worden iedere keer discutabel. Botst hier niet, zoals Van den Berg het uitdrukte, de rechtsstaatgedachte op het gegeven dat de staat ook economische risicogemeenschap is, waarvoor de politieke gemeenschap verantwoordelijk is?

Een belangrijke oorzaak van de moeilijkheden wordt gevormd door de inrichting van ons arbeidsbestel. Het kostwinnersbeginsel is diep in dat bestel geworteld. Dat betekent dat ook onze sociale zekerheidsregelingen daarvan doortrokken zijn. Het beginsel van gelijke behandeling van mannen en vrouwen raakt als gevolg daarvan gauw in de knel. Dat deze dingen nu zichtbaar worden, moet voor een niet onbelangrijk deel worden toegeschreven aan het feit dat de participatie van vrouwen aan het arbeidsproces relatief snel toeneemt. Vergeleken met menig Europees land zijn wij onze achterstand aan het inhalen. Het is dan ook geen wonder dat wij zoveel 'last' hebben van de internationaalrechtelijk vastgelegde gelijke behandelingsnorm. Het feit dat ons land de termijn die voor aanpassing is gegeven, bijna nooit haalt, is een teken, zo niet een bewijs van de aard en omvang van de tournure die wij op dit terrein moeten maken.

Een andere 'handicap' is het relatief hoge beschermingsniveau dat onze sociale zekerheid biedt. Dat houdt opnieuw direct verband met het kostwinnersbeginsel dat op zijn beurt weer samenhangt met het in ons land bestaande arbeidspatroon, waarin de man werkt en zorgt voor het gezinsinkomen. We staan voor het dilemma dat tegemoetkomen aan het gelijkheidsbeginsel door aan vrouwen dezelfde rechten toe te kennen als aan mannen zulke hoge kosten met zich meebrengt dat dat uit nationaal-economisch oogpunt onverantwoord wordt geacht.

Ook de opbouw van ons stelsel levert ons problemen op. Het systeem van volksverzekeringen tegen bv. arbeidsongeschiktheid maakt de band met arbeid losser, terwijl die band tot het wezenskenmerk van de sociale zekerheidsregelingen behoort: de sociale uitkeringen dienen ter compensatie van inkomen dat met arbeid werd of zou kunnen worden verdiend en welk inkomen (geheel of gedeeltelijk) verloren is gegaan.

De hamvraag is of wij een nationaal stelsel van sociale zekerheid kunnen handhaven zonder telkens weer op te botsen tegen regelingen waaraan wij ons internationaal hebben gebonden en die ons keer op keer dwingen om ons stelsel aan te passen. De rechter, zowel de internationale als de nationale, staat steeds klaar om de wetgeving, ook de nieuwe, te toetsen op haar 'internationaalrechtelijke

bestendigheid'. Hoewel men zijn bedenkingen kan hebben bij de vergaande macht van de rechter – deze kan de samenleving 'op kosten jagen' zonder daarvoor verantwoordelijkheid te dragen en zonder de financieel-economische gevolgen daarvan te (kunnen) overzien – de toetsingsbevoegdheid is een gegeven. Dat wil echter geenszins zeggen dat de staat, de politieke gemeenschap, haar souvereiniteit zou hebben prijsgegeven. Het is de verantwoordelijkheid van de politiek om binnen de gestelde termijnen met passende wetgeving te komen. Europese eenwording heeft nu eenmaal haar prijs.

Blijft zij in gebreke dan weet zij ook wat – juridisch en vervolgens financieel – de gevolgen daarvan kunnen zijn. Zij laat het dan aan anderen over om concreet invulling te geven aan verplichtingen die zij mede in internationaal verband op zich heeft genomen. Conform de rechtspraak van het Hof van Justitie van Luxemburg kan de benadeelde aanspraak maken op dezelfde prestaties als de overige rechthebbenden. Houdt de wetgever tempo dan behoudt hij een grote mate van souvereiniteit. Op sociaal-politieke gronden mag en kan hij differentiëren naar situaties waarin aanspraak op uitkering wordt toegekend, indien hij niet mensen die in dezelfde situatie verkeren, verschillend behandelt in strijd met de gelijke behandelingsnorm. Binnen die grenzen heeft de wetgever een eigen verantwoordelijkheid en bevoegdheid. De keuze voor de inrichting van het sociale zekerheidsstelsel is aan de politieke gemeenschap en moet dat ook blijven. De macht van de rechter is dan beperkt. Daarnaast zou het de rechter, gelet op zijn plaats in de samenleving, passen niet te ruim met zijn toetsingsbevoegdheid om te springen door te beseffen dat hij met zijn uitspraak, hoe rechtvaardig in het individuele geval ook, niet verantwoordelijk is voor de politieke en financieel-economische gevolgen ervan.

5

Organisatie van de rechtspleging

J.M. Polak

Integratie van administratieve en gewone rechtspraak

1. Jan Leijten is van de aanvang af lid geweest van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie. Hij heeft dus de voorstellen van deze commissie die strekken tot integratie van de administratieve en gewone rechtspraak onderschreven. En hij zal dus ook wel instemmen met de voorstellen van de Regering op dit punt, want deze lopen voor een belangrijk deel parallel.

Die voorstellen zijn neergelegd in een notitie van 29 juni 1989 van de toenmalige Minister van Justitie, F. Korthals Altes. Na uitvoerig te zijn ingegaan op de voorstellen van de Staatscommissie en van de door haar ingestelde subcommissie sociale verzekeringsrechtspraak en arbeidsrechtspraak, alsmede op de adviezen die daarover zijn uitgebracht, concludeert de Minister in punt 3.2.5.1.:

Ik acht de argumentatie die de Staatscommissie heeft gegeven om te komen tot een integratie van de huidige verbrokkelde administratieve rechtspraak in eerste aanleg in één gerecht, dat ook met de overige rechtspraak in eerste aanleg is belast, overtuigend. Het is welhaast evident, dat eenheid in de administratieve rechtspraak van groot belang is voor de kwaliteit en de verdere ontwikkeling van deze tak van rechtspraak.

Men moet zich overigens van deze integratie geen wonderen voorstellen. Integratie komt in soorten en maten voor. Even verderop relativeert de bewindsman als volgt:

Met de subcommissie en de Staatscommissie meen ik, dat een integratie waarin de drie door de subcommissie onderkende aspecten, te weten het organisatorische, het personele en het processuele aspect, volledig samengaan, vanwege de moeilijkheden die het laatstgenoemde aspect in de relatie civiele en administratieve rechtspraak oplevert, onmogelijk is. Ik acht een dergelijke vergaande vorm van integratie ook onwenselijk, omdat daardoor de eigen aard van het bestuursrecht en het bestuursprocesrecht verloren zou kunnen gaan. Dit zou onvermijdelijk ten koste gaan van de eigenstandige ontwikkeling van het bestuursrecht, een ontwikkeling die nog in volle gang is. Een integratie echter waarin zowel het organisatorische als het personele aspect is betrokken, heeft zoveel voordelen, dat een dergelijke integratie op korte termijn, zeker voor zover het de eerste instantie betreft, naar mijn mening wenselijk is.

Die wenselijkheid, onderschreven door Minister Hirsch Ballin, zal worden neergelegd in een – terwijl ik dit schrijf nog niet ingediend – voorstel van wet dat naast andere voorzieningen administratieve kamers bij de rechtbanken introduceert.

Die kamers zullen in eerste aanleg bestuursrechtelijke geschillen beslechten. Het hoger beroep zal voorlopig bij gespecialiseerde colleges als de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep worden ondergebracht (c.q. behouden blijven). Later zal de integratie ook tot het hoger beroep worden uitgebreid. De gerechtshoven zullen daarmee worden belast. Maar dan zijn we al in verdere fasen van het proces van de herziening.

2. De Staatscommissie is in 1976 ingesteld. Kort tevoren had Leijten over de positie van de rechterlijke macht in de samenleving geschreven. In dit voor de Nederlandse Juristen Vereniging in 1975 uitgebrachte preadvies wordt ook iets over integratie gezegd. Het betreffende betoog dat de integratie tegenover de begrippen concentratie en specialisatie stelt, is echter geheel op de integratie binnen de gewone rechtspraak – en met name op de integratie van de kantongerechten en rechtbanken – gericht. De integratie van administratieve rechtspraak en gewone rechtspraak wordt buiten behandeling gelaten. Er wordt volstaan met verwijzing naar de publikaties van De Leede en A. Blom, die beiden voor integratie pleiten (pag. 136).

3. Er is sinds 1975 veel veranderd. Om een verantwoord oordeel te kunnen vellen over de voorgenomen integratie van gewone en administratieve rechtspraak moet met de ontwikkelingen in die 15 jaar rekening worden gehouden. Betwijfeld moet worden of dat – zowel door de Staatscommissie als later door de Ministers Korthals Altes en Hirsch Ballin – in voldoende mate is geschied.

Die ontwikkelingen betreffen in de eerste plaats de rechtspraak in het algemeen. Daarover eerst enkele opmerkingen (4–8). Vervolgens wil ik iets zeggen over ontwikkelingen binnen het bestuursrecht en de administratieve rechtspraak (9). Ik poog daarna mijn oordeel en conclusies samen te vatten (10).

4. In de notitie van 29 juni 1989 wordt erkend dat in de loop der jaren verschuivingen in de problemen rond rechtspraak en rechterlijke organisatie zijn opgetreden. In de paragraaf die gewijd is aan de geschiedenis en de taak van de Staatscommissie (1.2.1.) wordt de jarenlange discussie over de organisatie van de rechtspleging en het functioneren van de rechter als volgt samengevat en getypeerd:

Een discussie die aanvankelijk, in de jaren zestig, haar oorsprong vond in het streven naar maatschappelijke vernieuwing, waarbij het functioneren van nagenoeg alle gevestigde instellingen aan de orde werd gesteld. Dit element werd in de jaren zeventig, mede als gevolg van een veranderd optreden van de rechterlijke macht, in de aandacht meer en meer verdrongen door de sterk toenemende werklast van de rechterlijke macht en het daarmee samenhangende besef dat de organisatie van de gewone en de administratieve rechtspraak in Nederland meer in het algemeen zou moeten worden aangepast aan de ontwikkelingen van de maatschappelijke taak en functie van de rechtspleging.

Ik denk dat deze typering nog kan worden verfijnd. Het gaat niet om twee, maar om drie beklemtoningen. Na de kritische zestiger jaren met de nadruk en de kritiek op het functioneren van de rechter in de samenleving, ging in de zeventiger jaren

de aandacht vooral uit naar overzichtelijkheid, doelmatigheid en kwaliteit. Door onder meer integratie zou aan die eisen tegemoetgekomen kunnen worden. De derde periode, gemakshalve in de tachtiger jaren te situeren, wordt gekenmerkt door de noodzaak de toenemende werklast te verminderen en tegelijk geen extra beroep op de overheidsfinanciën te doen, c.q. te bezuinigen. Met name Minister Korthals Altes heeft in zijn ambtsperiode (1982–1989) geprobeerd tussen die tegenstrijdige verlangens compromissen te vinden.

5. De integratie zoals die in de zeventiger jaren werd beleden en door de Staatscommissie werd gecanoniseerd, heeft aan betekenis ingeboet. In de eerste plaats blijkt de overzichtelijkheid vooral academische waarde te hebben. Het is zoals A. Mulder het aan het slot van zijn knappe overzichtsartikel in NJB 1989, pag. 1080 formuleerde. Is het huidige stelsel ingewikkeld? 'Ja, voor de docent die in abstracto een uiteenzetting voor studenten moet geven. De burger krijgt nu al in veel gevallen en, nadat de Algemene wet bestuursrecht het Staatsblad zal hebben bereikt, in alle gevallen een mededeling bij welke instantie en binnen welke termijn hij tegen een hem onwelgevallige beschikking een bezwaarschrift kan indienen. Elke beslissing op bezwaarschrift moet de mededeling bevatten hoe, wanneer en bij welke rechter beroep kan worden ingesteld. De burger die niet weet dat hij aanspraak kan maken op huursubsidie, studiefinanciering of welke uitkering ook, zal niets hebben aan de wetenschap dat er één gerecht is dat zijn beroep kan behandelen. De burger die wel tijdig een aanvrage indient, kan zich daarna in de bevoegde rechter niet vergissen. Wie weet wat hij moet vragen, ziet ook het recht wel dagen'.

Voorts moet worden vastgesteld dat de laatste tijd zich mogelijkheden aandienen die, zeker als ze in combinatie worden aangewend, minder rigoureus en dus aanvaardbaarder zijn dan organisatorische integraties. Het zijn er drie: samenwerking, uitbreiding en specialicatie. Daarover het volgende.

6. In december 1989 hebben Jan Leijten en ik namens de redactie van het NJB een Speciaal uitgebracht, dat gewijd is aan de samenwerking tussen rechters en rechterlijke colleges. Zowel uit de bijdragen van de door ons aangezochte auteurs als uit de reakties blijkt dat alom het belang van samenwerking wordt ingezien. De – ouderwetse – schroom om contact met andere rechters te zoeken en tot beleidsafspraken te komen, is aan het verdwijnen. De vrees dat de rechterlijke onafhankelijkheid in gevaar komt, is ongegrond.

Deze ontwikkeling heeft ook gevolgen voor de discussie over de herziening en integratie van de rechterlijke organisatie. Als men de nadruk legt op de verbetering van de kwaliteit en de eenheid van de rechtspraak en vooral daarin de hoofdargumenten voor de reorganisatie ziet, zal moeten worden nagegaan of langs de wegen van vrijwillige samenwerking die verbeteringen ook kunnen worden bereikt. Wie meer bekommerd is over achterstanden in de afdoening van zaken, zal dienen te onderzoeken wat de samenwerking kan bijdragen tot de oplossing van die problemen.

Het spreekt vanzelf – maar het behoeft in de onderhavige discussie helaas nog speciale vermelding – dat vrijwillige samenwerking de voorkeur verdient boven door de wetgever opgedrongen reorganisaties. Alleen als die vrijwillige samen-

werking niet slaagt, mag tot die verdergaande maatregelen worden overgegaan. Enig onderzoek naar en bevordering van die samenwerking hebben echter nog amper plaatsgevonden. Om het in termen van wetgevingsbeleid en met toepassing van de Aanwijzingen inzake terughoudendheid met regelgeving te zeggen: in een beleid van deregulering dient pas tot overheidsregulering te worden overgegaan als niet met zelfregulering kan worden volstaan.

7. Als remedie tegen de overbelasting mag uitbreiding van het personeel van de rechterlijke macht maar mondjesmaat worden aanbevolen. Toch dient men zich af te vragen of wij niet wat al te krenterig met rechtspraak en rechtshulp omgaan. En als we dan bedenken – in berekenen, hoewel dat veelvuldig gebeurt, geloof ik niet erg – hoe hoog de kosten van de herziening zullen oplopen, dan mag men met recht en reden de vraag opwerpen of we met extra personele voorzieningen niet veel beter uit zijn.

Het personele aspect levert overigens een minder somber beeld op dan bij oppervlakkige beschouwing lijkt. Met de in ons land te berechten geschillen zijn veel meer mensen bezig dan uit de overzichten van aantallen namen van beroepsrechters zou kunnen worden opgemaakt. Een van de positieve kanten van de bestaande verscheidenheid aan rechterlijke colleges is dat al die colleges in de loop der jaren zich hebben weten te voorzien van de hulp en bijstand van vele plaatsvervangers. Mevrouw A.C. van den Blink heeft in 1986 als toenmalige voorzitter van de Nederlandse Juristen Vereniging speciaal op de voordelen van rechtersplaatsvervangers gewezen (NJB 1986, pag. 846). Voor andere plaatsvervangers in rechterlijke colleges geldt hetzelfde. Als aan het bestaan van al die bijzondere colleges een einde wordt gemaakt, zou wel eens kunnen blijken dat op veel minder buitenstaanders een beroep kan worden gedaan. Noch de kwaliteit van de rechtspraak, noch de tijdige afdoening zouden daar wel bij varen.

8. Steeds als de rechtspraak en de rechterlijke organisatie ter discussie worden gesteld, komt de specialisatie ter sprake. Ook Leijten gaat er in zijn preadvies en tijdens de beraadslaging over de preadviezen niet aan voorbij. Uit het verslag van de vergadering in Roermond neem ik het een en ander over (Handelingen 1975 NJV, deel 2, pag. 88). 'Ik ben van een strak doorgevoerde specialisatie, aldus, dat elke rechter een beperkt domein van een beperkte afdeling van het recht voor zijn rekening neemt, een regelrechte tegenstander. ... Maar ik denk dat we ook hier realist moeten zijn. Nadat we ons goed ervan hebben vergewist, dat specialisatie ook verlies inhoudt, zouden we ons ervan moeten overtuigen, dat het zin heeft in onze verbrokkelde samenleving met haar verbrokkelde rechtsregelingen dáár specialistische rechtsbeoefeningen te laten fungeren, waar deze aan de navolgende eisen voldoen: 1. er wordt een aanmerkelijk terrein van de rechtswerkelijkheid door het specialisme bestreken; 2. dat terrein heeft een specifieke juridische moeilijkheidsgraad; 3. dat terrein heeft bovendien een moeilijkheidsgehalte dat te wijten is of te danken is aan zijn maatschappelijke verschijningsvorm'.

Dit beroep op de realiteit spreekt aan. Ik denk dat het in de verstreken 15 jaar nog aan kracht heeft gewonnen. Vooral de overbelasting en de noodzaak geen grote achterstanden te laten ontstaan, dwingen ertoe ook daar aan specialisaties ruimte te bieden waar gevreesd moet worden dat spreiding over 62 kantongerech-

ten, 19 rechtbanken en 5 gerechtshoven, in plaats van concentratie bij één of enkele van die soort, onnodig veel tijd vergt. In een advies van 5 juli 1989 heeft de Raad van State een – op zichzelf niet indrukwekkend – voorbeeld gesignaleerd. Aan de orde was een voorstel van wet tot wijziging van de Visserijwet 1963 waarin de Kamer voor de Binnenvisserij wordt opgeheven. In de plaats van de toetsing vooraf van huurovereenkomsten door deze Kamer treedt de toetsing achteraf door de kantonrechter. 'Hoewel erkend kan worden – aldus het advies – dat de procedure voor de kantonrechter op procedures bij andere rechters voor heeft dat zij eenvoudig en niet kostbaar is, wordt naar het oordeel van de Raad over het hoofd gezien dat een spreiding over 62 kantongerechten bezwaarlijk is. Juist omdat verwacht mag worden dat maar weinig procedures zullen worden gevoerd, wordt de kans gemist een zekere ervaring en deskundigheid op te doen en zal, als bij uitzondering een zaak wordt aangebracht, onevenredig veel tijd daaraan besteed moeten worden. Daarom geeft de Raad in overweging een concentratie van rechtspraak bij één college te bewerkstelligen. Zou die weg, die al eerder in geval van uitzonderlijke procedures door de wetgever is gevolgd, worden ingeslagen, dan zou gedacht kunnen worden aan een opdracht aan de kantonrechter te 's-Gravenhage'. De suggestie is niet gevolgd (zie Tweede Kamer, vergaderjaar 1989–1990, 21436 B).

Daargelaten hoe over de competentie in de Visserijwet moet worden gedacht, lijkt het aangewezen de mogelijkheden van concentraties bij bepaalde rechterlijke colleges telkens te onderzoeken en niet blindelings de spreiding die aan de organisatie van de gewone rechterlijke macht ten grondslag ligt, te aanvaarden. De notitie van 29 juni 1989 geeft er geen blijk van voor dit aspect oog te hebben. Zij volstaat met de constatering dat in de loop der tijd zowel binnen de gerechten een aantal specialisaties is ontstaan (zoals de kinderrechter, de politierechter en de economische rechter) als ook tussen de gerechten (genoemd worden de pachtkamer bij het gerechtshof te Arnhem en de kamer voor het kwekersrecht bij het gerechtshof te 's-Gravenhage). De fixatie op de integratie heeft niet alleen de weerzin tegen de verscheidenheid van rechtsgangen gevoed, maar ook het zicht op deze nieuwe mogelijkheden ontnomen. In dat opzicht moge degenen die met de herziening van de rechterlijke organisatie zijn belast lezing van de bijdrage van de Haagse advocaat P.J.M. von Schmidt auf Altenstadt in de Maris-bundel van 1989 worden aanbevolen. Gepleit wordt voor 'organisatorische specialisatie'. Hem staat voor ogen een stelsel waarin ieder gerechtshof bij uitsluiting een aantal, zo mogelijk verband houdende, deelgebieden van het recht beheerst. 'Zo krijgt men bijvoorbeeld één Hof voor industriële eigendom, één Hof voor administratieve rechtspraak, één Hof voor collectief en individueel arbeidsrecht, één Hof voor het verzekeringsrecht, etc.' (De Hoge Raad op de helling, pag. 71).

9. Betreffen de voorgaande overwegingen de rechtspraak in het algemeen, er is over de administratieve rechtspraak ook een eigen verhaal te schrijven. Het is voor een verantwoorde beoordeling van de integratievoorstellen nodig – uiteraard beknopt vanwege de door de redactie aan de omvang gestelde beperkingen – te schetsen wat er sinds 1975 is gebeurd. Noch het rapport van de Staatscommissie, noch de notitie van 1989 geven er blijk van met die ontwikkelingen rekening te hebben gehouden. En ook Minister Hirsch Ballin, hoewel bij uitstek deskundig

juist op het terrein van het materiële en processuele bestuursrecht, besteedt aan de eigen aard daarvan geen aandacht.

In de verstreken 15 jaar is die eigen aard – waarover ook in het ministeriële citaat sub 1 wordt gesproken – duidelijk naar voren gekomen. Nadat het bestuursrecht – destijds meestal administratief recht genoemd – decennia lang een betrekkelijk onbelangrijke plaats in de rechtspraktijk en de rechtswetenschap had ingenomen – om van het bestuursprocesrecht maar helemaal niet te spreken – is vooral dankzij de op 1 juli 1976 in werking getreden Wet administratieve overheidsbeschikkingen en de start op die datum van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State het beeld radicaal gewijzigd. Niet alleen was al gauw de rechtsbescherming die door Wet en Afdeling kon worden geboden, door de praktijk ontdekt, ook de wetenschap is in sterke mate daardoor gestimuleerd. Meer dan op enig ander rechtsgebied bleek een vruchtbare samenwerking tussen beide mogelijk. Wij danken daaraan de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur en het inzicht dat codificatie en uniformiteit van bestuursrecht en bestuursprocesrecht tot de mogelijkheden behoren. In de Algemene wet bestuursrecht, waarvan het eerste wetsvoorstel bij de Tweede Kamer aanhangig is gemaakt, is daaraan uiting gegeven.

Er is nog meer komen vast te staan. Was voordien het bestuursrecht ondergeschikt aan het privaatrecht, thans is wel duidelijk dat van een primaat van het privaatrecht geen sprake is en dat beide op essentiële punten van elkaar verschillen. Niet alleen kent het bestuursrecht eigen begrippen (besluit, beschikking, belanghebbende), de relatie tussen de partijen waarbij steeds een overheidsorgaan aanwezig is, wijkt ook fundamenteel af van die in het privaatrecht. In het fraaie jubileumboek dat J. van der Hoeven heeft geschreven ter gelegenheid van het 50-jarig bestaan van de Vereniging voor Administratief Recht wordt dit overtuigend aangetoond (De drie dimensies van het bestuursrecht: ontstaan en vorming van het Nederlandse algemene bestuursrecht, 1989).

Moet een dergelijke ontwikkeling, die in het algemeen waardering ondervindt en die eigenlijk alleen maar op het voor de gehele rechtspraak geldende punt van de overbelasting en achterstanden bij de afdoening van zaken bekritiseerd wordt, ingrijpend worden gewijzigd? Juristen zijn nogal eens geneigd in termen van bewijslastverdeling te spreken. Zo gezien hebben de voorstanders van de integratie van administratieve en gewone rechtspraak nog wel wat te doen. Want zij zullen niet alleen de voordelen van deze integratie beter moeten motiveren dan tot dusverre is geschied. Zij zullen ook in rekening moeten brengen de alternatieven die hierboven onder 6, 7 en 8 zijn besproken. Samenwerking is mogelijk en komt nu al voor. Kapteyn heeft dat in het NJB Speciaal beschreven. De verscheidenheid van rechtsgangen – in de literatuur aangevochten, zie R.J.G.M. Widdershoven, Gespecialiseerde rechtsgangen in het administratieve recht, 1989 – heeft het voordeel dat van de menskracht die voor rechtspraak nodig is, optimaal gebruik kan worden gemaakt. En de interne en externe specialisatie pleiten ervoor die verscheidenheid in stand te houden.

10. Al met al kan ik voor de herzieningsvoorstellen weinig enthousiasme opbrengen. Mijn bezwaren richten zich in deze bijdrage vooral op de integratie van de

administratieve en de gewone rechtspraak, maar zij gaan verder. Ik meen dat de voordelen van deze ingrijpende operatie het afleggen tegen de nadelen.

De lezer mag tegenwerpen dat ik als lid van de Raad van State en van de Afdeling rechtspraak niet onpartijdig ben. Hij mag ook aanvoeren dat van de zijde van de Raad bij herhaling is aangedrongen op een Arob-eerste instantie. Het lijkt in zoverre niet opportuun een ander standpunt te bepleiten. In het licht van het vorenstaande zouden overigens genoeg argumenten kunnen worden aangevoerd om de bestaande toestand te handhaven. De overbelasting die steeds als belangrijkste argument voor een eerste instantie is aangevoerd, kan door personele verruimingen genoegzaam worden bestreden. De wenselijkheid van specialisatie en de eigen aard van het bestuursrecht pleiten eerder voor behoud dan voor wijziging.

Mijn bedenkingen reiken over de eerste fase heen. Als uitvoering wordt gegeven aan het voorstel de rechtbanken als eerste instantie aan te wijzen, is daarmee nog niet gezegd dat verder moet worden gegaan met de organisatorische integratie. Integratie is geen toverwoord en wondermiddel. Beter ten halve gekeerd dan ten hele gedwaald.

Beste Jan,

Wat hierboven is uiteengezet, zal jouw instemming wel niet hebben. Hoewel je best bereid bent eigen standpunten te herzien en je niet vastgebakken zit aan de rapporten van de Staatscommissie, weet ik uit onze gesprekken dat je in grote lijnen de herzieningsvoorstellen nog steeds onderschrijft. Ik weet overigens ook dat vraagstukken van organisatie je veel minder ter harte gaan dan inhoudelijke. Dat bewijzen alleen al je talrijke publikaties.

Je hebt met name veel geschreven over de rechterlijke macht en de rechterlijke functie. Dat heb je gemeen met Gerard Langemeijer aan wie je vorig jaar een heel persoonlijk en gevoelvol In memoriam hebt gewijd. Die geschriften en de spreekbeurten waarvoor jij meer dan anderen veelvuldig werd en wordt gevraagd, gaan bijna steeds over de vraagstukken die in het begin van de zeventiger jaren centraal stonden, voordat de discussie zich versmalde en vertechniseerde tot de onderwerpen die nu aan de orde zijn. In die inhoudelijke bijdragen kon je kwijt wat je onderscheidt van de meeste vakbroeders en -zusters: originaliteit, overtuigingskracht en persoonlijke betrokkenheid. Het is goed dat in deze bundel ook die inhoudelijke onderwerpen aan bod komen.

Twee herinneringen om dit te onderstrepen en te verduidelijken. In het begin van de zeventiger jaren hebben wij een avond in Amsterdam voor een juridisch dispuut de degens gekruist over het pro en contra van de dissenting opinion. Jij was en bent, zoals ook blijkt uit enkele publikaties van jouw hand, een overtuigd voorstander. Kijk, dat is nu een onderwerp dat het wezen van de rechtspraak raakt. In 1987 heb je op een studiedag die mij werd aangeboden, gesproken over de droom der gerechtigheid. Een indrukwekkend betoog dat je hield in de plaats van een toelichting op stellingen die grotendeels de organisatie van de rechtspraak betroffen.

Je hebt bij die gelegenheid vastgesteld dat wij nogal eens van mening verschilden. Wij waren en zijn het erover eens dat dat onze goede vriendschap in genen

dele in de weg staat. Mag ik tenslotte, zoals zo vaak in onze contacten, voor het onderwerp dat mij is toebedeeld, een compromis voorstellen. Ook al mag dan sympathie bestaan voor de herzieningsvoorstellen in al dan niet geamendeerde vorm, we moeten ons realiseren dat voor goede rechtspraak meer nodig is. Dat meerdere is belangrijker dan de organisatie. We moeten oppassen dat we dat niet in gevaar brengen door de komende discussies over de herziening.

Gouda/Rotterdam, 15 augustus 1990

Aan de heer prof. mr. J.C.M. Leijten
te Nijmegen.

betreft: *alleen integratie van administratieve rechtspleging of juist meer?*

Amice,

Feestbundels zijn ondingen. Voor de initiatiefnemers, voor de schrijvers, soms ook voor de begunstigde. Welke thematische opzet de initiatiefnemers ook proberen, het lukt nooit goed. Ze moeten altijd ook schrijvers vragen die met de begunstigde veel, maar met het thema geen affiniteit hebben. De schrijvers voelen zich, als ze gevraagd worden, verplicht om mee te doen, ze weten echter slechts enkele lezers te zullen hebben. Al doen Gokkel en Data Juridica nog zoveel moeite om bundels toegankelijk te maken, opstellen erin hebben een minimale kans om tot de thesaurus van de rechtswetenschap door te dringen, laat staan dat ze geciteerd zullen worden. Of de begunstigde het altijd even prettig vindt dat veel mensen wegens hem of haar geschreven hebben, valt te betwijfelen, en naar ik vermoed ook in jouw geval.

Waarom doen we het dan toch, de initiatiefnemers, de schrijvers? Ik weet het niet. Misschien omdat het een ritueel is in de juristencultuur, waarvan de betekenis zich verbergt in de geschiedenis? Misschien zijn we wars van ongebruikelijke betuigingen. Misschien weten we niets anders te verzinnen? Misschien is het een rituele plicht: als je iemand waardeert en je verzorgt niet eens een bundel voor hem of haar, nou dan... Ach ja, misschien is het wel van alle redenen een beetje en is het ondanks alles toch aardig. In elk geval is het niet alleen een Nederlands fenomeen. De Duitsers kunnen er ook wat van! En toch, hoe verdiend, aardig en gebruikelijk ook, het zou een weldaad zijn voor bibliotheek, wetenschap en schrijver indien feest- en jubileumbundels zouden worden vervangen door waanzinnig grote geurende bloemboeketten voor de begunstigde; die kan dan volstaan met kijken en ruiken, lezen hoeft niet, dat moet toch al zoveel.

Toen Jan Remmelink me erover belde zei ik vanzelfsprekend ja. Maar om de een of andere reden lukte het me niet. Ik heb alle termijnen overschreden en mevrouw mr. Schaafsma-Beversluis raakte blijkens haar laatste maanbrief uitermate ontmoedigd. Vorm en inhoud zaten me dwars, mijn weerzin tegen bundels evenzo. Totdat ik door een van mijn liefste vriendinnen, jou goed bekend, je mag raden wie, op het spoor werd gezet: schrijf hem een brief, dat is persoonlijker en zal hem bevallen.

Onderwerp

In de hoop dat zij je goed ingeschat heeft, bied ik je hierbij wat bespiegelingen aan over de integratie van de administratieve rechtspleging en meer. Ik kies dat

onderwerp omdat het mij interesseert, wetende dat jij, ofschoon hartstochtelijk belangstellend in de rechterlijke reorganisatie als zodanig, voor de administratieve rechtspraak niet zo veel interesse hebt. Dit laatste heb ik altijd wat betreurd. De administratieve rechtspraak is van het begin af aan de meest "humane" rechtspraakvorm geweest, de minst formele, de meest in direct contact met de partijen staande rechtspraak ook en voorts een rechtspraak die het met een minimum aan wettelijke regels van procesrecht af kon. Legislatief is bijvoorbeeld de arob-rechtspraak in die zin een pronkstuk dat het met minder dan 50 procesrechtelijke wetsartikelen kan volstaan. De rechtsbijstand is daar nooit tot grote bloei gekomen omdat die in veel gevallen niet erg nodig was. Het afzien van verplichte vertegenwoordiging werd in het begin van deze eeuw door de wetgever bij de invoering van de Beroepswet gemotiveerd met de slogan: "de rechter zij de beste raadsman van den arbeider". En ik durf zonder meer te stellen dat de administratieve rechters bij ons in Nederland de beste raadslieden waren voor justitiabelen die het met een overheidsorgaan aan de stok hadden. Kom daar eens om bij rechtbank of hoge raad! Mijns inziens is voorts het administratieve procesrecht het meest moderne procesrecht, de justitiabelen begrijpen het, het heeft een hedendaags, mensmatelijk karakter. Al zijn de formalia verschillend per soort gerecht, de grondslagen zijn duidelijk, de hoofdlijnen overal dezelfde. Die rechtspraak gaat nu geïntegreerd worden in de gewone rechtspraak. En het administratief procesrecht zal moeten samensmelten met het burgerlijk procesrecht.

Het plan

In 1971 begon officieel het grote werk. De commissie-Wiersma werd ingesteld. In 1990 kwam er duidelijkheid over wat de politieke leiding van het justitie-apparaat nu definitief wil. Wat is dat zoal?

- 1 januari 1992 verdwijnen de raden van beroep en de ambtenarengerechten; in hun plaats gaan administratieve kamers bij de rechtbanken optreden met hoger beroep op de Centrale Raad van Beroep;
- 1 januari 1993 zullen de vreemdelingenzaken zijn opgedragen aan vijf rechtbanken met hoger beroep op een Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State;
- 1 januari 1993 zal de rechtsmacht inzake de Algemene Bijstandswet liggen bij de rechtbanken met hoger beroep op de Centrale Raad van Beroep;
- 1 januari 1993 is er arob-rechtspraak in twee instanties, eerste aanleg bij de rechtbank, appel bij een Afdeling Bestuursrechtspraak van de Raad van State; de Afdeling Rechtspraak is opgeheven en de Afdeling Geschillen doet niet meer aan rechtspraak;
- 1 januari 1993 is er een mogelijkheid tot cassatie in het belang der wet van uitspraken van administratieve kamers en gerechten door een gemeenschappelijke kamer van H.R. en administratieve rechters.

Tot zover de meer belangrijke organisatorische maatregelen. De minister wil die gepaard laten gaan met rechtsinhoudelijke regelgeving, zoals

- 1 januari 1993 treedt de Algemene Wet Bestuursrecht in werking;
- 1 januari 1993 treedt een uniform bestuursprocesrecht in werking, opgenomen

in de Algemene Wet Bestuursrecht, dat voor alle administratieve rechtspraak zal gelden;
- 1 januari 1998 integratie van de gehele administratieve rechtspraak;
- 1 januari 1998 herziening van de cassatieprocedure;
- 1 januari 1998 integratie van burgerlijk en administratief procesrecht.

(Voor een uitgebreider weergave kun je N.J.B.1990, pag. 1098–1099 raadplegen.)

Imponerend

Wie dit plan niet imponerend vindt mag het zeggen. De nieuwe organisatie is er een voor de volgende eeuw. De kinderziekten zullen zich nog in deze eeuw voordoen, maar daarna zal de organisatie het tot ver in de 21e eeuw moeten uithouden, althans: ceteris paribus, maar ja, de overige omstandigheden blijven allicht niet dezelfde. Het blijft een vervreemdende gedachte dat wij nu iets zitten te verzinnen waarmede ook de achterkleinkinderen van deze generatie het zullen moeten doen. We zijn regelaars ver over onze levensgrens heen. Het geeft toch eigenlijk geen pas!

In de twintig voorbije jaren is er veel gedacht, veel geschreven, veel gerapporteerd. Grotendeels in dezelfde lijn: integratie. Het nut en de noodzaak van de integratie zijn met alleen abstracte argumentaties onderbouwd. Overbelasting van de rechters, ingewikkeldheid voor de justitiabelen, behoefte aan rechtseenheid, kostbaarheid van de organisatie, gebrek aan efficiency, onbeheersbaarheid van de organisatie. Dat dit allemaal nadelen zouden zijn, is onbewezen. Of de nadelen zich daadwerkelijk als zodanig voordoen staat empirisch evenmin vast. Dat de nadelen door de nieuwe organisatie zullen worden verminderd, is wel de hoop maar niet de zekerheid. Er zal veel geld nodig zijn voor het op poten zetten van de apparaten, voor nieuwe gebouwen, nieuwe kantoren, andersoortig ondersteunend personeel. Het ziet niet ernaar uit dat daarvoor de komende jaren extra geld aan de justitie-begroting zal worden toegevoegd. Dus zal het geld binnen die begroting moeten worden gevonden. Andere beleidsonderdelen zullen veren, flinke veren moeten laten. Dit kon wel eens een zware hindernis voor de operatie worden. Temeer omdat wel vaststaat dat eventuele terugverdieneffecten pas op lange termijn zullen optreden.

Niettemin is hier, alle geldelijke en andere scepsis ten spijt, sprake van een boeiend ontwerp. De esthetische schoonheid ervan spreekt me aan. Het is een integraal concept dat in een grote manoeuvre de verkrotting in de administratief-rechterlijke organisatie opruimt. Het doet me een beetje denken aan de stervormige reconstructie van Parijs in de vorige eeuw onder leiding van George Eugene Hausmann (1809–1891), een van de Franse staatsambtenaren die wereldberoemd zijn geworden. Wie wordt de judiciële Hausmann bij ons?

Het perspectief

Het discours van twee decennia ging niet vergezeld van daden. Er is in die twintig jaar op het gebied van de administratieve rechtspraak vrijwel niets aan reconstruc-

tie gedaan. De vervanging van de wet-B.A.B. door de wet-A.R.O.B. was een perfectionering en uitbreiding, maar mondde niet uit in een reorganisatie van de administratieve rechtspraak, het kwam erbij, het trad niet in de plaats van. De gedachte dat de algemene administratieve rechtspraak van de wet-A.R.O.B. de oprichting van nieuwe administratiefrechterlijke colleges overbodig zou maken, bleek vals. Er werden integendeel allerlei nieuwe bijzondere administratieve rechters in het leven geroepen – het proefschrift van Widdershoven beschrijft dat fraai –, en zij compliceerden de bestaande organisatie aanzienlijk. Er was de evenzeer complicerende omzetting van kroonberoep in zelfstandige rechtspraak door de Afdeling voor de Geschillen van Bestuur van de Raad van State, overigens een hele mond vol voor een klein rechterlijk college dat net als de Afdeling Rechtspraak uitsluitend uit deeltijdrechters bestaat, omdat de gewone leden allemaal een groot deel van hun tijd moeten besteden aan het advies- en ander werk van de volle Raad van State. De in 1970 reeds constateerbare trends van complicering en multiplicering konden ongehinderd doorzetten.

Het klimaat voor een reorganisatie is in de twintig jaar ongetwijfeld gunstiger geworden. De geringe tegenstand uit de bestuursrechtelijke hoek is vrijwel uitgeput geraakt, zoals alle individuele tegenstand het uiteindelijk tegen de onpersoonlijke doorzettingskracht van ambtelijke apparaten aflegt. Maar zou het klimaat minder gunstig zijn geweest als er niet gedacht, geschreven en gerapporteerd was? Ik denk het niet, de chaotische feiten spreken nu eenmaal hun eigen normatieve taal. Het is allemaal al veel te laat.

Ik heb het vaak tegen mijn studenten gezegd: "ons administratief procesrecht is wat de grondslagen betreft uiterst fraai, onze administratiefrechterlijke organisatie een verwerpelijke chaos en het spijt me zeer dat ik jullie moet leren hoe je in de competenties de weg moet vinden; ik had liever over andere dingen gesproken, maar de onbekwaamheid van onze wetgevers om te denken in perspectieven dwingt me ertoe".

Zou de daadkracht er nu inderdaad wel zijn? De voornemens zijn verbaal krachtig genoeg, daar niet van. Maar is er ook echte handelingspotentie? Dat wordt voor een goed deel bepaald door de politieke en managementskwaliteiten van de bewindsman en de leidende ambtenaren. Over de minister heb ik niets te melden, die komt en gaat naargelang de politieke wind waait. Wat de wetgevingsambtenaren van Justitie betreft, ontegenzeggelijk behoren zij vanouds tot de meer bekwamen, maar in snelheid hebben zij nooit uitgeblonken. Wat dat betreft was het veertig jaar zwoegen aan het N.B.W. a bloody shame: daar is zoals zo vaak op het departement, het betere de absolute vijand van het goede geweest. Als de relatief perfectionistische attitude de overhand houdt is het uitzicht somber. Maar ook als snelheid van werken nu de overhand krijgt boven inhoudelijke volmaaktheid, blijft het een kwestie van wetgeven en daarbij is het parlement nu eenmaal betrokken. Gaat het parlement zich inhoudelijk met de reorganisatie bemoeien, dan krijgen ook kleine lobbies nieuwe kansen en gaan de zaken een onafzienbaar tijdpad op. Als het parlement eenzelfde desinteresse voor de materie zal tentoonspreiden als tot nu toe, kan de reorganisatiewetgeving wel gladjes verlopen. Maar dan nog zijn de faseringen kort gepland, er zal heel wat voor nodig zijn, veel inspanning en inventiviteit, om de dingen op de gestelde data rond te krijgen. En

dan heb ik het nog alleen maar over de integratie van de rechterlijke organisatie. Hoe moet het met de integratie van het procesrecht?

Rechtsplegingsrecht

De enige plek waar iets aan algemeen procesrecht wordt gedaan is de faculteit in Tilburg voorzover ik weet. Daar is een zwaar keuzevak opgezet, dat de intentie heeft aan te sluiten bij de harmoniseringstendensen in het procesrecht. Voor het overige zijn zowel de wetenschap als het onderwijs met betrekking tot de rechtspleging gecompartimenteerd. Er zijn vijf deeldisciplines, te weten civielprocesrecht, strafprocesrecht, administratief procesrecht, Europees procesrecht in verband met het Hof van Justitie der E.G., en internationaal procesrecht (onder meer in verband met het Europese Hof voor de rechten van de mens en het Mensenrechtencomité).

Elk der deeldisciplines bezit zijn eigen specialisten. Die bewaken hun terrein en intervenieren niet elders. Er zijn altijd mensen die zich zo'n specialisten-attitude niet wensen aan te meten, men vindt ze vaak onder rechters en advocaten. Jij behoort er ook toe, maar ook jij bent niet geverseerd in de details van elk der specialisaties. Van interne rechtvergelijking is weinig sprake. Begrippen die in elk der procesrechten een rol spelen zoals competentie, bewijs, getuigenis, hoger beroep, procesvertegenwoordiging, kracht van gewijsde, executie, om maar wat voorbeelden te noemen, vinden geen algemene behandeling. Specialisatie heeft zijn voordelen, is ook niet te vermijden, maar een overzichtelijke, geïntegreerde dogmatiek is niet van de grond gekomen, en er is ook nooit naar gestreefd. De situatie vertoont enige gelijkenis met die van het bestuursrecht een eeuw geleden. Toen bestond het bestuursrecht alleen uit bijzondere delen. Er was nauwelijks een notie van een algemeen bestuursrecht. Dat is in de loop van die eeuw anders geworden. Uit de bijzondere delen is een algemeen bestuursrecht ontstaan en dat heeft nu een voorlopige positiefrechtelijke neerslag gevonden in het voorstel van wet houdende algemene regels van bestuursrecht, de A.W.B. geheten. De vergelijking is minder vreemd dan sommigen misschien op het eerste gezicht zal voorkomen. Dogmatisch gezien, d.w.z. volgens oude c.q. verouderde disciplinaire indelingen, hoort het procesrecht voorzover dat op de overheidsrechtspraak betrekking heeft, tot het publiekrecht, al werd het altijd behandeld in het verband van het materiële recht. De rechtspleging is een service public, het rechtsplegingsrecht is dan misschien niet op te vatten als een bijzonder deel van het bestuursrecht, maar het is wel te zien als een zelfstandige tak van het publiekrecht, dat de voorwaarden regelt, waaronder een gespecialiseerd en zelfstandig overheidscomplex, de rechterlijke macht n.l., op verzoek bindende, op overheidsgezag stoelende beslissingen produceert.

De verkaveling van het procesrecht is mijns inziens een gevolg van de ontwikkelingslijn dat het procesrecht volgde op het organisatierecht: eerst kwam er een rechterlijk orgaan, daarna pas het voor die rechter geëigende procesrecht. Het procesrecht is als het ware organisatie-gevolgelijk. Dat is te illustreren aan de hand van het administratieve recht. Daar bestaat een chaotische hoeveelheid van procesrechten, voor elk rechterlijk orgaan is het weer anders, zelfs bij de Raad

van State zijn er drie soorten procesrecht, een voor de totstandbrenging van regeringsbeslissingen in de zgn. bestuursgeschillen, een voor de berechting van kroongeschillen, en een voor de procedures in arob-zaken. Ze verschillen vooral in de formele details; die zijn evenwel voor praktijkjuristen belangrijker dan de grondslagen.

Het is ook elders zo gegaan. Het procesrecht betrof steeds de wijze van procederen voor bijvoorbeeld het Hoog Militair Gerechtshof, voor de Hoge Raad, de Raden van Beroep. Het werd steeds toegesneden op het bepaalde rechterlijke orgaan. En de rechterlijke organen bouwden het ieder op eigen wijze via interpretatie en gewoontevorming uit, verfijnden het, detailleerden het, maar steeds wel op zodanige wijze dat de specifieke eisen voor en van dat rechterlijke orgaan het best werden gediend. Maar omdat de aard van de materie en de aard van het rechterlijke college niet altijd eenduidig in procesrecht te vertalen waren, er verschillende equivalente mogelijkheden bestonden, waaruit willekeurig kon worden gekozen, is er een verscheidenheid ontstaan, waarvan men zich mag afvragen of die nuttig en nodig is. Zelf heb ik ooit verdedigd dat de kenmerken van het administratieve procesrecht specifiek waren en dat de beginselen van dat procesrecht verschilden van het burgerlijk procesrecht, en daarvan ook moesten verschillen wegens de andersoortigheid van de rechtsbetrekkingen die werden beoordeeld. Ik huldig dat standpunt in sterk verminderde mate, omdat het administratief procesrecht in de praktijk meer is gaan lijken op het civiele procesrecht en omgekeerd het burgerlijk procesrecht door de versterkte rol van de processuele billijkheid meer is gaan neigen in de richting van het administratief procesrecht. Voorts zien we dat het strafprocesrecht en het administratief procesrecht zich met elkaar gaan vermengen in de administratiefrechtelijke afdoening van verkeersovertredingen.

Conclusies?

Ik trek uit het voorgaande enkele conclusies, tentatieve conclusies zoals ik dat voorzichtigheidshalve misschien beter kan noemen.

Allereerst lijkt het mij duidelijk dat vanuit de wetenschap niet zo veel bouwstenen te leveren zijn voor de integratie van procesrecht; het procesrecht is organisatie-gevolgelijk en dat betekent dat men bij die integratie alles opnieuw kan doordenken en opnieuw vorm kan geven. Als het een onderhandelingscompromis tussen diverse belangen wordt, krijgen we gegarandeerd een ziek resultaat. Dus moet je in de eerste fase vooral geen specialisten aan het werk zetten, maar generalisten; in een vervolgfase kunnen de specialisten dan hun licht laten schijnen over de eventuele onmogelijkheden.

In de tweede plaats lijkt mij dat de beleidscircuits de integratieproblematiek niet breed genoeg hebben gedefinieerd. Als je niet rekening ermede houdt dat het strafrecht deels aan het verschuiven is naar het civielrecht en dat juist in het civielrecht nieuwe vergeldingsgedachten beginnen door te dringen, als je niet wenst te zien dat het verschil tussen het bestuurlijk en strafrechtelijk sanctierecht louter historisch en nauwelijks materieel te verklaren is behalve wat een aantal traditionele delicten betreft, als je intellectueel probeert te verwerken dat strafrechthandhaving deels naar het bestuursrecht verschuift en omgekeerd, dan dien je de inte-

gratieproblematiek te herdefiniëren. Dan gaat het om integratie van civiel, bestuurlijk en strafprocesrecht.

Suggestie

'1. Elk geding vangt aan met een schriftelijk stuk dat de agerende partij doet toekomen aan de bevoegde rechter en de wederpartij.

2. In dat stuk laat de agerende partij de rechter en de wederpartij weten om welke redenen hij de rechter benadert en welke uitspraak hij van de rechter verlangt.

3. De verantwoordelijkheid dat het stuk de rechter en de tegenpartij bereikt, rust op de agerende partij.'

Deze bepaling zou het eerste artikel kunnen zijn van een algemeen wetboek van procesrecht, geldend voor het straf-, civiel en administratief proces gezamenlijk.

Kan zo'n bepaling wel?

Neen, zo'n bepaling kan niet, zal menigeen na kort nadenken zeggen. De een zal dat motiveren met de overweging dat het O.M. moeilijk al in de dagvaarding kan aangeven welke straf er aan de rechter zal worden gevraagd ten aanzien van de verdachte; dat kan pas na de behandeling ter zitting. Een ander zal stellen dat je een kort geding ook zonder schriftelijk stuk moet kunnen inzetten. En een derde zal menen dat juist in het administratief proces het de rechter is die het klaagschrift naar de wederpartij zendt . Zo zullen er tegen elk voorstel om een algemene procesbepaling te ontwerpen bezwaren, en niet alleen detailtechnische bezwaren, uit elk der drie bestaande procesrechten, kunnen worden ontwikkeld. De juridische creativiteit draait immer op volle toeren als er tegen nieuwe ideeën kan worden geopponeerd, want het bestaande bezit nu eenmaal de schijn van grotere deugdelijkheid dan het nieuwe en die schijn, of beter gezegd dat vermoeden wordt onderbouwd met het argument dat het bestaande in elk geval beproefd is, dat men weet wat men heeft en nog maar moet afwachten of het nieuwe ook verbetering zal zijn.

Deze integratie-suggestie is dus niet haalbaar als je op de specialisten afgaat. Als je op generalisten zou mikken misschien wel. Voor het beoordelen van innovatie-suggesties heb je afstandelijken nodig. Het is net als in het bedrijfsleven: als men geen buitenstaanders erbij haalt, ziet geen bedrijf kans om zich te vernieuwen. De blindheid der betrokkenheid, kan men dat noemen.

Strafprocesrecht

Dit is een van je sterkste interesses en alleen daarom al zou ik er iets over moeten schrijven. Maar ik heb geen leuke dingen te melden.

Ik moet voorop stellen – anders zou je me misschien verkeerd verstaan – dat ik geen abolitionisme wil prediken. Ik ben volstrekt overtuigd van nut en noodzaak van overheidssancties. Het is alleen met die overheidssancties zo'n rotzooitje

geworden. Het strafrecht leeft bij zijn beoefenaars nog altijd als 'het' sanctierecht, maar dat is het allang niet meer. Vanuit die werkelijkheidsconstatering het volgende.

Het strafprocesrecht kenmerkt zich door meer formaliteiten en het laat meer formeel-processuele eisen zien dan de andere procesrechten, ook voorzover daar sancties het geschil vormen. Voor een deel zijn die strengere eisen een gevolg van de wens om verdachten te beschermen. Daarbij ging men ooit uit van een bepaald persoonlijkheidsbeeld van 'de verdachte', dat allang niet meer spoort met de werkelijke persoonlijkheden van verdachten, althans bij een groot aantal delicten, zoals op het gebied van de belastingfraude, milieu-, beleggings- en computercriminaliteit. Voor een ander deel zijn de strengere eisen weinig meer dan obscure overblijfselen van de sterk formele cultuur van de vorige eeuw.

Het is voor mij een vraag waarom er een afzonderlijk strafprocesrecht wordt gehandhaaafd naast het civiele en vooral naast het bestuursprocesrecht. Ik begrijp allicht dat straftoemeting wat andere eisen aan het rechterlijk werk en aan de procesposities stelt dan de andere rechtsbedeling, maar het zo sterk afzonderen van het strafprocesrecht is m.i. alleen maar verklaarbaar voor een tijd waarin de hoogheid van de staat, het ontzag voor de publieke autoriteit en het speciale, weinig democratische karakter van het publiekrecht de boventoon voerden. Het is overigens wel te betreuren dat de overtuigingen uit het verleden inmiddels zijn gestold tot nauwelijks wijzigbare bepalingen van internationale verdragen. Daarin zit trouwens een paradox: de toeneming van de dynamiek in de nationale rechtsvorming wordt geconfronteerd met de toegenomen verstarring van de internationale rechtsvorming; wie meent dat de internationalisering van bijvoorbeeld de grondrechten zegenbrengend is geweest en nog is, heeft in allerlei opzichten absoluut gelijk, maar zal tegelijkertijd toch ook moeten beamen dat de individualisering van het grondrechtendenken op internationaal niveau het behartigen van collectieve belangen op nationaal niveau lelijk in de weg is komen te staan.

Volgens oude dogmatiek behoort het strafrecht tot het publiekrecht en vormt het een bijzonder deel van het bestuursrecht; in die opvatting is het thans een specialisme geworden binnen het bestuurlijke sanctierecht, waarnaast dan ook nog een algemeen bestuurlijk sanctierecht bestaat als onderdeel van het algemene bestuursrecht. Daarom is het niet zo'n grote gedachtensprong als men stelt dat er aanleiding is om de genoemde twee delen van het overheidssanctierecht te herschikken tot een geheel, tot een geïntegreerd sanctierecht. Daarbij zou het zinnig kunnen zijn om ook de toedeling van sancties opnieuw te rangschikken: sommige regels te handhaven met behulp van bestuurlijke sanctieoplegging en alleen rechtsbescherming achteraf, andere met een rechterlijke sanctieoplegging.

Dit vind je misschien wat al te sterke gedachten. Ze gaan uit van de idee dat judiciële integratie, zowel organisatorisch als processueel, maatschappelijk hoogst wenselijk is. Vanuit dat idee moet je dan ook veel willen, en dat moet je dan ook willen vanuit een samenhangend totaal-concept. Dus denk ik: maak er iets gedurfds van, sla een grote slag, ontwikkel vanuit een politieke machtspositie een visie waar anderen niet tegenop kunnen, maak een eenvoudig concept waarmede politici uit de voeten kunnen en laat alle rule- and case-fuckers achter je.

Hier staan tussen droom en daad geen wetten in de weg, maar jurist-specialisten met al hun practische bezwaren.

Deze hemelbestorming onderneem ik ook uit een zekere weerzin tegen het huidige strafprocesrecht. De slachtoffers bijvoorbeeld hebben daarin zo'n minimale procespositie, dat het niet verwonderlijk is dat zij zich dikwijls in arren moede liever tot de civiele rechter wenden dan tot het O.M. Dat met name vrouwen voortdurend die weg opgedrongen zijn en dat zij daarbij, mijns inziens gelukkig, door politie en O.M. nogal eens daadwerkelijk geholpen werden met dossierstukken, zou de strafprocessualisten aan het denken behoren te zetten. Wetenschappelijk wordt het strafprocesrecht vaak tot een formeel-logische pervertering gebracht die voor niet-specialisten onverteerbaar is. De knappe opstellen van Hans Nijboer lijken me voor deze stroming representatief. Ik denk een hele catalogus te kunnen opstellen van fundamentele bezwaren. Ik doe dat niet. Slechts nog een voorbeeld. Waarom is de bestuurssanctie, bestaande in de sluiting van een fabriek wegens overtreding van de vergunningsvoorschriften processueel een zoveel lichtere zaak dan een alternatieve strafoplegging wegens een winkeldiefstal?

Het voorgaande komt hierop neer: als er iets aan een grote herziening toe is, als er iets maatschappelijk geboden is en oneindig veel meer maatschappelijke baat zou opleveren dan de integratie van administratief en burgerlijk procesrecht, dan is dat een fundamentele heroverweging van strafrecht en strafprocesrecht en een totale integratie van alle rechtsplegingsrecht inclusief het sanctieprocesrecht.

Met deze stoten kan het wel weer even. Als je wat geïrriteerd erdoor bent geraakt, heb ik kennelijk met effect gebiljart. Effectbiljarters zijn de slechtste niet, denk ik dan maar.

Ik wens je met veel genegenheid alle goeds.

t.t.

Henc van Maarseveen.

W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd

Iudex ad personam?

'De belangrijkste scheidingslijn in onze rechtspraak ligt waarschijnlijk hier: bij de scheiding in processen die zaken tot object hebben en die andere, waarin de rechter, wijzigend en richtend, ingrijpen moet in het leven van personen. Zoowel voor deze laatste soort civiele zaken als voor strafzaken zijn noodig de psychologische en paedagogische voorstudie en neiging en geschiktheid, die bij de berechting van de overige burgerlijke zaken en bij handelszaken slechts in de laatste plaats van belang zijn.'[1]

Een tijdje geleden trof ik Jan Leijten in de trein van Den Haag naar huis. Hij informeerde met oprechte belangstelling naar het wel en wee in mijn gezin en baan. Na de gebruikelijke uitwisseling van nieuwtjes volgde een stilzwijgen dat door hem als volgt werd doorbroken: Willyne, wij moeten samen een stuk schrijven over het belang van het personen- en familierecht. Jan bemerkte mijn aarzeling. Hij zou dan ook een opzetje maken. Het is er (nog) niet van gekomen.

Het verzoek van de redactie om een artikel te schrijven over de iudex ad personam voor een bundel die aan Jan zou worden aangeboden ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit te Nijmegen, deed mij even terugdenken aan die bewuste treinreis. Immers, de overtuiging dát het personen- en familierecht belangrijk is en in zijn aard zich wezenlijk onderscheidt van andere rechtsgebieden geeft richting aan het denken over de figuur van de iudex ad personam. Het kunnen beschikken over de visie van Jan zou mij hierbij zeer welkom zijn geweest!

Maatschappelijke veranderingen en 'de ontdekking' van het EVRM hebben het personen- en familierecht niet onberoerd gelaten. Het aanvaarden van andere samenlevingsvormen naast het huwelijk, de gelijkwaardigheid van man en vrouw, de toegenomen mondigheid, de ontwikkelingen in de medische technologie, de eerbiediging van individuele rechten etc. vergroten de kans op conflicten, waarvoor een beroep op de rechter wordt gedaan. De taak van de rechter is er bovendien niet gemakkelijker op geworden nu de wetgever niet in staat is gebleken op al deze ontwikkelingen tijdig in te spelen.

Deze door verschillende oorzaken toegenomen druk op de rechterlijke macht doet enerzijds de vraag rijzen of geen wijziging moet of kan worden aangebracht in de hoeveelheid en soort van zaken die thans nog bij de rechter terecht komen

1. Redactie Maandblad voor Berechting en Reclassering van Volwassenen en Kinderen, 1929, blz. 118.

en anderzijds of de inrichting van de rechterlijke organisatie en de wijze waarop de rechter zijn werk moet verrichten niet aan ingrijpende verandering toe is. In de loop der tijd zijn verschillende voorstellen daartoe gedaan. Mede aan de hand van deze voorstellen wil ik trachten een antwoord op de gestelde vragen te vinden, waarbij ik mij zal beperken tot het gebied van het personen- en familierecht.

De kinderrechter; een eerste stap in de richting van specialisatie

'... hoeveel is er bedorven, soms voorgoed bedorven, door verkeerde, onjuiste beslissingen. Terstond antwoordt men hier natuurlijk op: vergissingen zullen steeds, overal, ten alle tijde voorkomen, ook bij de beste kinderrechtbanken. Het antwoord is juist, maar volkomen onbevredigend. Wie zal de mogelijkheid van vergissingen ontkennen, de vraag is maar wanneer de kans van vergissingen grooter is, wanneer men zijn defecte kachel laat repareeren door een bekwamen smid of door een bekwamen timmerman.'[2]

1. De kinderrechter

Niet lang na het in werking treden van de Kinderwetten in 1905 werden de eerste kritische geluiden gehoord. De gang van zaken in strafrechtelijke procedures tegen minderjarigen vond men te weinig kindgericht en aan de doelstelling van genoemde wetten, nl. het bieden van hulp aan het criminele kind binnen het kader van strafrechtelijke sancties, kwam men nauwelijks toe o.a. door het gebrek aan deskundigheid en belangstelling bij de leden van de rechterlijke macht. Bovendien was men van mening dat de in 1905 ingevoerde maatregelen van kinderbescherming – ontheffing en ontzetting – in vele gevallen voor het kind te laat kwamen: het kwaad was dan al geschied.

Door meerdere personen en organisaties werd de invoering van speciale kinderrechters/kinderrechtbanken bepleit die belast zouden moeten worden met de toepassing van het kinderstrafrecht en het civiele kinderbeschermingsrecht, waaraan een maatregel diende te worden toegevoegd om ook bij dreigend onheil voor het kind te kunnen ingrijpen.[3]

Bij de wet van 5 juli 1921 (S. 834) werd het instituut kinderrechter ingevoerd. Hij – want pas in 1947 werd de eerste vrouwelijke (kinder)rechter benoemd, mevr. mr. J.C. Hudig – kreeg de behandeling van kinderstrafzaken opgedragen en werd belast met het uitspreken van de kinderbeschermingsmaatregelen, waaronder de mogelijkheid van een ondertoezichtstelling. Bovendien moest hij leiding geven aan de uitvoering van deze maatregel. Opmerkelijk is het overigens dat men in de discussies die aan de totstandkoming van deze wet vooraf gingen unaniem van mening was dat voor een goed functioneren van het kinderrecht een aantal dubbelfuncties voor de kinderrechter noodzakelijk was, zoals rechter-commissa-

2. Prae-advies mr. A. de Graaf, Handelingen der Nederlandsche Juristen-Vereeniging 1917, Eerste stuk, blz. 39.

3. Zie de prae-adviezen van mr. A. de Graaf en mr. J.A.A. Bosch, NJV 1917.

ris/rechter in de kinderstrafzaak en uitspreken van/toezichthouden op de maatregel van ondertoezichtstelling.

Ondanks de bewuste keuze voor een gespecialiseerde kinderrechter was men niet veel verder gekomen dan het maken van een ruwe schets, waaraan het ideaalbeeld van de kinderrechter moest voldoen. In de memorie van toelichting bij genoemd wetsontwerp werd gesproken van *een lenig, vlugwerkend en gemakkelijk toegankelijk wettelijk orgaan, dat voortdurend op de hoogte is en blijft van het kind en het gezin waartoe het behoort.*[4] In andere publikaties komt het beeld van de kinderrechter naar voren als *een sociaalvoelende, kindlievende man die vaderlijk kan optreden.* De noodzakelijke deskundigheid moest hij zich al doende maar verwerven en om enige continuïteit te waarborgen ging de voorkeur uit naar een benoeming voor enkele jaren. Men geloofde niet in een levenslange roeping tot het kinderrechtersambt, bovendien zou een oude(re) man waarschijnlijk niet het vertrouwen genieten van de jeugd. Overigens de rechters stonden bepaald niet te trappelen om deze taak op zich te nemen. Het geringe carrière-perspectief was daar zeker debet aan.

In de periode na 1922 zijn niet altijd even doordacht meerdere taken aan de kinderrechter toebedeeld en werd zijn rechtspositie door het – inmiddels weer afgeschafte – avancement sur place verbeterd. Deze uitbreiding van werkzaamheden is zoals hierna zal blijken de overzichtelijkheid van de regelgeving op het gebied van het personen- en familierecht overigens niet ten goede gekomen.

2. De kinderrechter, de kantonrechter en de rechtbank

Al bladerend door het eerste boek van het Burgerlijk Wetboek en het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering komt men in willekeurige volgorde o.a. de volgende ambten/organen tegen die op een of andere wijze betrokken zijn bij de praktijk van het personen- en familierecht: de Koning, de Hoge Raad, het Openbaar Ministerie, de Kantonrechter, de Kinderrechter, de Rechtbank, de Raad voor de Kinderbescherming, de Notaris en de Ambtenaar van de Burgerlijke Stand.

Een nadere beschouwing van diverse wetsbepalingen laat in ieder geval zien dat de wetgever op z'n zachtst gezegd niet gestreefd heeft naar een voor de justitiabelen zo helder mogelijke regeling.

- Over een verzoek om brieven van wettiging (art. 1: 216 BW) wint de *Koning* advies in van de *Hoge Raad* die gewoonlijk het horen van bloedverwanten van de ouders aan een *rechtbank* opdraagt.
- Zowel de *kantonrechter* als de *rechtbank* houden zich bezig met de ouderlijke macht/voogdij over minderjarigen. De *kantonrechter* is bevoegd kennis te nemen van het door ongehuwde ouders ingediende verzoek om bekleed te worden met de ouderlijke macht, de *rechtbank* beslist over het verzoek om na echtscheiding de ouderlijke macht te laten voortduren. De *rechtbank* voorziet in de voogdij, indien de ouder die na de echtscheiding met het gezag werd belast is overleden en de andere ouder nog in leven is (art. 1: 285 BW). Ten aanzien van de voogdij over een natuurlijk kind is de *kantonrechter* bevoegd

4. Memorie van toelichting, par. 3.

(art. 1: 287, 288 BW). Om onduidelijke redenen wordt in de artt. 1: 289 en 291 BW de *rechter* genoemd, waar de *kantonrechter* is bedoeld.

- Ingevolge art. 1: 161 lid 5 BW kan de *rechter* – lees de *rechtbank* – op vordering/verzoek van beide ouders of van één van hen een regeling treffen inzake de omgang tussen het kind en de ouder die niet met het gezag over het kind is of zal worden belast. Bij het ontbreken van een zodanige voorziening in het echtscheidingsvonnis of in de latere beschikking kan deze alsnog door de *kinderrechter* worden getroffen.
- Gaat het niet om de vraag ouderlijke macht of voogdij, maar om de inhoud daarvan, dan beslist de *kantonrechter* over het verzoek om vervangende huwelijkstoestemming (art. 1: 36 BW), de *kinderrechter* over conflicten tussen de ouders over de uitoefening van de ouderlijke macht wat de persoon van het kind betreft (art. 1: 246) en de *kantonrechter* over geschillen met betrekking tot de uitoefening van de ouderlijke macht wat het vermogen van het kind betreft (art. 1: 247).
- In de artt. 1: 81 e.v. – de rechten en plichten van echtgenoten – worden zowel de *kantonrechter* als de *rechtbank* genoemd.
- Indien de moeder van een wettig kind het vaderschap van haar (gewezen) echtgenoot wil ontkennen, moet zij zich wenden tot de *ambtenaar van de burgerlijke stand* (art. 1: 198). Wil de wettige vader zijn vaderschap ontkennen dan moet hij ingevolge art. 1: 199 BW een vordering tot ontkenning bij de *rechtbank* aanhangig maken.

Een complicerende factor bij dit ontbreken van een eenvoudige en inzichtelijke regeling van de rechterlijke bevoegdheid is het feit dat men voor de beantwoording van de vraag welke rechter bevoegd is, nu eens in het Burgerlijk Wetboek te rade moet gaan en dan weer in het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering. In het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering tenslotte stuit men op een zeer incoherente regeling van het hoger beroep en de appeltermijnen om maar te zwijgen van de voor de praktijk niet altijd gemakkelijk te beantwoorden vraag of een zaak bij verzoekschrift dan wel bij dagvaarding aanhangig moet worden gemaakt.

De voorgaande constateringen zijn niet nieuw. De voorstellen tot verbetering betreffen dan ook zowel de rechterlijke organisatie als het procesrecht.

3. De rechterlijke organisatie

Sinds 1922 is in vele publikaties de plaats van de kinderrechter in de rechterlijke organisatie, zijn wettelijke taakomschrijving en de wijze waarop deze functie zou moeten worden vervuld aan de orde gesteld. Een belangrijke bijdrage in deze discussies is het rapport Kinderrechtspraak[5] en het rapport Jeugdbeschermingsrecht.[6] In beide rapporten gaat de aandacht met name uit naar het kinderrecht en

5. Rapport van de commissie kinderrechtspraak, Amsterdam/Den Haag 1968.
6. Rapport Jeugdbeschermingsrecht 's-Gravenhage 1971, Staatsuitgeverij.

niet zozeer naar het personen/familie- en jeugdrecht als één geheel. De laatste benadering vindt men wel in twee andere rapporten: het rapport Gedachten over de toekomst van de rechtspleging[7] en het rapport Herziening Rechterlijke Organisatie.[8] Het eerste rapport – opgesteld door de commissie Wiersma – diende als advies aan de minister over de taakomschrijving van de later in te stellen Staatscommissie, van wie het laatste rapport afkomstig is. De commissie Wiersma nodigde vele personen en instanties die op een of andere wijze geïnteresseerd waren in of betrokken bij de rechtspleging uit hun wensen en gevoelens van kritiek kenbaar te maken. In de bijlagen bij dit rapport vindt men de ontvangen brieven alsmede de verslagen van de gesprekken die de commissie heeft gevoerd. Mede op grond van deze reacties adviseerde de commissie – voor zover hier van belang – de vraag te onderzoeken of een verdergaande specialisatie wenselijk is en daarmee verband houdend of gestreefd moet worden naar een integratie van de verschillende rechterlijke colleges. De respondenten waren vrijwel unaniem in hun oordeel dat verdergaande specialisatie noodzakelijk zou zijn en wezen daarbij op een wenselijk te maken onderscheid tussen de rechtspraak ad personam (strafrecht, personen- en familierecht) en rechtspraak ad rem (overige zaken). Ook een eventuele uitbreiding van de mogelijkheden om deskundige leken te benoemen in de rechterlijke colleges werd aan de orde gesteld.

De Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie kwam in haar eindrapportage tot o.a. de volgende conclusies:

- Noodzakelijke integratie van kantongerecht, rechtbank, raad van beroep, ambtenarengerecht, belastingkamer van het gerechtshof en de rechtspraak in AROB-zaken tot één college van eerste aanleg.
- Door de meerderheid van de commissie werd gekozen voor een enkelvoudige behandeling van de zaken in eerste aanleg met de mogelijkheid van verwijzing naar een meervoudige kamer indien de aard van de zaak/het conflict daartoe aanleiding geeft. De minderheid van de commissie wenste de meervoudige behandeling als uitgangspunt te handhaven.
- Tegen alle uitspraken in eerste aanleg gedaan moet in principe hoger beroep openstaan. Over de te maken uitzonderingen op deze regel teneinde het aantal appel-zaken binnen de perken te houden, werd verschillend gedacht.
- Een verdergaande specialisatie is onontkoombaar. De noodzakelijkheid van specialisatie geldt ook voor de appel-instanties. Om verschraling van de rechterlijke werkzaamheden en verminderde inzetbaarheid te voorkomen dient de specialisatie tenminste twee deelgebieden van het recht te bestrijken. De benoeming in een bepaalde sector zou voor een langere periode bijv. vier jaar moeten geschieden om verspilling van deskundigheid tegen te gaan.
- De commissie stelt zich in het tweede deel van haar rapport zeer terughoudend op ten aanzien van de deelname van deskundige leken aan de rechtspraak. Maar in de zinsnede *per tak van rechtspraak zou moeten worden nagegaan of*

7. Rapport van de werkgroep herziening rechterlijke organisatie, ingesteld bij KB van 23 december 1971, 's-Gravenhage, Staatsuitgeverij 1972.

8. Staatscommissie Herziening Rechterlijke organisatie ingesteld bij KB van 1 april 1976, nr. 71. Eindrapport deel 1 en deel 2.

deelneming nog steeds zinvol is bespeur ik toch een zekere voorkeur van de commissie voor de afschaffing van deze mogelijkheid.

Inmiddels heeft de regering haar standpunt bepaald over de voorstellen neergelegd in het eerste deel van het rapport. Zij neemt de meeste voorstellen van de Staatscommissie over, maar komt met een alternatieve regeling voor het hoger beroep: tegen een uitspraak gedaan door een enkelvoudige kamer in eerste aanleg kan men in hoger beroep bij een meervoudige kamer van hetzelfde rechtscollege. In de literatuur heeft dit voorstel bijval maar vooral veel kritiek uitgelokt. Daar het regeringsstandpunt slechts betrekking had op het eerste deel van het rapport, is de visie van de regering over het deelnemen van deskundige leken aan de rechtspraak onbekend.

4. De betekenis van deze voorstellen voor het personen- en familierecht

Na het globale overzicht in paragraaf 2 zal duidelijk zijn dat de integratie van kantongerecht en rechtbank een verbetering betekent. Bevoegdheden die nu nog over twee instanties zijn verdeeld worden ondergebracht bij de instantie in eerste aanleg. Hiermee is echter nog niet elke onduidelijkheid in bevoegdheidsregeling uit de weg geruimd. Immers ook de bevoegdheden van de kinderrechter zouden erbij moeten worden betrokken. Ik kom hierop terug in paragraaf 5.

De 'opheffing' van de kantongerechten zou met name in personen- en familiezaken waarin partijen veelal zelf willen/moeten verschijnen een te grote afstand tussen de burger en de rechter tot gevolg kunnen hebben. Aan dit bezwaar zou men tegemoet kunnen komen door op meerdere plaatsen zitting/spreekuur te houden.

- Voorstanders van de collegiale rechtspraak – en wie is dat niet – hebben zich er inmiddels min of meer bij neergelegd dat om te langdurige procedures te voorkomen aan enkelvoudige rechtspraak niet te ontkomen valt. De kinderrechter en de kantonrechter functioneert thans reeds als unus en in de praktijk worden de meeste personen- en familiezaken ook door de rechtbank enkelvoudig afgedaan. In zekere zin biedt de voorgestane regeling nog een verbetering daar zowel de kantonrechter als de kinderrechter dan een mogelijkheid krijgen die zij nu moeten missen nl. de verwijzing van moeilijke zaken naar een meervoudige kamer.
- Sinds de invoering van boek 1 BW in 1970/1971 zijn de ontwikkelingen op het gebied van het personen- en familierecht stormachtig geweest. Het aantal familierechtzaken is mede daardoor gestegen en bedraagt meer dan 50% van alle rechtbankzaken. De verwachte rust heeft het nieuwe boek 1 dus niet gebracht. Een reeks van oorzaken kan daarvoor worden aangewezen zoals: (a) de sterke toename van het aantal echtscheidingen en de daarmee samenhangende problematiek zoals het omgangsrecht, de alimentatie en de scheiding en deling van de gemeenschappelijke boedel, (b) de erkenning van rechten voor minderjarigen, (c) de gelijke rechtspositie van man en vrouw die meebracht dat bij conflict tussen beiden een beroep op de rechter kan worden gedaan, (d) de maatschappelijke aanvaarding van de ongehuwde samenlevingsvorm met als gevolg dat bij ontbreken van passende wetgeving de rechter zelf belast is

met het vinden van rechtvaardige oplossingen in geschillen tussen de (ex)partners, (e) het via een rechterlijke beslissing trachten te bereiken dat men eerder in aanmerking komt voor bijv. vervangende woonruimte hangende de echtscheidingsprocedure, (f) de emancipatie van (homofiele) mannen/vrouwen trekt haar sporen in het afstammingsrecht en het naamrecht, (g) het steeds ingewikkelder worden van het maatschappelijk bestel vraagt om extra beschermingsmaatregelen zoals het beschermingsbewind en in de toekomst wellicht het mentorschap, (h) de ontwikkelingen op het gebied van de medische technologie roepen ontelbare problemen op zoals die van de juridische status van sperma, eicel en embryo en wie is beschikkingsbevoegd en welke beslissingen kunnen rechtsgeldig worden genomen, (i) de onvervulde kinderwens zet de regelingen van de adoptie en stiefouderadoptie onder druk en stelt het draagmoederschap ter discussie, (j) meer dan voorheen is de rechter genoodzaakt vreemd recht toe te passen door de toegenomen internationale contacten en last but not least (k) de rol die internationale verdragen zijn gaan spelen in ons rechtsbestel, m.n. Het Europese Verdrag tot bescherming van de Rechten van de Mens.

Dit zeker niet volledige overzicht laat niet alleen zien de oorzaken van een toegenomen beroep op de rechter, maar zegt ook iets over de aard van de voorgelegde geschillen. Men kan onmogelijk volhouden dat het personen- en familierecht een beperkt rechtsgebied betreft met een statisch karakter. Men zal moeten erkennen dat de juridische procedures 'eigenaardig' zijn. Meer dan van de iudex ad rem wordt van de iudex ad personam verwacht dat hij om kan gaan met mensen, begrip heeft van intermenselijke relaties, kennis heeft van alle mogelijke vormen van hulpverlening en op de hoogte is van belangrijke maatschappelijke verschuivingen. De gedachte dat elke rechter een allround rechter moet zijn blijkt in de praktijk niet realiseerbaar meer. Ook al zou het prachtig zijn als alle rechters voldeden aan bijv. de bijzondere eisen op het vlak van communicatieve vaardigheden dan nog gaat men voorbij aan de noodzaak van meer specialistische kennis.[9] De medische wetenschap is ons in deze al voorgegaan. De angst dat specialisatie in deze tot verschraling zal leiden acht ik voorbarig, het vak is nog nauwelijks tot ontwikkeling gekomen! Ook voor wat het punt van de inzetbaarheid betreft zal de integratie van het kantongerecht en de rechtbank, die immers leidt tot schaalvergroting, een verbetering zijn. Desondanks juich ik het pleidooi dat rechters ten minste op twee deelgebieden inzetbaar moeten zijn toe. Een combinatie met het strafrecht ligt dan voor de hand. Al met al lijkt de tijd rijp voor een gespecialiseerde iudex ad personam.

5. Opnieuw de kinderrechter

Naast zijn bijzondere taak zou de kinderrechter tevens als lid van de rechtbank aan de gewone werkzaamheden moeten deelnemen.

In de praktijk is van deze waardevolle tweeledige opzet weinig terechtgekomen óf de taak was zo weinig omvangrijk dat er onvoldoende materiaal voorhan-

9. Zie Trema" 1989, blz. 46.

den was om tot de gewenste specialisatie te komen, óf de kinderrechter werd zozeer in beslag genomen door werkzaamheden van merendeels uitvoerende aard, dat het accent van zijn werk nauwelijks meer op zijn rechterlijke functie bleef rusten.[10]

Al in 1951 zijn maatregelen getroffen om aan deze bezwaren tegemoet te komen, maar zij bleken niet voldoende. In 1964 stelde de minister de commissie kinderrechtspraak in die hem van advies moest dienen over de volgende vragen:

- Hoe moet in de Nederlandse verhoudingen de taak van de kinderrechter worden gezien als lid van de arrondissementsrechtbank en ten opzichte van de organen van kinderbescherming?
- Aan welke bijzondere eisen dient een rechter te voldoen om tot kinderrechter te kunnen worden benoemd?
- Hoe en uit welke kringen kunnen kandidaten voor het ambt van kinderrechter het best worden geselecteerd?
- Op welke wijze zijn deze kandidaten in de gelegenheid te stellen zich voor het ambt van kinderrechter te bekwamen?

Na een uitvoerige beschrijving van de werkzaamheden van de kinderrechter komt de commissie tot de conclusie dat deze weliswaar kenmerkend zijn voor het rechtersambt zoals het betrachten van rechtvaardigdheid, het niet nemen van het initiatief tot een proces en het ultra petitum gaan, maar de kinderrechter in vergelijking met de andere leden van de rechtbank meer betrokken is bij het strafrechtelijk beleid en meer belast met uitvoeringstaken. De commissie laat zich niet uit over de vraag in welke verhouding het rechtmatigheidsaspect en het doelmatigheidsaspect de werkzaamheden van de kinderrechter bepalen. Zij zet ook nauwelijks vraagtekens bij het aandeel van de kinderrechter in het medebepalen van het strafrechtelijk beleid en de uitvoering van de civiele kinderbeschermingsmaatregelen. Deze discussie komt pas later op gang. Zowel in het rapport Jeugdbeschermingsrecht als in het rapport Gedachten over de toekomst van de rechtspleging worden voorstellen gedaan om de uitvoering van de ondertoezichtstelling op te dragen aan een instelling van jeugdbescherming.

De jeugdrechter krijgt uitsluitend een rechtersfunctie en daardoor de gewenste distantie van de zaak. Hij wordt verlost van de dagelijkse beslommeringen verbonden aan de maatregel, maar hij blijft – in de voorstellen van de commissie – betrokken bij het verloop ervan, omdat alle belangrijke beslissingen (verlenging, uithuisplaatsing, meningsverschillen enz.) aan zijn oordeel behoren te worden onderworpen.[11]

Nog geen twintig jaar later zijn deze kritische geluiden weer verstomd. Schokkende berichten over niet goed functionerende kinderrechters waren één van de aanleidingen voor een studieweekend van de werkgroep kinderrechters van de afdeling familie- en jeugdrechtspraak van de NVVR. Ook andere deskundigen waren hierbij aanwezig.[12]

Aan een hernieuwde discussie, zoals die in de jaren zeventig is gevoerd (de

10. Rapport Commissie Kinderrechtspraak, Amsterdam/Den Haag 1968, blz. 4.

11. Rapport Commissie Wiarda, blz. 176. Zie ook mr. S. Slagter, Vijftig jaar kinderrechter en ondertoezichtstelling, 1972.

12. Zie voor een verslag Trema" 1989, blz. 35 e.v.

verantwoordelijkheid voor de uitvoering van de ondertoezichtstelling weghalen bij de kinderrechters en overdragen aan de gezinsvoogdij-instellingen) bestond geen behoefte.[13]

Een afwijkend standpunt, dat door de andere aanwezigen niet werd gedeeld, nam de kinderrechter mevr. mr. A. Quick-Schuijt in. Zij was van oordeel dat de kinderrechter zich uitsluitend in geval van conflict mag bemoeien met de hulpverlening die in het kader van de ondertoezichtstelling wordt gegeven. Overigens worden geen argumenten aangedragen voor de handhaving van de voorheen zo omstreden combinatie van hulp en recht. Integendeel zou ik zeggen. Algemeen wordt een grote terughoudendheid van de kinderrechter als juist gezien en getwijfeld wordt aan de mogelijkheid dat de kinderrechter zich blijvend onafhankelijk en kritisch zal kunnen opstellen tegenover de door hemzelf uitgesproken maatregel.[14] Ik zie geen reden – maar dan ook geen enkele – om de leiding over de ondertoezichtstelling bij de kinderrechter te laten. De vraag aan welke instantie deze zaak dan dient te worden opgedragen komt later – bij de behandeling van de ondersteunende instanties – aan de orde.

Overziet men deze slingerbewegingen dan valt op dat nooit het voortbestaan van het instituut kinderrechter zelf ter discussie is gesteld. Betekende de invoering daarvan in 1922 een grote vooruitgang in de rechtspleging, dit wil nog niet zeggen dat, nu de tijd en de rechtsontwikkeling ook niet heeft stil gestaan, de handhaving van het instituut van de kinderrechter vanzelfsprekend is. Wanneer men het kind niet geïsoleerd wil zien van zijn leefomgeving en onderkent dat bij problemen tussen beiden een wisselwerking bestaat, ligt het toch voor de hand het totale scala van problemen en conflicten onder te brengen bij de gespecialiseerde rechter ad personam. Omdat de wet op meerdere plaatsen nadrukkelijk de kinderrechter als de bevoegde rechter noemt – ervan uitgaande dat hij de meest deskundige is – ziet men in de praktijk dat er aan iedere rechtbank niet alleen een of meerdere kinderrechters zijn benoemd, maar tevens vele, soms alle overige rechters tot kinderrechter-plaatsvervanger, daarmee gelijk de gedachte van vermoede deskundigheid ondergravend.

Mijn gedachten samenvattend: De geschetste ontwikkelingen maken het wenselijk te komen tot een grotere mate van specialisatie. Mijn voorkeur gaat hierbij uit naar een iudex ad personam belast met het strafrecht, personen-/familierecht en jeugdrecht. De sub-specialisatie van de kinderrechter lijkt mij dan niet meer nodig.

6. De opleiding, selectie en benoeming van de iudex ad personam

In de Wet op de rechterlijke organisatie vindt men de vereisten om voor benoeming tot rechter in aanmerking te komen. Daartoe behoort een universitaire opleiding. De juridische faculteiten besteden geen of nauwelijks aandacht in het

13. Trema" 1989, blz. 44, nt. 13, Doek/Drewes, Jeugdrecht en Jeugdbescherming in Nederland 1988, blz. 297.

14. Zie ook W.M.E. Thomassen, Trema" 1989, blz. 210 e.v.

verplichte deel van het curriculum aan het personen- en familierecht.[15] Was dit in vroeger tijden misschien nog te begrijpen, de maatschappelijke ontwikkelingen hebben thans zo vele gevolgen voor het personen- en familierecht dat elke jurist daar toch enige kennis van moet dragen. Het kiezen in de afstudeerfase voor vakken als strafrecht en personen- en familierecht wordt afgeraden met als argument: 'Je kunt er geen droge boterham mee verdienen of dat leer je in de praktijk zo'. Wat er zij van deze argumenten, het advies getuigt in ieder geval van een superioriteitsgevoel van sommige civilisten die m.i. veel te maken heeft met het tot norm verheffen in onze cultuur van bepaalde vormen van mannelijk gedrag. De hieraan ten grondslag liggende onderwaardering van de wereld van gevoelens en emoties, de onmacht daarmee om te gaan en de nadruk op rationele rechtsbeoefening stuurt mensen vaak evenzeer de verkeerde richting in als de leuze 'meisje kies exact'. De maatschappij en het individu wordt daarmee niet gebaat. De rechterlijk ambtenaar in opleiding maar ook de advocaat mist aldus de noodzakelijke kennis en attitude. In de RAIO- en de stagiaire-opleiding dient daarmee rekening te worden gehouden.

In het algemeen is het wenselijk dat aan een keuze tot specialisatie een periode vooraf gaat, waarin de rechter in meerdere sectoren van de rechtspraak werkzaam is geweest. De benoeming tot rechter ad personam dient niet te geschieden bij gebrek aan interesse van andere collega's, maar op grond van de uitdrukkelijke wens van de betrokkene in die richting werkzaam te willen zijn. Bij een eventuele benoeming komen dan o.a. de volgende selectiecriteria aan de orde: extra eisen dienen te worden gesteld op het terrein van de communicatieve vaardigheden en hij moet meer dan een andere rechter toegankelijk zijn voor justitiabelen en andere bij die rechtspraktijk betrokken personen en instanties.[16] Een verplichte introductiecursus zou ondermeer de volgende onderwerpen moeten omvatten: een uiteenzetting over de hulpverleningskaart/sociale kaart in Nederland, het functioneren van kinderbeschermingsinstellingen, raden voor de reclassering, het volgende leren beoordelen van rapportage, het bevorderen van communicatieve vaardigheden, inzicht in sociale/relationele problematiek en meer specifiek van de allochtonen in Nederland.[17]

Om verspilling van deskundigheid tegen te gaan is een minimale benoemingsperiode van zes jaar wenselijk.

7. Ondersteuning van de rechter ad personam

De rechter is in de eerste plaats een jurist die zich een redelijke mate van specifieke kennis heeft eigen gemaakt maar hij is geen hulpverlener en geen rechercheur. Om zijn werk goed te kunnen doen is hij afhankelijk van de medewerking van meerdere instanties, zoals de raden voor de kinderbescherming en reclassering. Ik beperk mij tot de eerst genoemde. De Raad doet sociaal/financieel onderzoek

15. Mr. K. Blankman, Universitair onderwijs in Familie- en Jeugdrecht, FJR 1988, blz. 259 e.v.
16. Trema" 1989, blz. 121.
17. Trema" 1989, blz. 48.

en adviseert de rechter. M.i. zou men de Raad ook kunnen belasten met het leiding geven aan de uitvoering van de OTS. Men zou dit aspect in ieder geval moeten betrekken in de discussies die gaande zijn over de taakstelling van de Raden. Indien de rechter daarvoor aanleiding ziet kan hij een getuige-deskundige benoemen. Meer dan eens is in de literatuur de wens geuit te komen tot een eigen consultatiestaf.[18] Ook wordt de roep gehoord om uitbreiding van de mogelijkheid tot benoeming van deskundige lekenrechters. Hoe aantrekkelijk het hebben van een eigen staf van deskundigen ook lijkt toch schuilt daarin ook een groot gevaar. Evenals bij het inschakelen van lekenrechters loopt men de kans dat de deskundige teveel macht krijgen. Immers wat wil de rechter nog als eenmaal de deskundige heeft gesproken? En wie bepaalt op het terrein van de gedragswetenschappen met zoveel verschillende scholen en opvattingen wie werkelijk de deskundige is? Doet men de justitiabele niet te kort door de deskundige een stem te geven in de werk-/raadkamer zonder dat de rechtzoekende daarop kan reageren?

De wijze waarop de rechter zijn werkzaamheden moet vervullen wordt tenslotte ook sterk beïnvloed door de wijze waarop de advocaat zijn taak vervult. Door de commercialisering van de advocatuur wordt de familiepraktijk vaak uitgeoefend door stagiaires of zeer jonge advocaten. Gebrek aan kennis, de nodige levenservaring en affiniteit met de materie als zodanig, een vaak te grote stijdlust en gelijkhebberigheid zijn veelal niet bevorderlijk voor een goede rechtsgang. Met name in echtscheidingszaken kan dit veel kwaad aanrichten. Onvrede over de gang van zaken in echtscheidingsprocedures heeft geleid tot de oprichting van verschillende Buro's Echtscheiding. De drift tot bezuinigen heeft daar helaas ook toegeslagen.

8. Wijzigingen in de wetgeving

Reorganisatie van de rechterlijke macht alleen is niet voldoende. De rechtspraktijk heeft behoefte aan goede wetgeving. Op onderdelen is het burgerlijk recht sterk verouderd en bevat regelingen die thuis horen in het Wetboek van Rechtsvordering en omgekeerd. Maar met aanpassing alleen kan men niet volstaan. Er dient een inhoudelijke discussie plaats te vinden over bijvoorbeeld de vraag of in alle gevallen, waarin nu nog een rechterlijke beslissing noodzakelijk is dit ook zo moet blijven. Bekend in deze is het voorstel om 'de eenvoudige echtscheiding' bij de Ambtenaar van de Burgerlijke Stand onder te brengen. Gekeken moet worden naar in de praktijk onwerkzame bepalingen, zoals art. 1: 160 BW. De vraag moet onder ogen gezien worden of in alle gevallen procesvertegenwoordiging noodzakelijk is, temeer wanneer de vroegere kantongerechtszaken na de reorganisatie dienen bij het gerecht in eerste aanleg. Vele processuele bepalingen zijn aan revisie toe. De Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht heeft daar aandacht aan gegeven.[19] In de discussies naar aanleiding van deze pre-adviezen werd felle kritiek geuit op het ontbreken van een eigen rechtsingang voor minderjarigen. Maar ook in echtscheidingszaken kan men zich wel eens afvragen of de belangen

18. Mr. S. Slagter, t.a.p., blz. 23.
19. FJR 1989, 50 e.v., FJR 1990, blz. 114 e.v.

van het kind recht wordt gedaan door het enkele hoorrecht van 12-jarigen en ouder.

'Dat niettemin vele advocaten, met name zij, die het best in hun beroep geslaagd zijn, het minst met strafzaken (en P/F-zaken, schr.) in aanraking komen, moge over het algemeen juist zijn, dit ligt minder aan den werkkring van het beroep, dan aan de in ons land onder de juristen heerschende opvatting, dat strafrecht (en P/F-recht, schr.) 'slechts' op het tweede plan staat, een onjuiste opvatting, die, naar ik vermeen, ook aan vele leden van de Rechterlijke Macht niet geheel vreemd is.'[20]

Sinds mr. H. de Bie deze woorden schreef in 1928 lijkt er nog niet veel veranderd. Deze bijdrage is een blijk van hoop op inzicht in het belang van het personen- en familierecht, dat het instellen van een gespecialiseerde rechter ad personam rechtvaardigt. Welke pleitbezorger kan ik mij overigens beter wensen dan degene voor wie deze bundel is bestemd? In 1988 schreef hij o.a.:

'Het kan niemand ontgaan zijn in hoe belangrijke mate juridisch-maatschappelijk belangrijke controverses, als zich weerspiegelend in de rechtspraak, zich hebben verplaatst naar wat ik, een geniale vondst van Enschede overnemend, de dogmatiek ad personam zou willen noemen, gesteld tegenover die ad rem ... In de benadering ad personam ontleent de omstreden zaak zijn status aan de relatie tussen mensen, in die ad rem wordt de status van de conflicterenden afhankelijk gesteld van de relatie van elk hunner tot de zaak ... In het 'notarieel recht', in het familierecht ... vond die verandering van gezichtspunt geleidelijk aan plaats. Aankomende juristen moeten zich die optiek in ieder geval óók meester maken. Want zij zal zelfs het vermogensrecht gaan doordringen. Wie alleen ad rem blijft denken, zal spoedig niet meer bij de tijd zijn.'[21]

20. Mr. H. de Bie, M.b.r. 1928, blz. 351 e.v.
21. Mr. J.C.M. Leijten, De didactische waarde van het vermogensrecht, NJB 1988, blz. 1378.

P. Mout

Het kort geding in de strafrechtspleging

De uitnodiging om ter ere van de jubilaris een opstel te schrijven over het vorenvermelde onderwerp heb ik met aarzeling aangenomen. Als rechter voel ik mij meer gekwalificeerd mij te uiten in rechterlijke uitspraken dan in artikelen. Bovendien: er is over het onderwerp al het een en ander geschreven.[1] Edoch, het is een vreugde iets te mogen doen voor deze jubilaris wiens conclusies voor mijn dagelijks werk van het grootste belang zijn en die mitsdien heel wat voor mij heeft gedaan. Hij moge het onderstaande als een poging tot tegenprestatie beschouwen.

G.J.M. Corstens schreef in 1981:[2] 'Het ligt derhalve in de lijn der verwachtingen, dat in de toekomst de president in k.g. vaker gekonfronteerd zal worden met strafvorderlijke kwesties.' Deze verwachting is uitgekomen. Reeds een snel doorbladeren van de meest recente jaargangen van 'Kort Geding' doet zien dat burgers die zich door de 'strafvorderlijke overheid' te kort gedaan voelen veelvuldig een beroep doen op de president in kort geding. In allerlei fasen van het strafrechtelijk gebeuren wordt van deze rechter een voorziening verlangd welke een door de eiser als onrechtmatig ervaren toestand beëindigt. Valt er in dit betrekkelijk nieuwe stuk recht enige systematiek te bespeuren? Tekenen zich lijnen af waarlangs de president in kort geding strafrechtelijke problemen te lijf gaat? Het hierna volgende bedoelt een aanzet te zijn tot beantwoording van deze vragen.

1. Wie moet worden gedagvaard?

Ik zal het alleen hebben over gevallen waarin de burger die zich door de strafvorderlijke overheid te kort gedaan voelt optreedt als eisende partij.[3] Heeft hij eenmaal het besluit genomen te proberen in kort geding een bevel of een verbod uit

1. G.J.M. Corstens, De President in kort geding in strafzaken (in: Ad personam, Enschedébundel, Zwolle 1981, p. 9 e.v.); P.J. Baauw, Strafrecht en kort geding, Advocatenblad 1986, p. 453 e.v.; M.R. Wijnholt, Rechtsbescherming in kort geding tegen inverzekeringstelling (in: Naar eer en geweten, Remmelink-bundel, Arnhem 1987, p. 679 e.v.); P.J. Baauw, Kort geding en strafrecht (in: losbladige uitgave Advocaat en Praktijk, Alphen aan den Rijn 1989, p. A2000-3 e.v.).

2. G.J.M. Corstens a.w. p. 24.

3. Voor het OM als eiser zie: B.J.A. Asscher, Geciviliseerd strafrecht, Trema 1983, p. 303 e.v. en G.J.M. Corstens, Het OM als eiser in kort geding, NJB 1984, p. 654 e.v.

te lokken, dan luidt de eerste te beantwoorden vraag: Wie moet worden gedagvaard?

Meestal is het de officier van justitie die het eventueel te verkrijgen bevel of verbod zal moeten opvolgen onderscheidenlijk naleven. Moet dan de officier q.q. of de Staat der Nederlanden worden gedagvaard?

Dit probleem lijkt te zijn opgelost. De Hoge Raad heeft kort geleden twee arresten gewezen die tot richtlijn voor de beantwoording van deze vraag kunnen dienen, al ging het in die zaken niet om strafrecht of strafprocesrecht. In de zaak die heeft geleid tot het arrest van de HR van 25 november 1983, NJ 1984, 297 (m.nt. WHH) was de minister van o. en w. gedaagd. In hoger beroep werd de vordering niet-ontvankelijk verklaard. Deze uitspraak hield in cassatie stand. De Hoge Raad besliste dat uitgangspunt dient te zijn dat de bevoegdheid om als partij in een burgerlijk geding op te treden in beginsel alleen toekomt aan natuurlijke personen en rechtspersonen. De minister kon als (ambtelijk) orgaan niet als gedaagde fungeren. De Hoge Raad overwoog echter dat dit uitgangspunt ruimte laat voor uitzonderingen zonder evenwel te vermelden wanneer sprake is van zo'n uitzondering. Daarover is iets meer te vinden in het arrest van de Hoge Raad van 27 juni 1986, NJ 1987, 898 (m.nt. MS). In het kort geding dat tot dit arrest leidde, ging het om een door de eisende partij onrechtmatig geoordeeld handelen van een inspecteur van de volksgezondheid – een orgaan van de Staat – waarbij deze in zijn hoedanigheid had gehandeld. Kon de inspecteur in zijn hoedanigheid als gedaagde in kort geding optreden? De eiser vond van wel, en wel omdat de functionaris in kwestie zonder instructies van hogerhand kon optreden en dus een zekere beleidsvrijheid had. De Hoge Raad oordeelde echter de enkele omstandigheid dat de inspecteur beleidsvrijheid had onvoldoende om hem de bevoegdheid toe te kennen in een burgerlijk geding q.q. in rechte te staan. Daartoe zou aanwijzing bij wet – in elk geval wet in materiële zin – nodig zijn. Die aanwijzing ontbrak.

Beleidsvrijheid hebben ook de officier van justitie en andere staatsorganen wier handelingen aanleiding kunnen geven tot een strafrechtelijk kort geding. Dat is dus op zichzelf onvoldoende om te kunnen fungeren als gedaagde.

Vele malen hebben de hoven en de presidenten in kort geding vorderingen tegen de officier van justitie niet-ontvankelijk verklaard, waarbij zij zich soms beriepen op de vorenvermelde uitspraken van de Hoge Raad.[4] In de meeste van die gevallen was naast de officier van justitie ook de Staat gedagvaard; de vordering tegen de Staat was dan wel ontvankelijk.

Uitzonderingen op de vrijwel vaste rechtspraak dat de officier van justitie q.q. niet in rechte kan worden betrokken vormen twee uitspraken van de president van de

4. Zie onder meer: Hof Amsterdam, 1 november 1984, NJ 1985, 722 en 723; President rb. 's-Gravenhage, 21 januari 1986, KG 1986, 105; President rb. Groningen, 8 november 1986, KG 1986, 535; President rb. Amsterdam, 18 september 1986, KG 1986, 432; President rb. Breda, 18 juni 1987, KG 1987, 293; President rb. Roermond, 11 maart 1987, KG 1987, 164; President rb. Haarlem, 18 november 1987, KG 1988, 6.

rechtbank te Roermond.[5] In beide gevallen was alleen de officier van justitie gedagvaard, niet de Staat. In het eerste geval vorderde de eiser die in verzekering was gesteld onmiddellijke invrijheidstelling. De officier van justitie stelde dat eiser niet in zijn vordering kon worden ontvangen. Maar de president oordeelde anders, en wel op de grond dat (a) bij dagvaarding van de Staat de tijd die zou verstrijken alvorens de behandeling in kort geding zou kunnen plaatsvinden het belang van de eiser die in vrijheid wenste te worden gesteld, teniet zou doen en voorts dat (b) in deze sprake was van een beleidsbeslissing van de officier van justitie die om deze reden de eerstgeroepene was om tegen de stellingen van eiser verweer te voeren.[6] Ook in het tweede geval oordeelde de president dat de eisers een zodanig spoedeisend belang hadden dat dagvaarden van de Staat der Nederlanden niet kon worden afgewacht. Zouden de eisers aan art. 290, tweede lid, Rv. hebben gedacht?

In een enkel geval liet de president in het midden of de officier van justitie als zodanig in rechte kon worden betrokken.[7]

Pogingen om een beslissing van een rechter-commissaris waartegen geen rechtsmiddel openstond ongedaan te maken door in kort geding een tegen die functionaris gericht verbod uit te lokken zijn steeds gestrand, niet alleen omdat de rechter-commissaris niet in zijn hoedanigheid in een civiele procedure kan worden gedagvaard, maar ook omdat een wezenlijk kenmerk van de rechterlijke functie is dat zij in onafhankelijkheid – ook van de Staat – wordt uitgeoefend zonder inmenging van een andere rechter, anders dan in het kader van door de wet gegeven rechtsmiddelen. Als regel kan de rechter-commissaris dus niet in rechte worden betrokken, maar een enkele president heeft toch nog een slag om de arm gehouden.[8]

2. Onmiddellijke invrijheidstelling in de fase van de inverzekeringstelling

Een groot aantal kort gedingen in strafzaken is aangespannen om onmiddellijke invrijheidstelling te bewerkstelligen in de fase waarin vrijheidsbenemende maatregelen zijn genomen door de officier van justitie of de hulpofficier. Het derde lid van art. 5 EVRM, voorschrijvende dat aan een ieder die gearresteerd is of gevangen wordt gehouden overeenkomstig het eerste lid sub c van dat artikel, onmiddellijk ('promptly') voor een rechter moet worden geleid of voor een andere autoriteit die door de wet bevoegd is verklaard rechterlijke macht uit te oefenen, is de juridische grondslag geweest voor vele kort gedingen tot onmiddellijke invrijheidstelling waarin de rechtmatigheid van hetzij de inverzekeringstelling, hetzij

5. President rb. Roermond, 18 februari 1987, KG 1987, 146 en 24 februari 1987, KG 1987, 138.

6. Anders in een vergelijkbaar geval President rb. Breda, 18 juni 1987, KG 1987, 243.

7. President rb. Haarlem, 24 juli 1987, KG 1987, 376; President rb. Breda, 7 januari 1988, KG 1988, 77.

8. President rb. Groningen, 18 januari 1989, KG 1989, 184; President rb. Rotterdam, 10 april 1989, KG 1989, 196.

de verlenging van de duur daarvan ter toetsing aan de President werd voorgelegd.[9] Ook art. 15, tweede lid, van de Grondwet vormt zodanige grondslag.

Het arrest van het EHRM van 29 november 1988 in de 'Brogan-case'[10] heeft geleid tot de opvatting dat de bepalingen nopens de verlenging van de inverzekeringstelling (art. 58, tweede lid, Sv.) in strijd zijn met art. 5, derde lid EVRM. Deze opvatting brengt mee dat het arrest van de Hoge Raad van 10 november 1989, NJ 1990, 132 (m.nt. ThWvV), met conclusie van de advocaat-generaal Leijten, in welke zaak het onder meer ging over de vraag of bij de verlenging van de inverzekeringstelling de hand was gehouden aan het vormvoorschrift van art. 59, eerste lid, Sv., en zo neen, wat daarvan dan het rechtsgevolg was, goeddeels als mosterd na de maaltijd moet worden beschouwd. Immers: Als de verlenging zelf wegens strijd met het EVRM onrechtmatig is, is de vraag naar de rechtsgevolgen van het niet-naleven van vormvoorschriften nopens die verlenging niet meer interessant. Om andere redenen is het arrest echter toch van groot belang. Het geeft antwoord op de vraag hoe de rechter de rechtsgevolgen moet vaststellen van een gebrek aan de titel van vrijheidsbeneming of voortgezette vrijheidsbeneming. In casu had de officier van justitie de geldingsduur van het bevel tot inverzekeringstelling telefonisch verlengd. Het aan de verdachte ingevolge art. 59, vierde lid, Sv. uitgereikte bevel tot verlenging vermeldde wel welke officier het bevel had gegeven, maar was niet door die functionaris ondertekend. Die ondertekening vond eerst plaats een dag nadat het oorspronkelijk bevel tot inverzekeringstelling was geëxpireerd. Was voldaan aan het vormvoorschrift van art. 59, eerste lid, Sv.? De Hoge Raad antwoordde:

'Art. 59 lid 1 Sv. houdt in dat een bevel tot verlenging is gedagtekend en ondertekend. De strekking van deze bepaling, gelezen in verband met het bepaalde in het laatste lid van art. 58, brengt mee dat het bevel tot verlenging schriftelijk moet worden gegeven en behoort te worden ondertekend door de OvJ vóórdat de termijn van de verlenging een aanvang neemt en voordat een afschrift van het bevel krachtens art. 59 lid 4 aan de verdachte wordt uitgereikt.'

Aan het vormvoorschrift van art. 59, eerste lid, Sv. was dus niet voldaan. Wat was het rechtsgevolg van dit verzuim? Het Hof had de verlengingsbeschikking nietig geoordeeld, zodat de eiser (de verdachte) in vrijheid had moeten worden gesteld, ware het niet dat inmiddels een bevel tot bewaring was gegeven waarvan de rechtsgeldigheid niet zonder meer wordt aangetast door gebreken aan het vooraf-

9. President rb. Amsterdam, 20 maart 1986, KG 1986, 183; President rb. Breda, 18 juni 1987, KG 1987, 293, President rb. Breda, 10 juli 1987, KG 1987, 337; President r.b. Middelburg, 21 januari 1988, KG 1988, 91; President rb. Haarlem, 10 augustus 1988, KG 1988, 380.

10. NJ 1989, 915 (m.nt. EAA); zie ook A.E. Harteveld in NJB 1989, p. 109 e.v. en J.A.W. Lensing in Trema 1989, p. 12 e.v. In een noot onder President rb. Rotterdam, 1 september 1983, NJ 1983, 68 opperde ThWvV de wenselijkheid de inverzekeringstelling onder controle van de rechter-commissaris te stellen om te voorkomen dat in dit stadium een kort geding de strafzaak zou doorkruisen; die gedachte werd later opgenomen in het door de commissie Moons in maart 1989 naar aanleiding van de Brogan-zaak uitgebrachte rapport.

gaande bevel tot (verlenging van) inverzekeringstelling.[11] De Hoge Raad oordeelde anders, namelijk als volgt:

'Het eerste lid van art. 59 behelst een ten aanzien van het bevel tot verlenging van de inverzekeringstelling in acht te nemen vorm waarvan de wet niet bepaalt welke gevolgen aan het verzuim ervan zijn verbonden. Die gevolgen moeten derhalve worden vastgesteld met het oog op de belangen van de verdachte, ter bescherming waarvan het voorschrift strekt.'

De laatste zin van dit citaat behelst de richtlijn voor de rechter die de rechtsgevolgen moet vaststellen van een formeel gebrek aan een titel tot vrijheidsbeneming dat niet reeds krachtens de wet tot nietigheid van die titel leidt. Die richtlijn is niet nieuw[12] en kan ook door de strafrechter worden toegepast in andersoortige gevallen, waarin het niet om (voortgezette) vrijheidsbeneming gaat.

De Hoge Raad overwoog na bedoelde richtlijn voorop te hebben gesteld, dat de verdachte bij de voorgeschreven dagtekening en ondertekening van het bevel tot verlenging belang heeft omdat deze hem in staat stellen aan de hand van het uitgereikte afschrift te controleren of is voldaan aan de vereisten dat de verlenging is bevolen door een Officier van Justitie en dat dit is geschied vóór de expiratie van het bevel tot inverzekeringstelling. In het onderhavige geval had de eiser (de verdachte) die controlemogelijkheden op een andere wijze gekregen. De Hoge Raad oordeelde dan ook dat het verlengingsbevel niet aan nietigheid leed.

3. Onmiddellijke invrijheidstelling nadat de bewaring is bevolen

Art. 69 Sv. geeft de verdachte de bevoegdheid de opheffing van de voorlopige hechtenis te verzoeken aan de rechtbank. Is naast de rechtsgang van art. 69 Sv. plaats voor een vordering in kort geding tegen de Staat tot onmiddellijke invrijheidstelling wanneer de verdachte om wat voor reden dan ook de hechtenis onrechtmatig acht? De lagere rechtspraak is over deze vraag verdeeld. In veel gevallen werd de vraag bevestigend beantwoord.[13] De Hoge Raad heeft in deze materie op 16 maart 1990 een arrest gewezen.[14] De zaak lag als volgt: De eiser (verdachte) stelde dat hij zich onrechtmatiglijk in voorlopige hechtenis bevond; hij vorderde op die grond in kort geding onmiddellijke invrijheidstelling. In hoger beroep oordeelde het Hof te 's-Gravenhage[15] dat de rechter, beslissende op een

11. Vaste rechtspraak. Zie HR 4 maart 1975, NJ 1975, 241; HR 10 november 1981, NJ 1982, 45; HR 7 oktober 1988, NJ 1989, 510 (m.nt. C); HR 16 maart 1990, RvdW 1990, 68.

12. Vgl. HR 28 mei 1982, NJ 1982, 490.

13. Hof 's-Gravenhage, 26 april 1984, NJ 1985, 412; President rb. Haarlem, 18 november 1987, KG 1988, 6; President rb. Amsterdam, 23 september 1988, KG 1988, 446; President rb. Arnhem, 14 juli 1989, KG 1989, 304; President rb. Arnhem, 1 november 1989, KG 1989, 415. Anders echter: Hof 's-Gravenhage, 2 juni 1988, KG 1988, 363; Hof 's-Gravenhage, 29 september 1988, KG 1988, 415; Hof 's-Gravenhage, 10 november 1988, KG 1989, 23.

14. HR 16 maart 1990, RvdW 1990, 68

15. Hof 's-Gravenhage, 19 mei 1988, KG 1988, 282; het voert binnen het kader van dit opstel te ver uiteen te zetten waarom eiser de voorlopige hechtenis onrechtmatig oordeelde. Daarvoor leze men het arrest.

verzoek ex art. 69 Sv. tot opheffing van de voorlopige hechtenis, bevoegd is een oordeel te geven over de rechtmatigheid van de voorlopige hechtenis[16] en dat het te doen gebruikelijk is dat dergelijke verzoeken door de raadkamer van de rechtbank op korte termijn worden behandeld en beslist, 'zodat voorshands aannemelijk is dat (...), indien hij (eiser) in plaats van bij dagvaarding (...) een kort geding aan te spannen, een verzoek ex art. 69 voornoemd had ingediend, even snel een beslissing zou hebben gekregen.' Het Hof oordeelde dat voor de oorspronkelijke eiser een met voldoende waarborgen omgeven snelle rechtsgang in art. 69 Sv. gegeven was, zodat hij niet-ontvankelijk werd verklaard in zijn vordering. In cassatie werd deze beslissing aangevochten. In zijn arrest van 16 maart 1990 overwoog de Hoge Raad na de overwegingen van het Hof verkort te hebben weergegeven, als volgt:

'Aan een en ander heeft het Hof de gevolgtrekking verbonden dat er voor X een met voldoende waarborgen omklede snelle rechtsgang openstond die kon leiden tot een resultaat dat vergelijkbaar is met wat hij in kort geding heeft gevorderd en dat hij daarom in zijn vordering in kort geding niet-ontvankelijk moet worden verklaard. Deze gevolgtrekking is juist.

's Hofs hiervoor weergegeven oordelen zijn overigens naar de eis der wet omkleed.'

Laat deze beslissing en overweging van de Hoge Raad nu nog ruimte voor de mogelijkheid om in kort geding op grond van de onrechtmatigheid van de voorlopige hechtenis onmiddellijke invrijheidstelling te vorderen? Men leze in deze overwegingen niet meer dan er in staat. Er staat niet dat nu op grond van art. 69 Sv. opheffing van de voorlopige hechtenis kan worden verzocht een vordering in kort geding om onmiddellijke invrijheidstelling te bewerkstelligen ten allen tijde tot mislukking gedoemd is. Denkbaar is dat zich – bij dagvaarding te stellen – bijzondere omstandigheden voordoen welke een onmiddellijk ingrijpen van de kort-gedingrechter wèl rechtvaardigen en dat het onredelijk zou zijn van de gedetineerde eiser te vergen dat hij de beslissing van de raadkamer op een verzoek ex art. 69 Sv. afwacht. De door de Hoge Raad gesanctioneerde niet-ontvankelijkverklaring berust hierop, dat er een – met voldoende waarborgen omklede – rechtsgang openstond die – naar 's Hofs feitelijke vaststelling – even snel kon leiden tot een beslissing. Maar de feitelijke situatie is niet altijd aldus dat men 'even snel' een beslissing kan krijgen. In zeer spoedeisende gevallen kan de President binnen een dag beslissen,[17] maar een verzoek ex art. 69 Sv. wordt in de regel niet binnen een dag behandeld. Een binnen één dag of twee dagen te verkrijgen beslissing kan ten opzichte van een na een week te verkrijgen beslissing niet altijd worden beschouwd als een – om het in de terminologie van het besproken arrest te zeggen – 'vergelijkbaar resultaat.'

Het vorenbesproken arrest van de Hoge Raad zegt, dunkt mij, slechts dat een vordering in kort geding niet kan worden ontvangen wanneer een 'vergelijkbaar

16. Anders: President rb. 's-Gravenhage, 26 augustus 1987, KG 1987, 414.

17. Men denke in dit verband aan art. 290 lid 2 Rv., toegepast in de zaak die heeft geleid tot het arrest van de HR van 13 december 1985, NJ 1985, 229.

resultaat' kan worden bereikt bij een andere, strafvorderlijke, rechtsgang. De mate van vergelijkbaarheid is echter mede van feitelijke aard en staat daarom deels ter beoordeling van de feitenrechter.

Aandacht verdient het vonnis van de President van de rechtbank te Arnhem van 1 november 1989, KG 1989, 415. In kort geding werd onmiddellijke invrijheidstelling gevorderd wegens het verstreken zijn van de geldingsduur van een bevel tot gevangenneming. De President verwierp het verweer van de Staat dat eiser de rechtsgang van art. 69 Sv. had moeten volgen aangezien de raadkamer in een geval als dit geen taak heeft omdat het bevel was uitgewerkt. De raadkamer heeft wèl een taak wanneer ex art. 69 Sv. opheffing van de voorlopige hechtenis wordt verzocht omdat een of meer gebreken kleven aan het bevel tot gevangenhouding of -neming dan wel verlenging daarvan, of zich bij de tenuitvoerlegging daarvan onregelmatigheden hebben voorgedaan.

4. De andere, strafvorderlijke, rechtsgang

Uit het vorenstaande is gebleken dat het voor de ontvankelijkheid van de vordering in kort geding van groot belang is of er een andere, en wel strafvorderlijke, rechtsgang gevolgd had kunnen worden. De door de Hoge Raad in het vorenbesproken arrest gevolgde redenering is ook toepasbaar in andere gevallen waarin in kort geding wordt gevorderd wat bereikbaar is bij toepassing van een strafvorderlijk rechtsmiddel. Zo kan in de regel in kort geding geen opheffing van een strafvorderlijk beslag worden gevorderd omdat art. 552a Sv. aan belanghebbenden een met voldoende waarborgen omklede bijzondere rechtsgang biedt waarin op een korte termijn pleegt te worden beslist.[18] Door toepassing van de bijzondere rechtsgang die het Wetboek van Strafvordering geeft kan men een resultaat bereiken vergelijkbaar met wat men in kort geding zou willen bereiken.

Juist in deze materie heeft zich een – ietwat bizar – geval voorgedaan, waarin die bijzondere rechtsgang *niet* zou leiden tot een resultaat vergelijkbaar met wat in kort geding zou kunnen worden bereikt en waarin het verschil gelegen was in de termijn waarbinnen de eiser/belanghebbende een rechterlijke beslissing kon verkrijgen. Het geval was als volgt:

Eiser, wonende in Oldenburg, West-Duitsland, was de gelukkige bezitter van een grijze roodstaart-papegaai. Het dier was afkerig van vreemden en kon bij eisers afwezigheid alleen worden ondergebracht bij eisers vader, die in Nederland woonde. Aldus was eiser al een keer of twintig met zijn papegaai de grens bij Nieuweschans gepasseerd, voorzien van een 'Amtstierärztliche Bescheinigung'. Een indrukwekkend aantal terzake deskundige Nederlandse en Duitse autoriteiten waaronder het 'Amt für Veterinärwesen' in Bonn, had hem verzekerd dat hij met deze 'Bescheinigung' kon volstaan. Maar ziet: Op 23 augustus 1989 nam een ijverige (en nog deskundiger?) ambtenaar van de Algemene Inspectiedienst van

18. President rb. Alkmaar, 3 mei 1989, KG 1989, 202.

het Ministerie van Landbouw en Visserij het diertje in strafrechtelijk beslag op grond van verdenking van overtreding van art. 2 In- en uitvoerbesluit bedreigde uitheemse dier- en plantensoorten. De eigenaar van de papegaai dagvaardde vrijwel onmiddellijk de Staat der Nederlanden in kort geding tot teruggave van de papegaai, stellende dat een vreemde omgeving bij het dier zou leiden tot mentale deficiëntie, zich uitend in zgn. 'featherpeaking'. Tegelijk deed hij beklag ex art. 552a Sv. Dit beklag zou eerst een week na de inbeslagneming, nl. op 30 augustus 1989, kunnen worden behandeld. De Staat deed op grond van het bestaan van een bijzondere rechtsgang de niet-ontvankelijkheid van de vordering in kort geding bepleiten, maar de President overwoog:[19]

'Volgens de gebruikelijke gang van zaken zal een klaagschrift op grond van art. 552a Sv. pas kunnen worden behandeld in raadkamer op woensdag 30 augustus a.s., nog afgezien van de vraag of dan een proces-verbaal aanwezig zal zijn.

In dit geval is onverwijlde spoed geboden op grond van bij de inbeslaggenomen papegaai te verwachten afwijkend gedrag, zoals uitvoerig omschreven in de overgelegde documentatie, welke door gedaagde niet of onvoldoende is bestreden. Op grond van die geboden onverwijlde spoed kan de bedoelde periode tot de behandeling van het klaagschrift niet worden afgewacht, zodat de rechtsgang van art. 552a Sv. niet in de weg staat aan een beroep op de President in kort geding.'

De Staat verweerde zich voorts met de stelling dat handhaving van het beslag nodig was in verband met de mogelijkheid van verbeurdverklaring. De President verwierp ook dit verweer omdat aannemelijk leek dat in de strafzaak een beroep op afwezigheid van alle schuld in de vorm van rechtsdwaling zou opgaan. De vordering in kort geding werd toegewezen, twee dagen nadat de papegaai in beslag was genomen en vijf dagen voordat de raadkamer aan de behandeling van het beklag ex art. 552a zou zijn toegekomen. Het volgen van de bijzondere rechtsgang kon in dit geval niet leiden – om het in de bewoordingen van HR 16 maart 1990 te zeggen – tot 'een resultaat dat vergelijkbaar is met wat hij (eiser) in kort geding heeft gevorderd.'

In verband met het vorenstaande is ook van belang het arrest van de Hoge Raad van 25 juni 1982, NJ 1983, 194, waar het onder meer ging om de verhouding tussen een bijzondere rechtsgang krachtens de Beginselenwet Gevangeniswezen en de vordering in kort geding. De in kort geding gevraagde beslissing kon ook worden gegeven door de inmiddels geadieerde beklagcommissie. De Hoge Raad overwoog dat de kort-gedingrechter zich ter beoordeling van de vraag of een onmiddellijke voorziening is vereist, zal hebben af te vragen of de beslissing van de beklagcommissie al dan niet kan worden afgewacht.

5. Toetsing in kort geding van het opsporings- en vervolgingsbeleid van het openbaar ministerie

In toenemende mate wordt de president in kort geding benaderd om het beleid

19. President rb. Groningen, 25 augustus 1989, KG 1989, 389.

van het OM te toetsen op zijn rechtmatigheid en zelfs om bepaalde daden van vervolging uit te lokken. Het lijkt wenselijk dat de president daarbij de uiterste terughoudendheid in acht neemt.[20] Doet hij dat altijd? Wij bezien drie recente 'krakers-arresten' van de Hoge Raad met het oog op deze vraag.[21]

In deze drie gevallen had de Officier van Justitie aangekondigd op basis van art. 138 Sr. te zullen overgaan tot aanhouding van de van huisvredebreuk verdachte personen en diensvolgens tot feitelijke ontruiming van de gekraakte panden. De verdachten vorderden in kort geding een verbod van deze maatregelen. In één wees de President de vordering toe, maar in hoger beroep wees het Hof in alle drie gevallen de eis af. In alle drie gevallen klaagde de advocaat van de krakers er bij de Hoge Raad over dat het Hof er niet mee had mogen volstaan te onderzoeken of de Officier van Justitie in redelijkheid heeft kunnen oordelen of de gekraakte woning bij de eigenaar 'in gebruik' was in de zin van art. 138 Sr., maar dat het Hof deze vraag zelf in volle omvang had moeten onderzoeken. In alle drie gevallen oordeelde de Hoge Raad dat het Hof dat ook had gedaan, zodat het desbetreffende cassatiemiddel feitelijke grondslag miste. De drie krakers-arresten leren mitsdien niets omtrent de vraag hoe ver de toetsingsbevoegdheid van de kort-gedingrechter gaat. Het merkwaardige is dat het Hof in alle drie gevallen in een inleidende overweging aankondigde – naar mijn mening zeer terecht – slechts marginaal te zullen toetsen, maar dan in werkelijkheid overgaat tot een volledige beantwoording van de vraag of de krakers zich aan huisvredebreuk schuldig maakten. In één van de drie arresten (RvdW 1989, 260) besliste de civiele kamer van de Hoge Raad dat het Hof blijk had gegeven van een onjuiste opvatting van art. 138 Sr. door op grond van de vastgestelde feiten en omstandigheden aan te nemen dat deze bepaling was overtreden. Ten principale rechtdoende bekrachtigde de Hoge Raad in die zaak het vonnis van de President die de verbodsvordering had toegewezen. Aldus heeft de civiele rechter verhinderd dat de Officier van Justitie dwangmiddelen toepaste met het oog op een in te stellen strafvervolging waardoor in feite die strafvervolging niet meer mogelijk was. Dit lijkt op het eerste gezicht heel ver te gaan, te ver. Maar de verbazing daarover wordt sterk gematigd door de gedachte dat er nog geen strafvervolging wàs ingesteld en – in dit verband belangrijker – dat ten processe ook niet was vastgesteld dat de dwangmiddelen zouden worden gevolgd door een dagvaarding voor de strafrechter of een andere daad van vervolging. Wanneer er (nog) geen strafvervolging is ingesteld en mitsdien nog niet vaststaat dat de rechtmatigheid van de dwangmiddelen in kwestie ter terechtzitting van de strafrechter kan worden getoetst, wie anders dan de kort-gedingrechter zou dan de rechtmatigheid van dit diep ingrijpend optreden van de strafvorderlijke overheid kunnen toetsen? Zolang er geen strafvervolging is ingesteld lijkt mij in gevallen als hiervoor besproken geen bezwaar te bestaan tegen volledige toetsing van de vraag of er werkelijk een strafbaar feit is gepleegd.[22]

20. Idem Th.W. van Veen in zijn annotatie (ad 4) van HR 13 december 1985, NJ 1986, 229. Zie ook G.J.M. Corstens, in: De president in kort geding in strafzaken, p. 24 van Ad personam (Enschedé-bundel).

21. Het in de vorige noot vermelde arrest alsmede twee arresten van 17 november 1989, RvdW 1989, 260 en 261.

22. Idem Th.W. van Veen in zijn annotatie van HR 31 oktober 1986, NJ 1987, 173.

Wanneer wèl vaststaat dat een strafvervolging is of wordt ingesteld, ligt het anders. Dan kan het optreden van de strafvorderlijke overheid worden getoetst door de strafrechter, bijvoorbeeld – ik denk nu niet meer aan de krakersgevallen – binnen het kader van de behandeling van een verweer dat het bewijs op onrechtmatige wijze is verkregen. Er bestaat dan weer een situatie vergelijkbaar met die waarin men kan zeggen dat er een 'andere rechtsgang' is. Het is wegens de kans op tegenstrijdige beslissingen onwenselijk dat de civiele rechter de strafrechter voor de voeten loopt door strafrechtelijke vragen in volle omvang te behandelen. De 'andere rechtsgang', die bij de strafrechter, kan tot een 'vergelijkbaar resultaat' leiden. Of dat zo is hangt van de feitelijke omstandigheden van het geval af, waarbij ook de spoedeisendheid van de gevraagde voorziening weer een belangrijke rol speelt. In het algemeen behoort het echter uitzondering te zijn dat de president in kort geding zich mag uitlaten over een vraag waarover later de strafrechter zal oordelen. Er kùnnen zich omstandigheden voordoen die daartoe nopen, maar dan zal de president het beleid van de strafvorderlijke overheid toch alleen mogen doorkruisen wanneer geen redelijk denkend mens dit beleid zou hebben gevoerd.

Bevredigend is het niet dat de rechtmatigheid van het strafvorderlijk optreden van de overheid binnen het kader van een strafvervolging doorgaans alleen bij de behandeling van de strafzaak ter terechtzitting volledig kan worden getoetst. Onder omstandigheden kan eerdere toetsing gerechtvaardigd zijn, en dan niet marginaal, maar volledig. Dat zou dan niet door de president in kort geding moeten geschieden, maar door een rechter binnen het strafrechtelijk circuit. Het ontwerp van een nieuw wetboek van strafvordering van de Nederlandse Antillen introduceert een strafrechtelijk kort geding, te voeren voor de rechter-commissaris. Daar is veel voor te zeggen.[23]

Ging het in de hiervoor besproken gevallen om pogingen om in kort geding een tot de officier van justitie gericht verbod te verkrijgen tot het verrichten van bepaalde strafvorderlijke handelingen, het is ook voorgekomen dat langs deze weg is getracht de officier van justitie tot bepaalde handelingen te dwingen.

Een poging in kort geding een bevel tot vervolging uit te lokken mislukte:[24] De verdachte in de geruchtmakende 'paskamermoord' meende dat ten aanzien van twee andere personen een redelijk vermoeden van schuld aan deze misdaad bestond. Het OM weigerde echter een vervolging tegen deze personen in te stellen. In kort geding weigerde de President eveneens het bevel te geven aan de Officier van Justitie tot het instellen van een vervolging, zich daarbij beroepend op de bijzondere rechtsgang van art. 12 e.v. Sv. De uitslag van dit kort geding is bevredigend, daargelaten of eiser 'rechtstreeks belanghebbende' was in de zin van art. 12 Sv.

Nog een soortgelijk geval. Een verdachte die zich in voorlopige hechtenis bevindt

23. Zie hierover uitvoerig J.M. Reijntjes: Een nieuwe Strafvordering, DD 1989, p. 743 e.v.
24. President rb. Haarlem, 24 juli 1987, KG 1987, 376.

kan ter zake van het feit waarvoor hij gehecht is de instelling van een gerechtelijk vooronderzoek verzoeken: Zie art. 184, tweede lid, Sv. Een verdachte die zich op vrije voeten bevindt, kan dat niet.[25] Dat ondervond een persoon die ervan werd verdacht dat hij in een auto rijdende 'onder invloed' een andere auto had aangereden, bij welke aanrijding de bestuurder van die andere auto zodanig werd verwond dat hij kort na de aanrijding overleed. Politieonderzoek had uitgewezen dat het slachtoffer zelf ook riekte naar alcohol. De verdachte achtte het van belang dat het alcoholpromillage in het bloed van het slachtoffer werd vastgesteld. Daarvoor was nodig een onderzoek van het stoffelijk overschot, dat reeds was vrijgegeven en zou worden gecremeerd. Eiser vorderde een bevel aan de Staat (de Officier van Justitie) een gerechtelijk vooronderzoek te vorderen en daarbij een onderzoek te vorderen naar vorenbedoeld alcoholpromillage. Uit het gepubliceerde vonnis[26] blijkt niet of eiser eerst had geprobeerd op grond van art. 151 sub 2e Sv. een deskundigenonderzoek te verkrijgen. De President liet zich niet uit over deze 'andere rechtsgang' om een 'vergelijkbaar resultaat' te verkrijgen – daargelaten dat men hier nauwelijks van een 'andere rechtsgang' kan spreken – maar oordeelde dat de door de eiser gewenste bloedproef geen bijdrage kon leveren aan het onderzoek in de strafzaak tegen eiser. De vordering werd afgewezen.

6. Slot

De beperkte mij toegemeten ruimte laat slechts toe dat ik enkele hoofdlijnen trek in een nieuwe materie die tot inzet heeft de vraag: Onder welke omstandigheden mag de kort-gedingrechter ingrijpen in het strafrechtelijk gebeuren en hoe ver mag hij daarbij gaan? Uit het voorgaande blijkt dat van belang is: (1) of een direct werkende bepaling van een mensenrechtenverdrag (art. 5 lid 3 EVRM) rechterlijke toetsing voorschrijft en onze strafvordering geen rechter voor deze toetsing aanwijst; (2) of er een 'strafvorderlijke rechtsgang' is die tot een 'vergelijkbaar resultaat' leidt: dan kan de president niet optreden, maar op grond van spoedeisendheid zou ook wel anders kunnen worden geoordeeld; (3) of de strafvorderlijke maatregelen waartegen men in kort geding wil opponeren al dan niet worden genomen binnen het kader van een aangevangen of aan te vangen strafvervolging.

De onder auspiciën van de Nederlandse orde van advocaten opererende Stichting Strafrechtpraktijk organiseert voor advocaten een cursus over ons onderwerp. De conclusies die Leijten als advocaat-generaal heeft geschreven in de processen die hebben geleid tot de hiervoren genoemde arresten van de Hoge Raad zouden in ieder geval moeten behoren tot verplicht studiemateriaal voor de cursisten.

Den Haag, mei 1990

25. Zie hierover J.P. Balkema, Het nieuwe artikel 184, lid 2, Sv. in DD 1975 p. 490 e.v., i.h.b. p. 495.

26. President rb. Breda, 7 januari 1988, KG 1988, 77.

W.C.L. van der Grinten

Beperkingen cassatieberoep in burgerlijke zaken; verlofstelsel?

1. In zijn nota over herziening rechterlijke organisatie (kamerstukken 1988–1989, 21 206 nr. 2) schrijft de ambtsvoorganger van de huidige minister van Justitie, dat het onontkoombaar is om op een incisieve doch verantwoorde wijze een halt toe te roepen aan het aantal zaken dat jaarlijks door de Hoge Raad moet worden beoordeeld. Hij voegt hieraan toe dat het model van het rechterlijk verlof een goed aanvaardbaar model kan zijn om dit doel te bereiken.

De minister deelt mede, dat hij de Hoge Raad en de procureur-generaal zal vragen hem van advies te dienen over de introductie van een systeem van rechterlijk verlof voor de cassatierechtspraak. De Hoge Raad en de procureur-generaal hebben hun adviezen nog niet uitgebracht. Blijkens mededelingen van leden van de Hoge Raad heeft binnen de Hoge Raad nog geen beraad over de ministeriële vraag plaatsgevonden. Er is een aantal publikaties over dit onderwerp verschenen[1] en laatstelijk is op het Nijmeegs symposium over herziening rechterlijke organisatie op 21 juni 1990 over dit onderwerp gesproken.

Over dit onderwerp, beperkt tot de civiele rechtspraak, wil ik enkele opmerkingen maken.

2. In onze rechterlijke organisatie neemt de Hoge Raad een geheel eigen plaats in. De Hoge Raad is cassatierechter. Als functies van de cassatie plegen in uiteenlopende bewoordingen te worden genoemd: het bevorderen van de rechtseenheid, het leiding geven aan de rechtsontwikkeling en het bieden van rechtsbescherming in de vorm van controle op en het bewaken van de kwaliteit van de lagere rechtspraak.

De eerste twee functies kunnen desnoods worden onderscheiden, doch niet gescheiden. Leiding geven aan de rechtsontwikkeling houdt uiteraard in bevordering van de rechtseenheid. De grondgedachte is, dat de materiële draagwijdte van beslissingen van de Hoge Raad verder reikt dan het berechte geval. De beslissing leent zich voor generalisering en in redelijkheid mag worden verwacht dat de lagere rechtspraak zich in het algemeen zal conformeren aan de uitspraak en de overwegingen van de Hoge Raad en dat de Hoge Raad als regel zal streven naar de continuïteit in zijn rechtspraak. De ervaringen in de praktijk komen hiermede overeen. Een revolte van lagere rechters tegen uitspraken van de Hoge Raad komt zelden voor. Een uitspraak van de Hoge Raad over hetgeen naar zijn oordeel

1. De laatste publikatie is die van Dr. P.J. van Koppen in NJB 1990, p. 14. Bij deze publikatie is een literatuurlijst gevoegd; ik volsta met hiernaar te verwijzen.

rechtens geldt, heeft een groot gezag; de lagere rechter zal slechts bij uitzondering in zijn uitspraken een andere visie op het recht ontwikkelen dan de Hoge Raad heeft gedaan. De Hoge Raad zelf zal slechts bij uitzondering terugkomen op vroegere door hem over het recht gegeven beslissingen. Een gelukkige ontwikkeling is, dat de Hoge Raad tegenwoordig bereid blijkt duidelijk en gemotiveerd aan te geven indien hij terugkomt op een vroegere uitspraak. Ook in beschrijvingen van het geldend recht in de literatuur wordt aan de rechtspraak van de Hoge Raad grote waarde gehecht. Indien de Hoge Raad duidelijk en onomwonden over een bepaalde rechtsvraag heeft beslist, wordt dit als geldend recht aanvaard.

De genoemde eerste functies zijn typisch functies van de hoogste rechter, dus in civiele zaken van de Hoge Raad als cassatierechter. De rechtspraak van de Hoge Raad heeft een generale rechtsvormende waarde. Rechtsbeslissingen van lagere rechters hebben zulk een rechtsvormende waarde niet; ook niet van rechters die in appel oordelen. Men kan een arrest van bijvoorbeeld het hof van Amsterdam interessant vinden. Geen auteur zal echter aannemen dat een bepaalde opvatting over hetgeen rechtens is, moet worden aangenomen *omdat* het hof in Amsterdam aldus heeft beslist. Het is mijns inziens ook niet te betreuren, dat in de Nederlandse jurisprudentie slechts betrekkelijk weinige uitspraken van lagere rechters worden opgenomen.

Iets anders ligt dit indien in eerste instantie of in appel slechts één college rechtsmacht heeft. Men denke in het bijzonder aan de Ondernemingskamer van het Amsterdamse hof. Zulk een gespecialiseerd college zal naar rechtseenheid streven en zal een zekere leidende rol bij de rechtsontwikkeling pogen te vervullen. De omstandigheid echter dat in het algemeen beroep in cassatie openstaat tegen beslissingen van het college brengt mede, dat de rechtsvormende waarde van de beslissingen van het college sterk moet worden gerelativeerd. Beslissingen van het college zijn niet beslissingen van de hoogste rechter; het geldende recht wordt door dit college niet bepaald.

In het jaar 1989 heeft de civiele kamer van de Hoge Raad 470 uitspraken gedaan. Zijn al deze uitspraken voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling van belang? Het antwoord moet zeker ontkennend luiden. Het merendeel, naar mijn mening het overgrote deel van de uitspraken, heeft geen belangrijke meerwaarde boven de beslissing van het concrete geval. Dit geldt vooreerst voor de beslissingen die een cassatieberoep ongegrond verklaren. Omstreeks drievierde van de cassatieberoepen in civiele zaken wordt verworpen. Er zijn uitspraken met overwegingen die uit een oogpunt van rechtseenheid en rechtsontwikkeling van een zeker belang zijn; veelal is dit echter niet het geval. Ook bij uitspraken die tot vernietiging leiden, zijn er niet weinige die voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling niet of nauwelijks van betekenis zijn. In het bijzonder is dit het geval bij uitspraken waarin motiveringsklachten gegrond worden geoordeeld.

Uit het oogpunt van rechtseenheid en rechtsontwikkeling heeft de Nederlandse rechtsgemeenschap geen behoefte aan 470 uitspraken van de Hoge Raad in één jaar. Slechts een betrekkelijk gering percentage van deze uitspraken heeft relevantie uit dit oogpunt. Een zekere maatstaf voor relevantie kan men vinden in het aantal uitspraken dat in de Nederlandse jurisprudentie wordt geannoteerd. Globaal kan men mijns inziens stellen dat wat niet wordt geannoteerd een 'meerwaarde' niet heeft.

Voor de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling behoeft een verlofstelsel niet bedenkelijk te zijn.

3. Als derde functie van de cassatierechtspraak pleegt te worden genoemd de rechtsbescherming. Het huidige stelsel van de civiele cassatie houdt in, dat als regel elke procespartij tegen elke beslissing in hoogste feitelijke instantie gewezen vernietiging van de beslissing bij de Hoge Raad kan vragen. Een cassatieberoep is een gewoon rechtsmiddel, dat ter vrije dispositie van procespartijen staat. Het behoort tot de processuele bevoegdheid van een partij om het beslissend oordeel van de hoogste rechter te vragen. Hieraan moet echter worden toegevoegd, dat dit niet een oordeel in volle omvang is. De gronden waarop cassatie kan worden gevraagd, zijn immers beperkt.

Invoering van een verlofstelsel zou een fundamentele breuk met het huidige stelsel betekenen. Een procespartij zou niet meer het recht hebben een uitspraak van de lagere rechter ter vernietiging voor te dragen. Zij zou afhankelijk zijn van het haar verleende verlof om dit te doen. Zij is niet meer vrij om recht te zoeken bij de hoogste rechter.

Tegen een verlofstelsel bestaan bedenkingen. Er wordt aan de justitiabelen een recht ontnomen dat in ons land op een lange traditie berust. Er ontstaat een zekere ongelijkheid van procederende partijen. De een krijgt verlof om zijn zaak aan het oordeel van het hoogste rechtscollege te onderwerpen, aan de ander wordt dit verlof geweigerd. Een partij is niet meer dominus litis over een procedure in hoogste instantie. Zij is afhankelijk van de verlofgevende autoriteit. Velen zullen het als onbevredigend ervaren dat wel het initiatief tot de beslissing van de hoogste rechter bij procespartijen ligt, doch dat deze geen zekerheid hebben dat de door haar geadieerde rechter zijn oordeel zal geven.

Een zekere bedenking is ook, dat de cassatieprocedure in twee fasen moet worden gevoerd. In de eerste fase is de inzet om de verlofautoriteit te overtuigen dat het verlof dient te worden verleend. De hierop gerichte argumentatie zal moeten worden gegeven. Eerst nadat men in de eerste fase is geslaagd het verlof te bekomen, kan de zaak ten principale aan de orde komen.

4. De – vorige – minister van Justitie heeft als zijn mening gegeven dat het onontkoombaar is om een halt toe te roepen aan het aantal zaken dat jaarlijks door de Hoge Raad moet worden beoordeeld. In de civiele rechtspraak is de achterstand tot 1989 voortdurend gegroeid. In 1990 is er een lichte kentering. Per 1 januari 1989 waren bij de Hoge Raad aanhangig 644 civiele zaken, op 31 december 1989 675, op 1 januari 1991 634. Het aantal uitspraken bedroeg in 1989 470, in 1990 425. De gemiddelde duur van de civiele procedure bij de Hoge Raad loopt tegen de anderhalf jaar. Of deze duur zonder nadere voorziening in de toekomst zal dalen, is moeilijk te voorspellen. Men zou kunnen stellen, dat de lange duur van de cassatieprocedure de animo om in cassatie te gaan zal verminderen. Hier tegenover kan men aanvoeren, dat de omstandigheden kunnen medebrengen dat een partij gaarne ziet dat een cassatieprocedure lang duurt. Men denke aan uitspraken van lagere rechters die niet uitvoerbaar bij voorraad zijn en waarvan een partij meent dat de uitvoerbaarheid zo lang mogelijk moet worden voorkomen.

Uit het oogpunt van goede rechtsbedeling is het bedenkelijk, dat ingevolge een

overbelasting van het met rechtspraak belaste college zaken zeer geruime tijd blijven liggen. Een belangrijke uitbreiding van de Hoge Raad acht de minister niet een aanvaardbaar middel om overbelasting van de leden van het college op te heffen. Het college zou dan te groot worden om zijn taak goed te vervullen. Momenteel telt de civiele kamer van de Hoge Raad 11 leden en een raadsheer in buitengewone dienst. Verdere uitbreiding van de civiele kamer zouden de afstemming en de coördinatie, die voor de rechtseenheid en het leiding geven aan de rechtsontwikkeling nodig zijn, bemoeilijken en zou een goede taakuitoefening in gevaar kunnen brengen. Met deze gedachte van de minister kan wel worden ingestemd. Hiermede is echter niet gezegd, dat het getal van 12 leden van de civiele kamer uit het oogpunt van een goede taakvervulling het hoogst toelaatbare is. Wel kan men mijns inziens stellen, dat aan een grote uitbreiding van de civiele kamer belangrijke schaduwzijden zijn verbonden.

5. In ons systeem van cassatie in civiele zaken zijn van oudsher elementen aanwezig, die een zekere remmende invloed hebben op de toevloed van zaken bij de Hoge Raad. Rechtsbijstand is in de civiele cassatie verplicht. Aan de Hoge Raad moeten cassatiemiddelen worden voorgelegd; cassatie kan slechts plaatsvinden indien een middel door de Hoge Raad gegrond wordt geoordeeld. In feite heeft dit mede gebracht, dat de cassatiepraktijk tot een vrij gering aantal Haagse advocatenkantoren is beperkt. De cassatiepraktijk in civiele zaken is een gespecialiseerde praktijk. Men kan aannemen, dat deze specialisatie tot een zekere selectie leidt. Bij een negatief advies van een cassatie-advocaat zal niet zelden een beroep in cassatie niet worden ingesteld. Deze selecterende functie van de cassatiespecialisten in de advocatuur heeft echter niet kunnen verhinderen, dat het aantal zaken waarmede de Hoge Raad wordt geconfronteerd tot dusver voortdurend toeneemt.

Maatregelen zijn getroffen om de efficiency in de rechtsbedeling van de Hoge Raad te bevorderen. De toelichting en bestrijding van cassatieberoepen pleegt bij schriftelijke pro forma pleidooien te geschieden. De Hoge Raad beschikt over een wetenschappelijk bureau. De Hoge Raad vonnist in beginsel met vijf raadsleden, doch de voorzitter van de kamer kan bepalen dat een zaak die hem daartoe geschikt voorkomt wordt behandeld en beslist door drie leden van de kamer (art. 102 RO). Zeer belangrijk is voorts in dit verband de bepaling van art. 101a RO, dat indien de Hoge Raad oordeelt dat een aangevoerde klacht niet tot cassatie kan leiden en niet noopt tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid of de rechtsontwikkeling, hij zich bij de vermelding van de gronden van zijn uitspraak kan beperken tot dit oordeel. Over deze laatste bepaling zou ik nog een opmerking willen maken.

6. De bepaling van art. 101a RO geeft aan de Hoge Raad de mogelijkheid om zonder motivering uitspraken te doen. Een niet gemotiveerde uitspraak zal als regel veel minder tijd vragen dan een gemotiveerde uitspraak. De Hoge Raad besteedt terecht zeer veel aandacht aan de motivering van gemotiveerde beslissingen. Het opstellen van een gemotiveerde uitspraak, het beraad over een door de opsteller opgemaakt concept zal als regel vrij veel tijd vragen. De verwerping

van een cassatieberoep wordt veel eenvoudiger indien geen motivering wordt gegeven.

De belangen van partijen worden niet gelaedeerd door het achterwege laten van de motivering van een verworpen beroep. Uit de verwerping volgt, dat de Hoge Raad de beslissing van het rechtscollege waartegen beroep is ingesteld, niet onjuist oordeelt en dat de motivering van de lagere rechter de toets van de hoogste rechter kan doorstaan. Vast komt te staan, dat de door de eiser tot cassatie voorgestelde middelen worden verworpen. Een reëel belang van partijen bij de motivering van de verwerping van een beroep zal als regel niet of nauwelijks aanwezig zijn.

Het overgrote deel van de verworpen beroepen in cassatie *noopt* naar mijn overtuiging niet tot beantwoording van rechtsvragen in het belang van de rechtseenheid en de rechtsontwikkeling. De belangrijkste gevallen waarin dit anders ligt zijn gevallen waarin de Hoge Raad het bestreden rechtsoordeel wel juist acht, doch de daarvoor gegeven motivering onaanvaardbaar oordeelt. Dit zijn uitzonderingsgevallen. Veelal zal een cassatieberoep worden verworpen, omdat de cassatiemiddelen de beslissingen van de lagere rechter naar de mening van de Hoge Raad onjuist verstaan of omdat de beslissing zo zeer verweven is met de vaststelling en interpretatie van feiten door de rechter die over de feiten oordeelt, dat het beroep moet worden afgewezen.

De bepaling van art. 101a RO is in werking getreden op 1 juli 1988. Er zijn sedertdien niet weinige arresten van de Hoge Raad gepubliceerd waarin het cassatieberoep ongegrond werd verklaard met een gedegen motivering. Naar mijn mening behoefde het merendeel van deze beslissingen uit hoofde van rechtseenheid en rechtsontwikkeling geen motivering.

Men krijgt de indruk, dat de toepassing van art. 101a RO zich nog in een experimenteel stadium bevindt en dat de Hoge Raad tot dusver terughoudend is met de toepassing. Dit zou anders kunnen worden. De Hoge Raad zou gemotiveerde beslissingen tot ongegrond verklaren van een cassatieberoep kunnen beperken tot die gevallen waarin notoir duidelijk is dat rechtseenheid en rechtsontwikkeling tot motivering nopen.

Men zou dan tot het resultaat komen dat grote gelijkenis vertoont met het Duitse stelsel bij het Bundesgerichtshof. Voor een civiele procedure bij het Bundesgerichtshof geldt een toelatingsstelsel. Toelating kan echter niet worden geweigerd, indien het beroep op het hoogste rechtscollege kans van slagen heeft.

Er is een verschil tussen het Nederlandse en het Duitse stelsel. In Nederland wordt steeds een uitspraak ten principale gegeven nadat partijen in de gelegenheid zijn gesteld hun visie op de cassatiemiddelen toe te lichten en na conclusie van het openbaar ministerie. In het Duitse stelsel worden vele ongegronde beroepen afgedaan in de verlofprocedure. Of dit veel verschil zal maken voor de werklast van het rechtsprekende college kan echter worden betwijfeld. In beide stelsels is nodig, dat het college in een beoordeling treedt van de uitspraken waartegen een partij beroep wil instellen.

Indien de Hoge Raad ertoe zou overgaan om in ruime mate gebruik te maken van de hem in art. 101a RO gegeven bevoegdheid, zou dit mijns inziens een duidelijke vermindering van de werklast medebrengen. Het aantal cassatieberoepen dat wordt verworpen is veel groter dan het aantal geslaagde beroepen. Het ligt

naar mijn mening in de rede, dat in raadkamer veel gemakkelijker overeenstemming zal worden bereikt of een meerderheid zal worden verkregen voor verwerping van een cassatieberoep dan dat de motivering van de verwerping van het beroep voldoende instemming heeft. Het niet zelden moeizame overwegen en heroverwegen van concepten van beslissingen kan achterwege blijven.

Een bijkomend voordeel is, dat de trouwe lezers van de civiele rechtspraak in de Nederlandse Jurisprudentie veel 'leesvoer' bespaard zal blijven; de selecterende arbeid van schrijvers van boeken en artikelen zal eenvoudiger worden.

De Hoge Raad moet niet te gemakkelijk aannemen, dat zijn beslissingen tot verwerping van cassatieberoepen van belang zijn voor rechtseenheid en rechtsontwikkeling. Een enkele interessante rechtsoverweging in een uitspraak is hiervoor onvoldoende. Het criterium van art. 101a RO – niet nopen – leent zich voor ruime toepassing.

7. Het niet motiveren van de verwerping van het cassatieberoep brengt op zichzelf niet mede dat de toevloed van zaken naar de Hoge Raad zal verminderen. Niet ondenkbaar is echter, dat het als regel zonder motivering verwerpen van een ongegrond cassatieberoep op de cassatieadvocatuur een psychologisch effect zal hebben. De cassatie-advocaat, zijn correspondent, de cliënt, zullen wellicht een ongemotiveerde ongegrondverklaring als een ernstiger 'nederlaag' ervaren dan wanneer de Hoge Raad de ongegrondheid min of meer omstandig motiveert. Dit zou tot gevolg kunnen hebben, dat de cassatieadvocatuur scherper gaat selecteren en het aantal negatieve adviezen omtrent de 'gok' van de cassatie zal toenemen. Een negatief advies van een cassatie-advocaat zal bij de beslissing om al dan niet in cassatie te gaan voor de cliënt en voor de correspondent van veel betekenis zijn.

Een zekere afschrikwekkende werking zou ook kunnen hebben de kostenveroordeling in de cassatieprocedure. De kosten die de Hoge Raad ten laste van de verliezende partij pleegt te brengen, zijn bescheiden. Veelal zullen de declaraties van de cassatie-advocaten belangrijk hoger zijn dan de bedragen die de Hoge Raad als kosten aan de winnende partij toekent. Het zou mijns inziens allerminst onredelijk zijn, dat een kostenveroordeling van de verliezende partij in dezelfde orde van grootte ligt als de declaratie die de winnende partij van haar advocaat ontvangt, in het bijzonder bij een cassatieberoep dat de Hoge Raad ongegrond verklaart. De partij die door haar wederpartij in een cassatieprocedure wordt betrokken, staat hier machteloos tegenover; bij verwerping van het beroep ware zij volledig schadeloos te stellen voor de kosten die zij in cassatie moet maken. Het risico van een veroordeling in de reële kosten van de wederpartij zou kunnen medebrengen, dat in een aantal gevallen cassatieberoepen achterwege blijven.

Een remmende invloed op cassatieberoepen zou wellicht ook kunnen worden uitgeoefend indien motiveringsklachten slechts bij uitzondering succes zouden hebben. De Hoge Raad stelt veelal vrij hoge eisen aan de consistentie van bij de uitspraken gegeven motiveringen. Indien de Hoge Raad meent dat zijn werklast te hoog is, zou terughoudendheid bij aanvaarding van cassatiemiddelen die de motivering betreffen enig soelaas kunnen bieden.

Beperking van de beroepen in cassatie kan voorts door de wetgever worden bereikt, indien de regel van art. 100 RO niet alleen zou gelden voor vonnissen van kantonrechters in burgerlijke zaken, doch voor alle civiele uitspraken in eerste

aanleg gewezen. Er zijn mijns inziens geen doorslaggevende gronden om het regime dat thans voor vonnissen van de kantonrechter geldt, niet algemeen voor rechters in eerste aanleg te doen gelden.

In het opstel van Dr. van Koppen in NJB 1990, p. 14 wordt gesteld, dat de enige zinvolle mogelijkheid om de werklast van de Hoge Raad te verlichten is de lagere rechterlijke organisatie zodanig in te richten dat daaruit minder beroepen voortkomen. Van Koppen meent, dat dit zou kunnen worden bereikt door de hoven te specialiseren in dier voege, dat de hoven niet langer regionale competentie zouden hebben doch dat hun competentie wordt bepaald door het onderwerp van het geding. Voor de civiele rechtspraak acht ik een dergelijke suggestie weinig aanlokkelijk. Civielrechtelijke rechtspraak moet mijns inziens in het algemeen bij voorkeur geschieden door civielrechtelijke generalisten; juristen die kennis en ervaring hebben op het gehele terrein van het civiele recht. Omtrent de stellige verwachting van Van Koppen dat de door hem voorgestelde herstructurering het aantal beroepen op de Hoge Raad zal verminderen, kan men overigens een vraagteken plaatsen. Men zou ook de verwachting kunnen hebben, dat de rechtspraak door specialisme van de hoven zou medebrengen dat onvoldoende aandacht wordt gegeven aan de samenhang in ons burgerlijk recht.

De suggestie van Van Koppen is voorts weinig realistisch. Zij houdt een zeer fundamentele verandering van de thans voorgenomen herziening van de rechterlijke organisatie in. Dat de minister van Justitie hiervoor te vinden zou zijn, is hoogst onwaarschijnlijk.

8. Invoering van een verlofstelsel betekent een zeer fundamentele breuk met ons huidige stelsel van cassatie. Voorshands is naar mijn mening allerminst aangetoond, dat deze breuk noodzakelijk is om de werklast van de Hoge Raad – lees de werklast van de individuele leden van de Hoge Raad – tot aanvaardbare proporties terug te brengen.

De Hoge Raad en zijn openbaar ministerie hebben hun visie over een verlofstelsel nog niet bepaald. Mijn hoop is, dat zowel de Hoge Raad als het openbaar ministerie zich tegen een verlofstelsel zullen uitspreken en in hun beraad wegen zullen vinden om met handhaving van de hoge kwaliteit van de civiele rechtspraak van het hoogste rechtscollege overbelasting van de leden te voorkomen. Enige suggesties heb ik in dit opstel gedaan.

De adressant van deze feestbundel kan bij dit beraad een belangrijke rol spelen. Zijn conclusies als advocaat-generaal getuigen van een grote mate van inventiviteit, van een groot respect voor de belangen van de justitiabelen, van een brede kennis, van instelling van de 'generalist', van zorgvuldig wikken en wegen en van een overtuigende zeggenskracht in zijn uiteindelijke beoordeling. Te verwachten valt dat bij het komend beraad in het gremium van de Hoge Raad zijn visie een rol van betekenis zal spelen.

G.E. Mulder

Samenwerking tussen rechters

Inleiding

Samenwerking tussen rechters is geen recent verschijnsel. De verantwoordelijkheid voor het opleggen van strenge sancties zal dikwijls het vermogen van een individu te boven zijn gegaan, zelfs wanneer de wet daartoe machtigde. Gedeelde verantwoordelijkheid is halve verantwoordelijkheid – of minder. Dat is de wat troebele bron voor samenwerking binnen rechterlijke colleges.

Andere vormen van samenwerking zijn de rechtspraak in hoger beroep en cassatie. Ik bedoel hiermee niet te zeggen dat ook deze rechtspraak een collegiaal karakter pleegt te hebben. Het gaat mij om de relatie tussen de lagere en de hogere rechters. Die samenwerking doet zich niet alleen voor wanneer de hogere rechter het geheel eens is met de lagere, maar ook wanneer het vonnis of arrest op hoger nivo wordt vernietigd.

Deze vormen van samenwerking zijn onderhevig aan slijtage. Dat is het gevolg van het terrein winnen van de enkelvoudige kamers, het ontbreken van bruikbare maatstaven voor de rechterlijke oordeelsvorming – ik denk hierbij vooral aan de straftoemetingspraktijk – en aan de creatie van nieuwe 'rechterlijke machten' die niet aan de jurisdictie van de Hoge Raad onderworpen zijn. Dat is geen reden om de aloude wettelijke samenwerkingsstructuren overboord te zetten. Ze zijn gezond en functioneel. Men behoeft echter niet krampachtig aan de oude vormen vast te houden. Men kan overwegen of het niet wenselijk is ze aan te passen aan de gewijzigde omstandigheden. Wellicht is ook de introductie van nieuwe vormen mogelijk.

Bij alle streven naar hervorming van de rechterlijke organisatie moet men ervoor waken dat de onafhankelijkheid van de individuele rechter niet wordt aangetast. Hij heeft een hoogst persoonlijke verantwoordelijkheid voor zijn aandeel in de rechtspraak, als 'unus', maar evengoed als lid van een meervoudige kamer. Dat kenmerkt de samenwerking tussen de rechters. De samenwerking heeft te maken met de onafhankelijkheid van de Rechterlijke Macht, als draagster van de souvereiniteit samen met de Wetgevende en Uitvoerende Macht. De Rechterlijke Macht is een 'lichaam', waarvan de leden op elkaar zijn aangewezen om haar aanspraken te kunnen realiseren in de onderlinge strijd om het machtsevenwicht, enerzijds ten opzichte van de Uitvoerende Macht – die binnen de grenzen van het recht ook 'onderdaan' is – anderzijds ten opzichte van de gemeenschap die zij moet dienen.

Zoals bleek onderscheid ik twee vormen van samenwerking, die ik de horizon-

tale en de verticale samenwerking zal noemen. De horizontale is de samenwerking tussen de leden van hetzelfde college. Het college is een samenwerkingsverband met allerlei facetten: de werkverdeling over de verschillende kamers, de distributie van de leden over de kamers en de afwisseling; het benoemingsbeleid, voor zover het college daarin stem heeft door het opmaken van aanbevelingen. Maar het nauwst is de samenwerking binnen kamerverband. Vooral deze zal ik trachten te analyseren.

De verticale samenwerking is het meewerken van gerechten op verschillend nivo – rechtbank (kantongerecht), hof (rechtbank), Hoge Raad – aan de beslechting van dezelfde zaak. Deze gerechten werken samen want hun streven is gericht op hetzelfde doel: een rechtvaardige beslissing. En hun activiteiten zijn gecoördineerd.

Tot slot de opmerking dat de samenwerking tussen de rechters en de gerechten slechts een deelprobleem is. Even belangrijk is de samenwerking met het OM en de Politie. Deze onderwerpen gaan echter het bestek van de onderhavige beschouwing te buiten.

De horizontale samenwerking

Hierbij denk ik in de eerste plaats aan de rechterlijke coöperatie op de terechtzittingen van de meervoudige strafkamer en de daarop aansluitende raadkamer. De samenwerking van de rechters in de meervoudige civiele kamer is minder geprononceerd. Het zwaartepunt ligt in de raadkamer; daar worden soms ter voorbereiding van de uitspraak de harde noten gekraakt. Voor een goede samenwerking is uiteraard nodig dat de stukken worden bestudeerd en aan de hand daarvan desgewenst wordt gediscussieerd over de mérites van de zaak. Maar de symboolfunctie van de civiele kamers is, afgezien van de rechtspraak in kort geding, geringer dan die van de strafkamers. Over het algemeen is het contact met de justitiabelen zwakker, met uitzondering van de familiekamers; daarin is, evenals in de strafkamers, sprake van rechtdoen 'ad personam'. Het zwaartepunt van het rechterlijk contact met de rechtzoekenden ligt in de aan de R.C. opgedragen comparities en getuigenverhoren. Ik houd mij verder voornamelijk bezig met de meervoudige strafkamer.

De president en de bijzitters streven eendrachtig (naar men mag hopen) naar een rechtvaardige beslissing. Maar ieder doet dat op de wijze die zijn rol hem voorschrijft.

De *president* heeft de leiding van het onderzoek ter terechtzitting. Hij bepaalt de volgorde van het verhoren van de verdachte, de getuigen en de deskundigen en is de eerste die hen ondervraagt. Er zijn natuurlijk handelingen waarvoor hij zijn collega's kan raadplegen, bijvoorbeeld wat betreft de volgorde der verhoren, waaraan in ingewikkelde zaken met ontkennende verdachten behoefte kan ontstaan. Maar over het algemeen zal hij zijn stempel drukken op het verloop van het onderzoek. Daarom zal hij zich grondig op de behandeling moeten voorbereiden.

De president moet zorgen dat het onderzoek in alle rust verloopt. Hij moet strikvragen voorkomen (art. 274 Sv) en, namens de rechtbank, beletten dat aan

unfaire of niet ter zake doende vragen van het OM, de verdachte of de raadsman geen gevolg wordt gegeven. Zoals bekend wordt deze bevoegdheid nogal eens gehanteerd om te voorkomen dat de identiteit van informanten of infiltranten aan het licht komt, of andere gegevens worden geopenbaard waarvan de geheimhouding een groot maatschappelijk belang dient.[1] Terloops de opmerking dat een te vlotte hantering van deze bevoegdheid tot vernietiging van de uitspraak kan leiden, omdat daardoor een beginsel van een goede procesorde werd geschonden.[2] Ook in minder precaire zaken wordt van die bevoegdheid nu en dan gebruik gemaakt. Ik heb éénmaal meegemaakt dat, toen aan een getuige werd gevraagd of hij communist was, de president rood aanliep en de getuige te kennen gaf dat hij die vraag niet behoefde te beantwoorden. Ook in ontuchtzaken worden nu en dan impertinente en niet ter zake doende vragen gesteld die het slachtoffer niet behoeft te beantwoorden.

De wijze waarop de president met de procesdeelnemers (verdachte, getuigen, deskundigen, het OM) omgaat, is bepalend voor de kwaliteit van het grote of kleine drama dat in de rechtzaal wordt opgevoerd. Hoffelijkheid in distantie – kortom, handhaving van een zeker decorum – is het parool. Toen een verdachte de voorzitter van de Groningse rechtbank aansprak met 'meneer Van Groeningen', kreeg hij een scherpe terechtwijzing. Het voorbeeld van hem en van anderen had het onbedoelde maar gunstige gevolg dat dit bijdroeg tot de rechterlijke vorming. Een goede president weet aan het 'integer vitae scelerisque purus' in zijn rol vorm te geven. Zo worden de beste tradities van de rechterlijke macht in leven gehouden.

Vergeleken met de president spelen de *bijzitters* een minder opvallende, maar zeker geen onbelangrijke rol. Zij moeten de president kritisch volgen in diens leidinggevende rol. Zo moeten zij steeds verdacht zijn op de mogelijkheid dat hij steken laat vallen en waar nodig in te grijpen, bijvoorbeeld wanneer hij vergeet de verdachte er op te wijzen dat hij niet is verplicht te antwoorden. Veel ernstiger is het gevaar dat hij door zijn 'dirigentschap' en zijn intensieve bestudering van de zaak bevooroordeeld wordt en niet adequaat inspeelt op onverwachte wendingen. Zo is niet denkbeeldig dat wat de president op de terechtzitting *hoort* door hem wordt geïnterpreteerd in de geest van wat hij heeft *gelezen*. Dan zullen vragen gemakkelijk vragen naar de bekende weg worden. Meestal zijn ze zo geformuleerd dat de verdachte en de getuigen daarop met ja of neen kunnen antwoorden. Dat zal in de regel weinig bezwaar opleveren, maar soms dreigen misverstanden. Wanneer op een vraag het antwoord luidt: 'Ja, maar...', zal de president soms alleen het 'Ja' horen en zonder de ondervraagde te laten uitspreken doorgaan met de volgende door hem geprepareerde vraag. Dan moeten de bijzitters inspringen. Daarom is wenselijk dat zij een zekere distantie ten opzichte van het onderzoek naar de feiten in acht nemen. Dat begint al bij de bestudering van de stukken. Zij dienen deze niet al te grondig te bestuderen, zodat zij minder gevaar lopen bevooroordeeld ter zitting te komen. Uiteraard is het nodig dat zij zich hebben ge-

1. HR 2 maart 1982, NJ 1982, 460; HR 5 oktober 1982, NJ 1983, 297; HR 10 december 1985, NJ 1986, 462.
2. HR 28 juni 1983, NJ 1983, 798.

bogen over de formele vragen: de geldigheid van de dagvaarding, de bevoegdheid, de ontvankelijkheid van het OM. Ook moeten zij zich niet minder dan de voorzitter verdiepen in de documentatie ten behoeve van de sanctiebepaling: de voorlichtingsrapporten, de psychiatrische rapportage, de recidivegegevens. Maar wat de kern van de zaak betreft, het bewijs, moet hun kennis mijns inziens globaal zijn. Ze moeten tot op zekere hoogte de functie van de jury overnemen, die geacht wordt geen enkele voorkennis van de zaak te hebben. Zodoende wordt de onmiddellijkheid van het onderzoek geen ijdele klank.

Meer dan de voorzitter, die bij alle streven onbevooroordeeld te zijn bezig is met de bewijsgaring, kan de bijzitter letten op wat in het voordeel van de verdachte pleit. Bovendien kan hij beter dan de voorzitter, die om zo te zeggen negentig procent van zijn aandacht aan zijn aantekeningen besteedt, het advies van J. ter Heide aan de rechter opvolgen: 'Listen and look!'[3] De 'indruk die de verdachte ter terechtzitting maakte' – één van de befaamde clichés in de strafmotivering – zou wel eens vooral de indruk kunnen zijn die hij op de bijzitters maakte.

Waar de president de koers van het onderzoek uitzet, zijn het de bijzitters die kunnen bijsturen en punten aan de orde stellen die aan de aandacht van de president mochten zijn ontsnapt. Een enkel voorbeeld. Een buschauffeur staat terecht omdat de door hem bestuurde autobus was voorzien van wielen met gladde banden. Was de bus daardoor in onvoldoende staat van onderhoud? De voorzitter vraagt aan een getuige-deskundige of dit het geval is. Deze bevestigt dat. Een van de bijzitters vraag vervolgens of de autoband van de bus, als stuk van overtuiging ter terechtzitting aanwezig, inderdaad zo glad is als waarop de getuige-deskundige doelde. Dat blijkt het geval te zijn.

Het komt uiteraard voor dat een bijzitter over vaardigheden beschikt die de voorzitter mist. Toen, vóór de tweede wereldoorlog, een 'Hollandse' president van de Groningse strafkamer een plattelander in een verkrachtingszaak voorhield dat deze vleselijke gemeenschap had gehad met het slachtoffer, ontkende deze tot verbazing van de president; de man had immers het feit tijdens het voorbereidend onderzoek bekend. De rechter mr. Kloppenborg, die het Gronings dialect machtig was als geen ander, herhaalde de vraag met een eufemisme ontleend aan het Algemeen Beschaafd Groningse dialect. Het misverstand was aanstonds opgehelderd.

Als een rechter een vraag wil stellen, kan hem dat door niemand worden belet, ook al zou de vraag niet door de beugel kunnen.[4] Men dient dan, als overleg onmogelijk is of niet baat, het kwaad indirect te bestrijden. In een art. 36 WVW-zaak stelt een bijzitter de vraag: 'Verdachte, moet u niet toegeven dat u, toen u de verweten manoeuvre uitvoerde, zich willens en wetens blootstelde aan de geenszins te verwaarlozen kans dat hierdoor het slachtoffer ernstig zou worden verwond?' De vraag is incorrect, om niet te zeggen onbehoorlijk, want gesteld dat dit het geval zou zijn, is dat de slotsom die de rechter moet trekken uit de feiten en omstandigheden die tijdens het onderzoek ter terechtzitting aan het licht zijn gekomen. Niet alleen een telastelegging moet een voldoende feitelijke betekenis hebben, dat geldt ook voor de formulering van een vraag tijdens het onderzoek

3. J. ter Heide, De onafhankelijkheid der Rechterlijke Macht, Inaug. oratie, Amsterdam/Brussel 1970, p. 41.

4. Melai/Stolwijk, Strafvordering, art. 288 aant. 3.

naar de feiten. Wanneer nu een verdachte op zulk een 'normatieve' vraag antwoordt: 'Ja, meneer zal wel gelijk hebben', heeft de collega-bijzitter, gesteld dat de president al niet heeft gereageerd, de plicht op te helderen wat de verdachte toen hij de manoeuvre uitvoerde *werkelijk* 'gewild en geweten' heeft.

In de *raadkamer* moet de samenwerking tussen de rechters haar finishing touch krijgen. Ik ga niet diep in op het bekende probleem of onze wijze van berechting van een strafzaak met de daaraan voorafgaande bestudering van het dossier door het college en de daarmee verbonden mogelijkheid gebruik te maken van de auditu-verklaringen in strijd is met het onmiddellijkheidsbeginsel. Men moet dit probleem niet overschatten. In eenvoudige zaken, waarin de verdachte bekent of een overstelpende hoeveelheid bewijsmateriaal voorhanden is, is er nauwelijks gevaar voor bevooroordeeldheid. En in ernstige zaken met ontkennende of zwijgende verdachten leert de ervaring dat de behandeling ter terechtzitting van overheersende betekenis pleegt te zijn. Ofschoon het voorhanden schriftelijke bewijsmateriaal mede een rol kan spelen, ligt het zwaartepunt van de beraadslagingen in de raadkamer bij wat op de terechtzitting door de verdachte, de getuigen en eventueel de deskundigen mondeling te berde werd gebracht.

Van belang is het wijze voorschrift van art. 26 R.O. dat de jongste rechter als eerste zijn oordeel moet geven. Deze mag niet bij voorbaat beïnvloed worden door het oordeel van zijn oudere, meer ervaren collega's. De wetgever kan de werkelijkheid echter niet helemaal naar zijn hand zetten; de plaatsvervanger met tientallen jaren ervaring is 'jonger' dan zijn pas benoemde collega in volle rechten...

Zoals bekend moet in strafzaken worden beraadslaagd op de grondslag van de telastelegging en naar aanleiding van hetgeen dienaangaande ter terechtzitting is gebleken. Hieruit volgt dat de leden van het college ook verondersteld worden over en weer niet op de hoogte te zijn van het (voorlopige) oordeel dat men zich heeft gevormd op grond van de bestudering der stukken. Anders gaat de beraadslaging niet zozeer over wat ter terechtzitting is gebleken, als wel over de theorieën die men voor zichzelf van tevoren had opgebouwd. Dat kan trouwens ook een noodlottige invloed hebben op het onderzoek ter terechtzitting. Men speurt naar het eigen gelijk en, wat de keerzijde daarvan is, naar het ongelijk van de collega's. Het gevaar is niet denkbeeldig, dat dan de scherpzinnigste dialecticus het wint, maar ten koste van de waarheidsvinding.

In een verhaal over de samenwerking tussen rechters kan de *griffier* niet ontbreken. Zijn aandeel in de rechtspraak is in de praktijk veel belangrijker dan men uit de schaarse aan hem gewijde bepalingen kan opmaken. Wanneer hij werk verricht dat eigenlijk de taak van de rechter is – zoals het concipiëren van vonnissen – fungeert hij in feite als rechter. Op zittingen vervult hij een vrij ondergeschikte rol. Ik memoreer het voorlezen van de getuigenlijst (art. 280 Sv) en het opmaken van een proces-verbaal wanneer een getuige wordt verdacht zich aan meineed te hebben schuldig gemaakt. Voorlezing van stukken kan geschieden door de griffier. Zoals bekend is dit eerder uitzondering dan regel. De belangrijkste taak van de griffier rust op hem na sluiting van het onderzoek ter terechtzitting; dat is het opmaken van het proces-verbaal der terechtzitting dat vervolgens door de voorzitter of één der rechters samen met de griffier wordt vastgesteld en ondertekend

(artt. 326 en 327 Sv). Verder ondertekent hij met de rechters het vonnis (art. 365 Sv). Als instrumenterend ambtenaar is de griffier degene die van overheidswege de authenticiteit van de processen-verbaal en de op schrift gestelde rechterlijke beslissingen waarborgt. Hij is in zoverre niet zozeer de medewerker als wel de controleur van de strafkamer. Wat betreft de op de zitting in acht te nemen vormen zou men hem eerder de helpende hand van de appel- en cassatierechter kunnen noemen. Want het door hem opgemaakte proces-verbaal is onweerlegbaar bewijs wat betreft het naleven van de wettelijk voorgeschreven vormen.[5] Hoe dit ook zij, in feite maakt de griffier wel degelijk deel uit van het rechtbankteam. Doordat zijn bestudering van het dossier oppervlakkiger kan zijn dan die van de rechters is hij, minder gehinderd door voorkennis, in staat onbevangen aan te tekenen wat er op de rechtszitting voorvalt. Zijn indrukken zijn daarom zeker gelijkwaardig aan die van de rechters. Reden genoeg om tijdens de beraadslaging ook naar zijn mening te vragen, vooral wanneer de opinies der rechters uiteen lopen. Weliswaar is het de rechtbank die vaststelt wat ter terechtzitting door de verdachte, de getuigen en de deskundigen is verklaard,[6] maar bij serieuze meningsverschillen kan ik mij niet voorstellen dat niet althans voorwerp van discussie, waaraan ook de griffier deelneemt, zou zijn aan welke zijde het gelijk lag.

Het concipiëren van vonnis is uiteraard een reële coöperatie.

Er blijft natuurlijk het niet weg te poetsen verschil tussen de rechters en de griffier: deze mist de rechterlijke onafhankelijkheid. Wie de overgang van (substituut) griffier naar rechter hebben beleefd, hebben dit aan den lijve ervaren.

De verticale samenwerking

De samenwerking van rechters in de meervoudige kamer is de meest gepronconceerde vorm van horizontale samenwerking. De rechtspraak in hoger beroep en cassatie zijn vormen van verticale samenwerking.

De *behandeling van een zaak in hoger beroep* is te beschouwen als de voortzetting van het onderzoek in eerste aanleg. De beraadslaging heeft dan immers plaats zowel naar aanleiding van het onderzoek in hoger beroep als naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting in eerste aanleg, zoals dit volgens het proces-verbaal ter terechtzitting heeft plaatsgehad (met enkele nuanceringen, vgl. de artt. 417 en 422 Sv). Zowel ter terechtzitting in hoger beroep als bij de beraadslaging zijn de 'rechters van het eerste uur' als het ware als 'invisible people' tegenwoordig. Dat gaat zo ver, dat de 'eigen waarneming' van de rechter in eerste aanleg door het hof als bewijsmiddel mag worden gebruikt![7] Wat in eerste aanleg werd opgebouwd, blijft bij gave bevestiging soms geheel overeind. Dat wordt weinig anders wanneer 'om veiligheidsredenen' het beroepen vonnis wordt vernietigd. Het onderzoek in eerste aanleg houdt betekenis. Hoe grondiger, hoe zorgvuldiger dat wordt verricht, hoe groter de kans op een juiste uitspraak in appel.

5. Vgl. bijvoorbeeld HR 28 februari 1962, NJ 1964, 29 en Melai/Stolwijk, aant. 6 ad art. 326 Sv.

6. Vgl. o.a. HR 9 december 1986, NJ 1987, 571.

7. HR 4 december 1956, NJ 1957, 159; Melai/Borst, Strafvordering, aant. 8 ad art. 340 Sv.

Met het tijdsverloop verzwakt de heugenis aan wat gebeurde. In zoverre is de rechter in eerste aanleg in het voordeel boven zijn collega in hoger beroep. Maar wanneer de memorie van de verdachte of getuige hem (haar) in de steek laat, kan die worden opgefrist aan de hand van wat in eerste aanleg werd verklaard. Dat is zelfs het geval wanneer de in eerste aanleg afgelegde verklaring van een getuige werd betwist, zodat deze ingevolge art. 422 Sv in hoger beroep niet voor het bewijs mag worden gebezigd. Wanneer de getuige de in eerste aanleg afgelegde verklaring voor zijn rekening neemt ofschoon hij door het tijdsverloop zich niet meer alles precies kan herinneren, mag worden aangenomen dat zijn verklaring in appel overeenstemt met de eerder afgelegde verklaring.[8]

Tot zover de bijdrage van de lagere rechter aan de activiteiten van de appelrechter. Omgekeerd zijn de beslissingen van de appelrechter voor de rechter in eerste aanleg onderdeel van een leerproces, althans, dat kan het geval zijn wanneer er een goede communicatie tussen beide instanties bestaat. Wanneer een hof de uitspraken van de strafkamers der rechtbanken zonder nadere motivering vernietigt om de eigen uitspraak ongehavend door de cassatieprocedure te loodsen, komt dat leerproces niet of nauwelijks op gang, vooral niet wanneer het hof het laat bij een mededeling van de beslissing. Een afschrift van het arrest biedt althans vergelijkingsmateriaal waaraan de lagere rechter zijn beslissing kan toetsen. Het resultaat zou optimaal zijn wanneer het arrest duidelijk maakt waarin dit afweek van het beroepen vonnis en dit bovendien onderwerp van bespreking is voor de strafkamer in kwestie. Maar ik vrees dat het voorkomt dat de twee instanties langs elkaar heen werken, terwijl er daarentegen aangestuurd zou moeten worden op een beleid waarbij de lagere rechter binnen het kader van de eigen onafhankelijkheid en verantwoordelijkheid zou leren van de appelrechter.

De samenwerking tussen de *cassatierechter en de feitenrechter* heeft een iets ander karakter. De cassatierechter moet meer nog dan de appelrechter voortbouwen op het werk van de vorige instantie; in veel gevallen moet de cassatierechter bij de beantwoording van de vraag of het recht is geschonden uitgaan van de feiten die door de vorige instantie zijn vastgesteld. Omgekeerd kan worden aangenomen dat de uitspraken van de Hoge Raad bij de feitenrechter een leerproces op gang brengen. Dat gebeurt zowel direct als indirect: direct door de motivering van de vernietiging of bevestiging van de beroepen beslissing, indirect wanneer de Hoge Raad motiveringen van de feitenrechter voor de verwerping van een verweer vervangt door eigen overwegingen dan wel een zeker 'geestelijk voorbehoud' maakt; men denke aan het redden van de uitspraak van de feitenrechter door te overwegen dat hij 'kennelijk' dit of dat heeft bedoeld. Dit kan de lagere rechter met vroom ontzag voor de divinatie van ons hoogste rechtscollege vervullen: de rechter bleek te weten wat hij niet wist.

De invloed van de Hoge Raad 'naar beneden toe' is niet beperkt tot het geding dat werd beslist. Bevelsfunctie heeft de uitspraak slechts ten opzichte van het gerecht wiens uitspraak werd bevestigd of vernietigd en ten opzichte van het verwijzingsgerecht. Maar bovendien is de uitspraak een kennisgeving aan andere gerechten hoe de Hoge Raad in de toekomst in vergelijkbare gevallen zal beslis-

8. HR 30 september 1980, NJ 1981, 57.

sen: 'Law is what the judges say it is' (Oliver Wendell Holmes). Formeel blijkt de lagere rechter vrij om er een andere mening op na te houden. Daarom is zulk een uitspraak nog nauwelijks een richtlijn te noemen, laat staan een normatieve uitspraak met een onaantastbaar rechtskarakter. Pas wanneer de uitspraak ook in lagere regionen erkenning heeft gevonden, kan men de door de Hoge Raad geformuleerde regel rechtersrecht noemen.[9] Soms is de instemming zeer snel en algemeen, vgl. de Cohen–Lindenbaum-beslissing. Maar de rechter die het met een door de Hoge Raad geformuleerde regel niet eens is, pleegt geen plichtsverzuim wanneer hij het op een confrontatie met de cassatierechter laat aankomen. Daarvoor is ruimte, een ruimte die ten gevolge kan hebben dat de Hoge Raad zijn standpunt herziet.

Zo is het geen betweterigheid dat de lagere rechters telkens en telkens weer hebben gepoogd zich te ontworstelen aan de opvatting van de Hoge Raad dat onder bepaalde omstandigheden gestolen goed, dat onder de dief in beslag werd genomen op grond van de artt. 118 en 353 Sv, aan hem moet worden teruggegeven.[10] Een ander voorbeeld van verzet van onderen op tegen door de Hoge Raad geponeerde normen betreft de grondslag van de procedure in strafzaken na vernietiging van strafrechtelijke uitspraken met verwijzing. Wordt de grondslag dan gevormd door de telastelegging met uitschakeling van alle 'beetjes vrijspraak van alternatieven'? Dat was aanvankelijk de opvatting van de Hoge Raad.[11] De praktische bezwaren waren niet gering wanneer het ging om alternatieven die voor de strafrechtelijke betekenis van de telastelegging geen gewicht in de schaal legden, maar de verwijzingsrechter bonden aan de door de feitenrechter gemaakte keus, zodat vrijspraak moest volgen wanneer de verwijzingsrechter het met die keus niet eens was.[12] Bij arrest van 18 september 1989, NJ 1990, 135 m.nt. 't Hart, ging de Hoge Raad 'om'. De praktijk werd hierdoor gediend zonder dat aan de belangen van de verdachte te kort werd gedaan.

Nog een enkele opmerking over de *alléén rechtsprekende rechter* (politierechter, kinderrechter, kantonrechter). Zij ontberen het samenwerkingsverband dat kenmerkend is voor de meervoudige kamer. Binnen het kader van hun formele activiteiten moeten zij het stellen met de samenwerking met OM en griffier. Over blijft de verticale samenwerking waarbij moet worden opgemerkt dat de band met de appelrechter losser is dan die tussen de meervoudige kamer en het hof, voor zover althans ingevolge de artt. 378a of 395a Sv wordt volstaan met een stempelvonnis. De verticale samenwerking wordt nog dubieuzer wanneer het appel ingevolge art. 424a of 426c Sv door een enkelvoudige kamer wordt behandeld. Ik betoogde hierboven dat één van de facetten van de verticale samenwerking het

9. Vgl. Th. de Roos, Over de macht en hulpeloosheid van de cassatierechter, DD 18 (1988), p. 1007 e.v.

10. Vgl. J.C.M. Leijten, Door rechter bevoordeelde dieven, in: Liber amicorum J. Remmelink, p. 309–318.

11. HR 1 juli 1981, NJ 1981, 625 m.nt. Melai.

12. HR 17 december 1976, NJ 1977, 184 met mijn noot en mijn bijdrage over Alternatieven in de telastelegging, NJB 1979, p. 951–955. Vgl. Abels en Nijboer, NJB 1979, p. 200–205 en p. 956–959 en D.H. de Jong, De macht van de telastelegging in het strafproces, Arnhem 1981, p. 261, 271.

leerproces is dat daardoor op gang kan worden gebracht. Ik vraag mij af wat bijvoorbeeld een ervaren kantonrechter van een alleen rechtsprekende appelrechter bereid is op te steken.

De horizontale en verticale samenwerking, een evaluatie

Onze (straf)rechtspraak is dus gebaseerd op horizontale en verticale samenwerking. De grondslag voor de horizontale samenwerking wordt gelegd door de collegiale rechtspraak, waarin zowel de voorzitter als de bijzitter een eigen aandeel, een eigen verantwoordelijkheid hebben. Het lijkt mij minder juist om de collegiale samenwerking vooral te zien als een leerschool voor beginnende rechterlijke ambtenaren.[13] Er bestaat integendeel een spanningsveld tussen enerzijds de voorzitter, anderzijds de bijzitters, waarin de taak van de laatstgenoemden bestaat uit het kritisch volgen van de wijze waarop de voorzitter leiding geeft aan het onderzoek. Doel daarvan is enerzijds het signaleren en voorkomen van procedurefouten (bijvoorbeeld het verzuimen van de cautie), anderzijds het bijsturen van het onderzoek waar dit dreigt te ontsporen; het onderzoek kan immers licht onvolledig zijn of door de wijze van ondervragen een verkeerde richting hebben genomen. De taken van de voorzitter en de bijzitters zijn daarom in principe gelijkwaardig, zij het dat de taak van de president, voor zover hij zich belast met de ondervraging, het bewerkelijkst is. Dat inzicht heeft, zij het laat, geleid tot invoeging van art. 274 lid 2 Sv, dat de voorzitter de bevoegdheid geeft één van de bijzitters te belasten met de ondervraging.

Hoger beroep en cassatie zijn vormen van verticale samenwerking, zoals hierboven werd betoogd; beide instanties stoelen mede op het onderzoek ter terechtzitting in de voorafgegane instanties, althans op de in volgorde laatste daarvan.

De meerwaarde van de rechtspraak in meer dan één instantie is stellig mede gelegen in de kritische beoordeling van wat op lager nivo werd verricht, overwogen en beslist. Dat veronderstelt een nivoverschil tussen beide instanties. Het heeft niet enkel te maken met het verschil in functie, maar ook met een verschil in kwaliteit. De 'filosofie' van onze huidige rechterlijke organisatie is dat het hogere college wordt 'bemand' (ik weet er geen betere term voor!) door juristen die grosso modo worden geacht over een daaraan adequate bekwaamheid te beschikken. Dit geldt althans voor de relatie tussen de hoven en de rechtbanken. Voor de relatie tussen de rechtbanken en de kantongerechten is dat niet meer vol te houden. Maar wat betreft de appels van de kantongerechtsvonnissen kan men, afgezien van de noodlottige uitglijder van de enkelvoudige appelkamer, ingevoerd bij de wet van 1 april 1987, S 162 (de bij dezelfde wet ingevoerde enkelvoudige kamer van het hof is trouwens weinig minder verwerpelijk)[14] nog terecht bij een meervoudig

13. Dit is de opvatting van het kabinet, volgens het rapport van de Studiecommissie intern appel, Trema 1990, p. 331 e.v., p. 239. Zie ook J.E.B. van Julsingha in zijn bijdrage aan het symposium Rechterlijke Organisatie van 22 juni 1990: 'Een appelkamer kan niet als opleidingskamer fungeren.

14. Anders Van Julsingha, t.a.p. Maar G.P. Fliek noemt in zijn schriftelijke bijdrage aan het symposium de unus in appel 'een misslag die door de Wetgever zo snel mogelijk hersteld moet worden' (p. 4).

college dat in elk geval kwantitatief van zwaarder gewicht is dan de kantonrechter. Maar de meerwaarde van het in appel gewezen vonnis kan evenzeer worden toegeschreven aan het feit dat de uiteindelijke beslissing mede is gegrond op de geaccumuleerde arbeid die door twee colleges werd verricht. Ik merk nog op dat overwegingen in het beroepen vonnis, bijvoorbeeld over verweren als bedoeld in art. 358 lid 3 Sv waarmee de appelrechter het niet eens is, toch nog aanknopingspunten kunnen opleveren voor kritische bezinning.

Rechterlijke samenwerking op het terrein van de sanctiebepaling

De analyse had tot dusver betrekking op de waarheidsvinding. Helaas ligt de zaak anders voor de sanctiebepaling. Deze is grotendeels 'natte vinger-werk'. Misschien moet ik een uitzondering maken voor de maatregelen van de TBS en de TBR. Dan kan de rechter steun vinden bij psychiaters en andere gedragsdeskundigen, al is ook dan enige twijfel mogelijk aan de gefundeerdheid van hun oordeel. Het is niet altijd duidelijk wat de gedragsdeskundigen verstaan onder verminderde –, dan wel ontoerekeningsvatbaarheid en evenmin of er op dit terrein geen misverstanden mogelijk zijn tussen de gedragsdeskundigen en de juristen. Afgezien daarvan is er in elk geval veel onzekerheid over de basis voor een gerechtvaardigde straftoemeting, zodat consensus tussen de rechters, hoezeer ook voorgelicht, vermoedelijk meer gebaseerd is op het gelaten gevoel dat men nu eenmaal een beslissing moet treffen dan op rationele overwegingen. Wanneer men zou willen afgaan op de 'ernst van het feit', is er al een oeverloze vrijheid waarbij het soms erg moeilijk is om over die ernst reële overeenstemming te bereiken. Die oeverloze vrijheid is gevolg van het feit dat de wetgever heeft gemeend het zonder speciale strafminima te kunnen stellen. Deze hebben het voordeel dat ze een instrument zijn voor de sanctiebepaling, vooral wanneer, zoals art. 9 der wet van 29 juni 1854, S 9 bepaalde, de rechter een straf lager dan het speciale minimum mocht opleggen, als 'de beschuldigde hetzij uit hoofde zijner jonge jaren, hetzij wegens dwang, bevel, billijke vrees, verleiding, bekrompenheid van verstand, de geringheid of het vrijwillig herstel des nadeels door de misdaad toegebracht, of andere verzachtende omstandigheden eene aanmerkelijke vermindering van straf mogt verdienen...'. Ik voer hier geen pleidooi voor herinvoering van deze speciale minima. Dat zou weinig zin hebben. De wetgever moet hebben gemeend dat het maximum der straf voldoende aanknopingspunt voor de rechter zou zijn om de sanctie af te stemmen op de ernst van het gepleegde feit. Zo dacht de minister van Justitie Modderman er blijkbaar over. Hij betoogde in het rapport aan de Koning naar aanleiding van bezwaren van de Raad van State tegen de voor enkele delicten (zoals moord) in het oorspronkelijke regeringsontwerp gehandhaafde speciale minima, echter zonder de bevoegdheid om op grond van verzachtende omstandigheden lichter te straffen: 'Ten gevolge van de speciale minima is er inderdaad enige inconsequentie in het stelsel van 't ontwerp, te verklaren uit de vrees, dat de regter welligt bij zware misdaden te ver naar het gewone minimum zou neigen. Die vrees heeft echter geen voldoenden grond. ... (V)an den nederlandschen regter behoeft niet te worden geducht een ziekelijk medelijden, dat hem vervoeren zou, om bij de ergste vergrijpen slechts eene ligte straf op te leggen'. Niet iedereen

was het daarmee eens. Zo was het in de Tweede Kamer de afgevaardigde Rutgers van Rozenburg die de minister bestreed. Hij vond het onjuist dat de justitie hetzelfde minimum van één dag gevangenisstraf bepaalde voor dierenmishandeling en vorstenmoord. Hij had reeds oog voor het huidige, nijpende, probleem dat de strafmaxima geen voldoende richtlijn aan de rechter boden, omdat zoveel zou kunnen afhangen van de appreciatie van een delict door de individuele rechter.[15] Momenteel kan men hooguit hopen op een consensus tegen de achtergrond van wat een college gewoonlijk doet. De ernst van het feit geeft daarvoor althans enigszins een maat aan. Houdt men zich aan de maatstaven die binnen het eigen college worden gehanteerd, dan mag men hopen dat zich geen al te schrille tegenstellingen openbaren. De motiveringseisen (art. 359, de leden 5–8) perken de straftoemetingsvrijheid niet wezenlijk in.

Recente problemen

Als uitgangspunt voor mijn beschouwingen over rechterlijke samenwerking nam ik de samenwerking van rechters in de meervoudige strafkamer. Daaraan koppelde ik de verticale samenwerking, de samenwerking van rechters werkende aan de berechting van dezelfde strafzaak, maar op verschillende nivo's en georganiseerd in twee feitelijke instanties en de Hoge Raad.

Beide vormen van samenwerking zijn, zoals reeds gezegd, onderhevig aan een slijtageproces. De berechting door de meervoudige strafkamer is uitzondering geworden, althans op rechtbanknivo, en ondervindt zware concurrentie van de enkelvoudige kamers. En zelfs in appel heeft, zoals wij zagen, de enkelvoudige kamer een plaats gekregen (artt. 424a, 426c Sv). Verder is de positie van de Hoge Raad minder uniek dan vroeger. Aan zijn rechtsmacht zijn onttrokken de beslissingen van de colleges die vallen onder de Beroepswet (Centrale Raad van Beroep, raden van beroep), het college van beroep voor het bedrijfsleven (in beide gevallen met een enkele uitzondering) en de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, evenals die van de Penitentiaire Kamer van het hof Arnhem.

De *horizontale samenwerking* is niet alleen problematisch geworden door de groeiende betekenis van de enkelvoudige kamers. Van misschien nog groter belang is de maatschappelijke ontwikkeling gedurende de laatste honderd jaren. In 1880 was de rechtspleging nog in belangrijke mate een plaatselijke aangelegenheid. Wat zich in Groningen en Friesland afspeelde kan, afgezien van enkele geruchtmakende zaken, weinig repercussies hebben gehad in Nederland beneden de grote rivieren en omgekeerd. Ik vermoed dat de straftoemetingspraktijk in het ene arrondissement sterk kon afwijken van die in andere, zonder dat dit bevreemdde. In de kritische literatuur over het strafstelsel uit het einde der vorige en het begin dezer eeuw blijkt daaraan althans weinig aandacht te worden besteed.[16] Dat de

15. Smidt I, 2e druk, p. 216.

16. Vgl. F. Domela Nieuwenhuis, Van christen tot anarchist, 3e druk, Amsterdam 1910, hoofdstuk 8, p. 145–169; A. Aletrino, Is celstraf nog langer geoorloofd en gewenst, Amsterdam–Leipzig.

verschillen wel eens ongerechtvaardigd en bovendien ondoelmatig zouden kunnen zijn, werd destijds wel onderkend door G.A. van Hamel.[17] Wellicht meende men dat dit de onvermijdbare konsekwentie was van het beginsel van de individualisering der straf. Niemand minder dan G.Th. Kempe kon nog in 1967 de individualisering in bescherming nemen tegen het gelijkheidsstreven: 'Wanneer recht gedaan moet worden aan telkens andere daders, die onder telkens andere omstandigheden delicten hebben gepleegd, dan doet de vraag, of deze delicten onder dezelfde wettelijke omschrijving vallen, ja zelfs of ze buitendien nog andere overeenkomsten vertoonden, er bijzonder weinig toe. Men kan zich in dit verband beter laten leiden door die andere spreekwijze, die juist hier zo toepasselijk is: als twee hetzelfde doen, is het nog niet hetzelfde'.[18]

Maar Kempe heeft er ook oog voor, dat de aanzienlijke verschillen in straftoemeting niet steeds verklaard kunnen worden uit het verschil in de bijzondere omstandigheden met betrekking tot 'deze daad en deze dader'. Hij vermoedt dat allerlei sterk uiteenlopende, meer of minder gefundeerde ideeën omtrent generale preventie, het ontstaan van zulke verschillen mede beïnvloeden.[19] Dat is niet ondenkbaar; er zullen nog wel andere redenen kunnen zijn waarom men verschillend denkt over de op te leggen sanctie (of het achterwege laten daarvan). Waar legt men de nadruk op: op de ernst van het feit, de noodzaak van speciale of generale preventie, het in rekening brengen van verzachtende omstandigheden, enz. Kortom: de verschillen in het sanctiebeleid kunnen wellicht eerder nog dan het streven naar een aan de verdachte aangepaste straf aan de individualiteit van de rechters worden toegerekend![20] Ondanks alle goede bedoelingen van de individuele rechters doet over het geheel beschouwd de straftoemeting aan willekeur denken. Soms lijkt het er op dat er noch sprake van is dat gelijke gevallen gelijk, noch dat verschillende gevallen naar de maat van hun ongelijkheid verschillend worden behandeld. Dat hiervoor de ogen zijn geopend zal te danken zijn aan de media, waardoor de verschillen tot op zekere hoogte 'publiek domein' werden, maar stellig ook door de verwerking van statistische gegevens in wetenschappelijke publikaties en de kritische bezinning daarop.

Nu behoeft men de verschillen ook niet te overdrijven. Er is vermoedelijk wel een globale consensus over bepaalde categorieën van delicten: levensdelicten, gewelddadige vermogensmisdrijven, (groot)handel in hard drugs, enz. Dit soort

17. Zelf voorstander van de theorie der speciale preventie en geneigd om de straf in concreto te laten bepalen door de sociale betekenis der verschillende feiten en de sociale gevaarlijkheid van de verschillende categorieën van overtreders vertoont het probleem der straftoemeting zich voor hem 'als een uiterst moeilijk, een nooit bevredigend op te lossen vraagstuk'. Voor de aanhangers van theorieën die de hoogte der straf willen bepalen door de ernst van de feiten en de mate van schuld van de daders is het probleem volgens hem slechts schijnbaar gemakkelijker. Maar nu wordt het probleem door het naast elkaar bestaan van deze twee stromingen nog des te groter; er wordt een 'onmiskenbare onzekerheid geschapen' (G.A. van Hamel, Inleiding tot de studie van het Nederlandsche strafrecht, 4e druk, p. 544.

18. G.Th. Kempe, Inleiding tot de criminologie, Haarlem 1967, p. 264.

19. Kempe, a.w., p. 265.

20. Ook deze gedachte is reeds terug te vinden bij Van Hamel. Hij wijst er op dat het bestaan van twee stromingen, de ene gericht op de vergelding van onrecht en schuld, de andere op preventie, ten gevolge heeft dat het oordeel van de rechter sterk onder de invloed staat van zijn indrukken omtrent 'feiten en menschen en van zijn persoonlijke geaardheid, streng of gevoelig' (G.A. van Hamel, t.a.p.).

delict pleegt over het algemeen streng te worden bestraft, ondanks verschillen in strafmaat. Bovendien pleegt een zekere vereffening te worden bereikt door het beraad in raadkamer. Daarom durf ik ondanks aarzelingen de stelling wel te verdedigen dat in de regel de vox judicis de vox populi, de stem van de rechter de stem van het volk is.

Tenslotte dient in dit verband te worden gewezen op de tarieflijsten voor bagatel-overtredingen en misdrijven, opgesteld door de Procureurs-Generaal bij de hoven.[21] Ze zijn als 'recht' te beschouwen,[22] zodat de Hoge Raad als het geval zich daartoe leent, corrigerend kan optreden, hetgeen vooral van belang is voor het transactiebeleid van het OM, maar wat de rechter betreft, die aan bedoelde richtlijnen niet is gebonden, desalniettemin voor het straftoemetingsbeleid eveneens van groot belang is. Ze zullen bevorderen dat er een meer gelijkmatige bestraffing plaatsvindt voor de delicten die zich daartoe lenen.[23]

Afgezien van het feit dat de richtlijnen 'recht' zijn, kunnen ze ook worden getypeerd als instrumenten van strafrechtelijk beleid, van criminele politiek. Hoe het OM als orgaan van de Administratie de relatieve ernst van de te berechten feiten taxeert, is van groter belang voor de oordeelsvorming van de rechter dan de opvatting van de individuele vertegenwoordiger van het OM, die toevallig de honeurs op de terechtzitting waarneemt. De literatuur levert van het laatste afschrikwekkende voorbeelden: De zaak Beukenoot van de schrijfster Marianne Philips (boekenweekgeschenk 1950), De gelaarsde kat van de jurist/schrijver G.W. van Vierssen Trip (4e druk, 1977). De richtlijnen benaderen de relatieve ernst van de feiten op objectiever wijze dan mogelijk is voor de aan zichzelf overgelaten vertegenwoordigers van het OM.

De richtlijnen bewegen zich ergens tussen de wettelijke strafmaxima en de wettelijke minima. In zoverre vertonen ze enige gelijkenis met de speciale minima, zoals ze bestonden onder vigueur van de Code Pénal en in andere landen (bijvoorbeeld de Bondsrepubliek Duitsland) nog van kracht zijn.

Hierboven bleek dat de bijzondere strafminima aanvankelijk ten doel hadden de straftoemetingsvrijheid naar onderen toe in te perken. Dat karakter ging steeds meer teloor doordat na de invoering van de wet van 29 juni 1854, S 9 de rechterlijke vrijheid om beneden het minimum te gaan, vrijwel onbegrensd was, hetgeen het gemak waarmee ze bij de invoering van ons huidige Wetboek van Strafrecht werden afgeschaft, grotendeels verklaart. Met de strafposities van de huidige richtlijnen is het toch anders gesteld. Zij hebben minder te maken met de vraag welke straf verdiend is dan wel met de vraag welke strafmaat of andere sanctie toereikend is om de criminaliteit op een aanvaardbaar nivo te houden. Het is zaak voor de rechter om met dit gezichtspunt ernstig rekening te houden bij de concretisering van de sanctiebepaling. Er is, met andere woorden, eerder sprake van een uit crimineel-politiek oogpunt wenselijk gemiddelde. Als ordeningsprincipe voor de straftoemeting zijn ze levend en beleidvol recht.

21. Vgl. Hazewinkel Suringa/Remmelink, 11e druk, p. 729 e.v.

22. Vgl. HR 28 maart 1990, RvdW 1990 (een arrest van de Belastingkamer) en vooral HR 19 juni 1990, NJ 1991, 119 m.nt. Th.W. van Veen, waaruit blijkt dat de HR thans, in afwijking van HR 19 juni 1985, NJ 1985, 104, de richtlijnen als 'recht' in de zin van art. 99 lid 1 RO opvat.

23. Remmelink, t.a.p.

Daarnaast is er alle reden om te zoeken naar vormen van rechterlijk beraad ter aanvulling van de traditionele horizontale en verticale samenwerking. Deze komen ook langzaam van de grond, getuige de aflevering van het NJB Speciaal over rechterlijke samenwerking van 23–30 december 1989. Zo hebben Corstens en Vegter een 'onderzoekje' ingesteld naar samenwerking tussen rechtbanken binnen hetzelfde hofressort onderling en/of gezamenlijk met de hoven.[24] Zij wijzen op het belang dat onderling beraad zou kunnen hebben voor een wat grotere uniformiteit in de straftoemeting, maar uit het door hen verzamelde materiaal (dat mij door hen welwillend ter beschikking werd gesteld) krijgt men de indruk dat ook in die ressorten waar het beraad geïnstitutionaliseerd is, voor de straftoemeting weinig concreets wordt bereikt. Zij voelen voor de invoering van straftoemetingsrichtlijnen naar analogie van de requireerrichtlijnen van het OM. Op dit punt verschil ik met hen van mening. Ik vermoed dat tweeërlei soort richtlijnen over hetzelfde onderwerp, de ene afkomstig van de top van het OM, de andere van de Rechterlijke Macht, tot verwarring zou kunnen leiden en het aanzien van de Rechterlijke Macht niet zou vergroten. Het gevaar is levensgroot, dat er twee soorten 'recht' zouden worden gecreëerd. Ik zou ook niet weten welk orgaan competent zou moeten worden voor de opstelling van de rechterlijke richtlijnen. Bovendien zouden de straftoemetingsrichtlijnen in feite betekenen dat wetgeving en rechtspraak in één hand komen. Dat is een gevaarlijke schending van de Trias Politica. De bevoegdheid om normen te creëren komt van oudsher toe aan de Administratie. In de vergadering van Procureur-Generaal is een administratief orgaan. De rechter, in het bijzonder de Hoge Raad, kan rechtsnormen creëren, ik ontken het niet. Maar het is steeds 'jus in causa'. Zouden bijvoorbeeld de voorzitters der hoven hele tarieflijsten opstellen en publiceren, dan is dat een grote stap in de richting van een dikastocratie. Het zou een staatsrechtelijk monstrum zijn. Wat mij wèl zeer wenselijk lijkt, is de instelling van een door hen eveneens bepleit documentatiesysteem. Ik ben het voorts met hen eens dat een verdere harmonisatie van het requireerbeleid van het OM aanbevelenswaard is. Dat mag er mijns inziens trouwens niet toe leiden dat de vrijheid van het OM al te zeer wordt ingesnoerd. Ook voor het voeren van een (justitieel) beleid is vrijheid van handelen vereist.

Waar de onderhavige studie zich voornamelijk beweegt op het terrein van de rechterlijke samenwerking inzake het strafrecht, lijkt het niet zo zinvol aandacht te besteden aan de vele interessante bijdragen over rechterlijke samenwerking in genoemd NJB Speciaal. In het voorbijgaan attendeer ik op het artikel van A.H. van Delden, president van de rechtbank te 's-Hertogenbosch,[25] die vooral de samenwerking tussen de gewone rechter en zijn administratieve collega op de korrel neemt. Hij concludeert dat op lange termijn moet worden aangestuurd op de mogelijkheid van cassatie in administratieve zaken, zoals door het huidige lid van de Hoge Raad Bloembergen herhaaldelijk werd verdedigd. Op dit onderwerp kom ik aanstonds terug. Hierover handelt onder meer ook het artikel van de voorzitter

24. Vgl. Corstens en Vegter, NJB 1989, p. 1640. Zij wensen typologieën van (eenvoudige) delicten, waarin het daadkader meer accent heeft dan het daderfacet en vergelijken deze typologieën met de requireerrichtlijnen. Als de daderkenmerken overheersen zijn volgens hen richtlijnen minder zinvol. Daarvoor dient men een documentatiesysteem op te zetten.

25. NJB 1989, p. 1642 e.v.

van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, P.J.G. Kapteyn.[26] Met hem ben ik van mening dat volstrekte eenheid, gelijkheid en voorspelbaarheid van rechtspraak in 'ruimte' en 'tijd' geen begerenswaardig goed is. De rechter is geen automaat en de vertegenwoordiger van het OM, zijn tegenspeler, evenmin. Voor 'stille coördinatie' tussen de voorzitter en de rechtbankpresidenten in kort geding, waarvan hij gewag maakt, lijkt mijns inziens op het terrein van het strafrecht geen analoge toepassingsmogelijkheid te bestaan.

Met veel instemming las ik het artikel van Leijten, 'Eigen wijsheid en andermans recht'.[27] Hij geeft voorbeelden van verschillen in straftoemeting in onderling tamelijk wel vergelijkbare zaken die inderdaad bijna onbegrijpelijk lijken. Het ene voorbeeld betreft een verdachte die handelde in hard drugs. Eis van de officier van justitie: drie jaren gevangenisstraf. In eerste aanleg opgelegde straf: negen maanden gevangenisstraf voorwaardelijk met 200 uren dienstverlening. In appel neemt de procureur-generaal bij het hof de eis over. De straf uiteindelijk: één jaar en zes maanden gevangenisstraf. Zonder mij over de mérites van de zaak uit te laten, zou ik toch enig begrip hebben voor het uiteindelijke resultaat: het OM kwam in beide instanties op voor wat het in het kader van de bestrijding van hard drugs uit crimineel-politiek oogpunt geboden acht. Op de balans van het recht heeft ook het oordeel van het OM gewicht. Het andere voorbeeld, door hem reeds weergegeven in de J.M. Polak-bundel,[28] is wellicht schrijnender. Veroordelingen van twee automobilisten voor overtreding van art. 36 lid 3 WVW: het veroorzaken van dood door grove schuld onder drankinvloed. De ene, die twee zusjes op weg naar de disco had doodgereden, werd gestraft met negen maanden gevangenisstraf waarvan drie voorwaardelijk, met twee jaar ontzegging van de rijbevoegdheid; de andere, die twee jongens op weg naar het voetbalveld had doodgereden, kreeg vier jaar gevangenisstraf met een ontzegging van de rijbevoegdheid voor de tijd van tien jaren. De vader van een van de jongens had furieus schriftelijk gereageerd, van de ouders van de zusjes was niets vernomen. Volgens Leijten kunnen wij vrijheidsontneming maar het best zien als een straf die elementair ingrijpt in het menselijk bestaan en is het daarom van wezenlijk belang, dat die aantasting niet alleen zo gering mogelijk zij, maar dat daarbij ook zoveel mogelijk gelijkheid wordt betracht. De vader maakte op schokkende wijze duidelijk welk onheil door feiten als de onderhavige wordt aangericht. Dat onheil behoeft niet geringer te zijn wanneer nabestaanden niet furieus reageren. Mogelijk zijn ze murw geworden. De rechter zou er rekening mee moeten houden, ook al wordt niet emotioneel gereageerd. Het zou één van de factoren kunnen zijn die de rechter bij de bestudering van stoffige, soms jaren oude, dossiers niet uit het oog moet verliezen.

Onontkoombaar is in elk geval de conclusie van Leijtens beschouwingen: hij is ervan overtuigd 'dat de gerechten, teneinde aan de primitieve drang naar gerechtigheid te kunnen voldoen, over elkaars doen en laten geïnformeerd zullen moeten zijn' (p. 1663).

26. NJB 1989, p. 1648 e.v.
27. NJB 1989, p. 1660 e.v.
28. J.C.M. Leijten, De droom der gerechtigheid, in: Eenheid van recht, voordrachten en discussieverslagen van de Studiedag J.M. Polak, Deventer 1988, p. 49–57.

Wat de problematiek van de huidige *verticale samenwerking* betreft, laat ik het bij enkele opmerkingen, aangezien deze op strafrechtelijk gebied niet zo nijpend is als wat betreft de relatie tussen de gewone rechtspraak en de administratieve rechtspraak. Op strafrechtelijk gebied is de Hoge Raad bijna zonder concurrentie het hoogste rechtscollege dat in cassatie kan oordelen over vrijwel alle zaken die bij de gewone rechter zijn aangebracht. Een uitzondering vormt echter de penitentiaire kamer van het gerechtshof te Arnhem (art. 73 RO), waarvan de beslissingen niet aan enig rechtsmiddel, dan wel enkel aan cassatie in het belang der wet zijn onderworpen (art. 15c laatste lid Sr, resp. art. 509x, laatste lid Sv). Daarom waag ik het iets te zeggen over het onderwerp van de inperking van de rechtsmacht van de Hoge Raad, waarover reeds velen die deskundiger zijn dan ik de degens hebben gekruist.

Het gaat in de gevallen dat rechtsbeslissingen aan de rechtsmacht van de Hoge Raad zijn onttrokken, als ik het wel heb, steeds om beslissingen die in handen zijn gelegd van één feitelijke instantie: de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, de Centrale Raad van Beroep, de Tarievencommissie, het College van Beroep voor het Bedrijfsleven, de Penitentiaire Kamer van het gerechtshof te Arnhem.

Nu zijn er mijns inziens drie redenen om in deze gevallen cassatie minder noodzakelijk te achten dan in de gewone rechtspraak, waarin de uitspraken van de Hoge Raad ten doel hebben een hele schare van gerechten op diverse nivo's op één lijn te krijgen. Voor het deelgebied waarvoor een rechtsprekend college is ingesteld dat aan de competentie van de Hoge Raad is onttrokken, wordt die rechtseenheid toch al gerealiseerd. Voor willekeur hoeft men niet bevreesd te zijn, want bedoeld college zal stellig streven naar consistentie, hetgeen overigens niet uitsluit dat het beleid in de loop der tijden wijzigingen zal ondergaan; ook de Hoge Raad kan zijn koers wijzigen, zoals reeds herhaaldelijk is gebleken.

Een andere reden is de sterke vervlochtenheid van de beslissingen op deze deelgebieden met beleidsoverwegingen. Men kan het met A.G. 't Hart en anderen eens zijn dat 'beleid' niet is weg te denken uit welke rechtspleging dan ook.[29] Maar wanneer men de door de wetgever en in zijn spoor door de rechter geformuleerde rechtsregels vergelijkt met de normen op de deelgebieden van het recht waar men geen, of weinig, steun heeft aan die rechtsregels – bijvoorbeeld op het gebied van de sanctiebepaling – dan is de kans op schending van het recht erg gering. Dat klemt temeer wanneer deskundigen deel uitmaken van de competente colleges op die deelgebieden en dus niet-juridische overwegingen een essentieel aandeel hebben in de besluitvorming. Bovendien zal een snelle besluitvorming vaak geboden zijn, zodat men het paard achter de wagen spant wanneer de Hoge Raad ook nog moet worden ingeschakeld.

Hierbij sluit de derde reden aan om de 'meerwaarde' van de cassatie boven de beslissingen van één hoogste feitelijke instantie in twijfel te trekken. Dat is de geringe generaliseerbaarheid van de bedoelde beslissingen. Het komt mij voor dat dit met name het geval is met de beslissingen van de Afdeling rechtspraak van de Raad van State en van de Centrale Raad van Beroep.

29. Vgl. de essays van A.C. 't Hart, in: Strafrecht en beleid, 2e druk, Leuven 1984. In het bijzonder verwijs ik naar 'Naar een strafprocessueel beleidsrecht', p. 251 e.v. en 'Beleid en beleidscontrole', p. 355 e.v.

Eenheid van rechtspraak op deelgebieden is uiteraard niet meer dan een – zij het belangrijke – stap in de richting van rechtseenheid. Deze wordt mee gevormd door de gelding van algemene rechtsbeginselen, zoals de algemene beginselen van behoorlijk bestuur, het ne bis in idem-beginsel, het verbod van terugwerkende kracht, enz. In theorie is denkbaar dat door de hoogste feitelijke rechter op de deelgebieden van het recht tegen deze beginselen wordt gezondigd. Dat lijkt echter onwaarschijnlijk; daarvoor zijn die beginselen te krachtig in onze rechtscultuur verankerd. Wel kan het voorkomen dat de jurisprudentie op het terrein van het commune civielrecht repercussies heeft op het recht in de deelgebieden en omgekeerd. Voorbeelden daarvan kan men vinden in NJB Speciaal van december 1989. Tot dusver heeft men daarvoor blijkbaar praktische oplossingen gevonden. De 'detachering' van een lid van de Hoge Raad in de Afdeling rechtspraak van de Raad van State bleek een weg te zijn om te komen tot vruchtbaar overleg tussen de twee instanties. Ook is gedacht aan een 'Chambre Mixte' voor de beslechting van grensgeschillen tussen beide colleges. Verder is het soms mogelijk om bij dreigende conflicten tussen (bijvoorbeeld) de kort-gedingrechter en de Afdeling rechtspraak de beslissingen op elkaar te laten afstemmen. Wanneer, hetgeen ik vermoed, dit soort geschillen weinig voorkomt, lijkt het mij de vraag of het verstandig is onze rechtspraak door de invoering van cassatie over de hele linie met de hypotheek van een weinig profijtelijke extra-vertraging te belasten. Zo ook J.M. Polak in zijn inleiding op het onderhavige NJB Speciaal (p. 1611 e.v.). Hij is groot voorstander van eenheid van rechtspraak, maar ontkent dat deze alleen langs de formele weg van de cassatieprocedure moet worden bereikt. Hij is voorstander van 'stille coördinatie': 'partijen ... worden minder op kosten gejaagd dan in een stelsel waarin de vrijwillige – al dan niet stille – coördinatie ontbreekt en pas door het machtswoord van de Hoge Raad die eenheid wordt bereikt' (p. 1613). Dat geldt niet voor de beslissing van het concrete geval, maar wel voor de beslissing van rechtsvragen. De colleges dienen dan wel de resultaten van hun samenwerking bekend te maken en een motivering te geven (p. 1614).[30]

Het is natuurlijk niet uitgesloten dat een beslissing van een niet aan de rechtsmacht van de Hoge Raad onderworpen gerecht niet optimaal zal zijn en geen genade zou hebben gevonden in de ogen van de Hoge Raad. Voor die zeldzame gevallen zou men de mogelijkheid van cassatie in het belang der wet kunnen introduceren.

Besluit

Samenwerking tussen rechters en gerechten is noodzakelijk, zal de Rechterlijke Macht goed functioneren. Die noodzaak is gelegen in het 'rechterlijk tekort', de 'condition judiciaire', die niet een twee drie uit de wereld is te helpen, evenmin als het fundamentelere menselijke tekort, waarvoor Pufendorf de toepasselijke

30. Vgl. zijn polemiek over dit onderwerp met A. Bloembergen, een groot voorstander van invoering van cassatie in administratieve zaken (zie diens voordracht, Cassatie in administratieve zaken, Deventer 1984 en zijn discussiebijdrage in Eenheid van recht, p. 59–65, met de repliek van Polak, Eenheid van recht, p. 100 e.v.).

term 'imbecillitas' uitdacht. Samenwerking kan daar wel iets aan doen, want twee beperkte rechters weten evenals twee domme mensen meer dan een enkele. Om het rechterlijk tekort wat meer te reduceren – meer kan men nauwelijks wensen – is echter visie nodig. Het is maar aan weinigen gegeven die te ontwikkelen. Tientallen jaren heeft Jan Leijten samengewerkt met rechters. Hij heeft inderdaad getoond visie te hebben. Te hopen is dat hij nog lang bezig zal zijn de rechterlijke samenwerking op de hem eigen visionaire wijze op een hoger nivo te brengen, tot heil van de rechtzoekenden.

H.U. Jessurun d'Oliveira

Dissenting opinion

1. Het geheim van de raadkamer bij rechterlijke colleges lijkt als twee druppels water op het leerstuk van het democratisch centralisme bij politieke besluitvorming. Ook wanneer men zich binnenskamers, in de beslotenheid van vergaderzaal of raadkamer, tot het uiterste heeft verzet tegen het nemen van een bepaald besluit, moet men zich naar buiten toe de verantwoordelijkheid ervoor gelaten laten aanleunen. Dat is niet altijd een pretje. Men kan zich allicht geschoffeerd voelen als men aangekeken wordt op een schofferend arrest dat men naar vermogen heeft tegengewerkt.[1] Als een staatsraad, oud-president van de Hoge Raad, zittend in de Afdeling rechtspraak van de Raad van State, de oren gewassen krijgt omdat hij als specialist in het internationaal privaatrecht een uitspraak heeft laten passeren met wat als een enormiteit op dat terrein wordt getaxeerd, dan kan er aanleiding zijn om zich te verbijten.[2]

De frictie die er zit tussen het ondertekenen van een rechterlijke uitspraak en het onderschrijven ervan kan veel hitte genereren. Volgens de regels van het spel ondertekent men een uitspraak, ook al heeft men zich de vellen van de tong geraadkamerd om hem in deze vorm tegen te houden. In die situatie ontstaat er behoefte aan om naar buiten toe te manifesteren dat men door ondertekening alleen heeft willen te kennen geven dat de beslissing voor wat zijn ontstaansgeschiedenis betreft correct is, maar er overigens graag de handen van zou aftrekken: de behoefte aan een naar buiten te brengen dissenting opinion. Naar algemeen wordt aangenomen maakt echter het geheim van de raadkamer de rechter monddood; alleen via de geprivilegieerde trechter van de uitspraak mag hij zijn opvatting openbaren.

2. Na de jaarvergadering van de Nederlandse Juristenvereniging in 1973 met de welsprekend verdedigde preadviezen van H. Drion en O. de Savornin Lohman over de dissenting opinion in de rechtspraak is het weer vrij stil geworden over dit onderwerp. Hoewel toen de aanwezigen in meerderheid voor de mogelijkheid stemden om ondertekende dissenting opinions openbaar te maken, en wel in alle

1. H. van Maarseveen, een arrest dat schoffeert, NJB 1988, p. 819–820. Zie ook idem, Een arrest dat versuft, NJB 1990, p. 1152 e.v. Het appel-nominaal in zo'n kritisch stuk heeft toch een andere uitwerking dan de vermelding van de namen van de raadsheren en raadsdames in de Nederlandse jurisprudentie.

2. H.U. Jessurun d'Oliveira, Kromme rectificaties, Ars Aequi 1983, p. 663 e.v. (p. 671).

instanties van de gewone rechterlijke macht, is dit – als gebruikelijk met de stemmingen van de NJV – niet door de wetgever opgepikt.

In de laatste tijd komen er intussen weer geluiden op die met deels andere dan voorheen gebruikte argumenten pleiten voor de invoering van de dissenting opinion in het Nederlandse rechtspraaksysteem.

L.H. van den Heuvel[3] meent dat art. 28 van de Wet RO niet in de weg staat aan het opnemen van minderheidsstandpunten in uitspraken, als dat maar abstract en anoniem gebeurt. Hij beperkt zich tot uitspraken van de HR, om niet alleen praktische redenen. 'Voor het publiceren van persoonlijke dissenting opinions', aldus de slotzin van zijn artikel, 'is wetswijziging noodzakelijk en wenselijk.' Als ik het goed begrijp, dan is het voor Van den Heuvel zo in te richten dat het hele college een beslissing neemt om een als aanhangsel bij de uitspraak op te nemen, niet ondertekende, afwijkende opvatting naar buiten te brengen. Deze maakt dan deel uit van het arrest, maar draagt de beslissing niet. Hier ligt een paradox: de dictatuur van de meerderheid wordt doorbroken door de dissenting opinion, waarvan de openbaarmaking door diezelfde meerderheid moet worden mogelijk gemaakt.[4] Naar mijn mening zou aan die meerderheid geen beslissingsrecht mogen toekomen over de publicatie van het minderheidsstandpunt of de minderheidsstandpunten, omdat dit de mogelijkheid biedt om onwelgevallige en verworpen standpunten te smoren. Rechters zijn tenslotte óók mensen. De anonimiteit die Van den Heuvel noodzakelijk vindt onder het huidige regime laat al zien dat het hem niet in de eerste plaats te doen is om de verlichting van individuele gewetenskwellingen van overstemde rechters, maar om bijdragen aan de rechtsvorming die het van de kracht van argumentatie moeten hebben. Dat het hem gaat om de geleidelijke rechtsontwikkeling blijkt ook uit zijn nadruk op de situatie bij de HR. Dat eerste, subjectieve, element dat pleit voor dissenting opinions, en dat ondertekening impliceert, kan alleen bij wetswijziging geïntroduceerd worden. Daar ben ik het mee eens.

Hiermee kom ik op de recente bijdrage van J.E.F.F.M. Duynstee, raadsheer in het Hof te 's-Hertogenbosch.[5] Deze kiest een rechtspositioneel perspectief. Naar zijn inzicht is art. 28 Wet RO niet verenigbaar met het recht op vrije meningsuiting van de rechterlijke ambtenaren zoals verwoord in art. 10 van het EVRM en art. 19 van het Bupo-verdrag. Art. 10 lid 2 EVRM kent een aantal restricties op de vrijheid van expressie.[6] Duynstee meent dat die niet ter zake doen: '(...) het is moeilijk voor betwisting vatbaar dat in casu gerechtvaardigde beperkingen op het

3. L.H. van den Heuvel, Vermelding van minderheidsstandpunten in arresten van de Hoge Raad, NJB 1989, p. 477–481.

4. T.a.p. p. 480.

5. J.E.F.F.M. Duynstee, Dissenting and concurring opinions revisited, NJB 1990, p. 49–52.

6. 'Daar de uitoefening van deze vrijheden plichten en verantwoordelijkheden met zich brengt, kan zij worden onderworpen aan bepaalde formaliteiten, voorwaarden, beperkingen of sancties, welke bij de wet worden voorzien, en die in een democratische samenleving nodig zijn in het belang van 's lands veiligheid, territoriale onschendbaarheid of openbare veiligheid, de bescherming van de openbare orde en het voorkomen van strafbare feiten, de bescherming van de gezondheid of de goede zeden, de bescherming van de goede naam of de rechten van anderen, om de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen te voorkomen of om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen.'

recht van vrije meningsuiting niet aan de orde zijn.'[7] Als argument voor dit standpunt voert hij in de eerste plaats aan dat rechters bij het Europese Hof voor de Rechten van de Mens zelf het recht hebben om minderheidsstandpunten te ventileren (art. 51 lid 2 EVRM), en dat dit recht *dus* ook aan nationale rechters toekomt. Vreemd is dan dat de conventie dit niet bepaalt voor de Commissie voor de Rechten van de Mens: wel wordt er gesproken over raadkameren (art. 33) en over het nemen van meerderheidsbeslissingen (art. 34), maar verder is de Commissie bevoegd zijn eigen procedureregels vast te stellen (art. 36). Zou ook het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen, dat immers de beginselen van grondrechten en fundamentele vrijheden als onder meer neergelegd in het EVRM voor de Europese rechtsorde erkent, het recht op openbaar maken van dissenting opinions moeten erkennen, hoewel men daar welbewust van af heeft gezien? Hoe kan het zijn, dat in de veertig jaar dat het EVRM bestaat nog geen rechter uit een land dat de dissenting opinion niet kent, in hoge nood een beroep op art. 10 heeft gedaan om een dissenting opinion te ventileren? Dit ontbreken vindt zijn verklaring niet alleen in de gezagsgetrouwheid en collegialiteit van rechterlijke corpsen, maar ook in de omstandigheid, dat onder het EVRM aan de lidstaten een zekere marge van appreciatievrijheid blijft toekomen bij de invulling van restricties op de vrijheid van expressie. Uit de school klappen in de vorm van een dissenting opinion kan bijvoorbeeld al gebracht worden onder de restrictie van het voorkomen van strafbare feiten,[8] gegeven het feit dat het doorbreken van het geheim van de raadkamer als misdrijf strafbaar is gesteld in art. 272 WSr. Hoewel voorts de beperkingsgrond 'om het gezag en de onpartijdigheid van de rechterlijke macht te waarborgen' in art. 10 lid 2 primair gebruikt is om publicaties door derden af te weren in de sfeer van het 'contempt of court', kan de formule toch ook ruimte bieden aan nationale verboden om dissenting opinions te publiceren.[9] Het geheim van de raadkamer en het verbod van openbaarmaking van afwijkende meningen wordt immers vaak gemotiveerd door de wens het gezag van het rechterlijk oordeel niet te bevlekken met het bloed en de tranen van de wordingsgeschiedenis ervan. Bovendien kan de sanctionering van het geheim van de raadkamer gefundeerd worden op de restrictie op de vrijheid van expressie gelegen in het voorkómen van de verspreiding van vertrouwelijke mededelingen. Het raadkameren kan immers gezien worden als het uitwisselen van zulke vertrouwelijke mededelingen. Kortom, de opvatting dat er geen twijfel over mogelijk is dat de restricties

7. T.a.p. p. 51.

8. Vgl. het compendium van de voormalige president van het Europese Mensenrechtenhof Fawcett, The application of the European Convention on Human Rights (1987^2, p. 252) over de publicatie door een ambtenaar van een artikel in Der Spiegel met mededelingen die onder zijn ambtsgeheim vielen.

9. Cf. H.G.F.M. de Kok, Minderheidsstandpunten, NJB 1990, p. 492–493. Deze rechter uit de rechtbank te Den Bosch stelt voor een nationale procedure uit te lokken om uiteindelijk in Straatsburg een beslissing over het punt te forceren. Als raadsheer Duynstee nu eens een minderheidsstandpunt ten beste gaf en de Officier bereid vond hem op grond van art. 272 WSr wegens schending van het ambtsgeheim van de raadkamer te vervolgen, dan zou dat inderdaad uiteindelijk in Straatsburg kunnen belanden. Ik geef hem echter weinig kans op een gunstige meerderheidsbeslissing daar: daarvoor zijn er te veel elkaar overlappende gronden voor aanvaarding van de beperking op de rechterlijke vrijheid van meningsuiting. Dit blijkt ook uit de jurisprudentie in Straatsburg.

op de vrijheid van meningsuiting niet slaan op functionele rechterlijke handelingen lijkt mij rijkelijk optimistisch.

3. Een van de weinigen die stelselmatig hun voorkeur voor de introductie in het Nederlandse bestel van dissenting opinions is blijven kenbaar maken is Jan Leijten. Sinds zijn bijdrage aan het NJB uit 1972, het jaar van zijn toetreden tot de redactie van dit aardige weekblad, over dit onderwerp[10] en zijn bespreking[11] van de hiervoor al genoemde preadviezen van Drion en De Savornin Lohman, is hij regelmatig op het onderwerp teruggekomen. Nog in 1990 verklaart hij in een interview[12] een 'fervent voorstander' te zijn – zo sterk had hij zich daarover tot dan toe nog niet uitgelaten. Gevraagd of de conclusie van de Advocaat-Generaal als die blijkt niet te worden gevolgd, in wezen een 'dissenting opinion' is, verklaart hij dat dat twee verschillende grootheden zijn omdat het element van de beraadslaging bij de conclusie ontbreekt.

> 'Het is wel een frustrerende ervaring dat de Hoge Raad niet met je in debat treedt, dat hij je advies vraagt en vervolgens geheel en al zonder toelichting voorbij gaat aan een conclusie die toch iets voor je betekent. Ik denk dat de meeste adviseurs zouden denken: "Barst jij maar". Daar zou je wel een chagerijnig gevoel aan kunnen overhouden. Gelukkig heb ik dat nooit, omdat ik zo'n mooi karakter heb.'

Omstreeks dezelfde tijd gaf hij blijk van dit mooie karakter in een conclusie bij Hoge Raad 16 januari 1990, NJ 1990, 580. Hij vangt daar zijn conclusie aan met de volgende intro over een onderwerp dat hem eveneens ter harte gaat:

> 'Het in deze zaak voorgestelde middel heeft betrekking op de strafmotivering. Onder het toeziend oog van de Hoge Raad hebben de strafmotiveringsvoorschriften van de Wet van 31 maart 1983, die beoogden de kwaliteit van de strafrechtspraak te verhogen, een bijna puur formeel karakter gekregen.'

En hij vervolgt met een terzijde:

> '(Wie deze opmerking ongepast acht uit mijn pen, voor zover zij kritiek op de Hoge Raad schijnt in te houden, antwoord ik, dat de kritiek zich richt tegen een ontwikkelingstendens in de rechtspraak. De regel dat de Hoge Raad niet in discussie treedt met zijn OM mag men bovendien niet omkeren. De (vele) juristen die betogen dat zij in ons rechtsstelsel het instituut van de dissenting opinion niet nodig hebben omdat daarin reeds wordt voorzien door de conclusies van het OM bij de HR, zullen laatstbedoelde discussie juist noodzakelijk achten.)'

Waarop hij na een krachtig pleidooi voor de overtuigende explicatie van straftoemeting concludeert tot verwerping van het beroep, gegeven de slappe motiveringseisen die de Hoge Raad nu eenmaal stelt. Gelukkig heeft Jan Leijten een

10. J.C.M. Leijten, Dissenting opinion, NJB 1972, p. 697–707, p. 731–741.
11. Idem, Consensus over de dissenting opinion?, NJB 1973, p. 649–659.
12. Ars Aequi 1990, p. 213–218 (op p. 217).

mooi karakter, want de Hoge Raad geeft hem volledig gelijk in deze conclusie van zijn conclusie:

> 'De Hoge Raad oordeelt geen grond aanwezig waarop de bestreden uitspraak ambtshalve zou behoren te worden vernietigd.'[13]

Een ander zou allicht bij zo'n overvloedige motivering conform zijn conclusie zijn gaan blozen. Het is maar te hopen dat deze A.G. de volgende keer ongelijk krijgt van de Hoge Raad op het stuk van de strafmotivering. Nee, de conclusies van het OM bij de HR zijn de ware dissenting opinions niet, ook al wordt daarin niet alleen een bestandsopname gegeven maar ook een normatief standpunt ingenomen over de rechtsontwikkeling. Meestal, of heel vaak, blijkt dit laatste element achteraf bezien een dissenting opinion of, in de woorden van Jan Leijten, '(...) als de Hoge Raad het OM niet volgt, geeft de Hoge Raad een dissenting opinion'. De door het OM gehuldigde opvatting heeft het dan nog niet gehaald bij de Hoge Raad, maar speelt wel vanaf zijn publicatie een rol in de juridische discussie, zij het als niet veel meer dan de gefundeerde opvatting van een topjurist.

Overigens, waarom zou de Hoge Raad niet in discussie (mogen) treden met zijn OM? Ik vraag me af of de zin van die gedragsregel nog wel zo evident is als hij misschien ooit geweest is. Het zou de kwaliteit van het produkt ten goede komen als er wel ingegaan werd op de opvattingen van het OM bij de Hoge Raad als verwoord in de conclusies. Anders kan het instituut – zoals eerder door bijv. Paul Scholten en Gerard Langemeijer zoal niet bepleitten, dan toch voorzagen[14] – maar beter afgeschaft worden of facultatief worden gemaakt. Voor wat betreft het voorlichtende element kan de HR beroep doen op een aanwassende staf, databestanden en als er niet gereageerd hoeft te worden op het normatieve gedeelte van een conclusie kan zo'n preadviseur wel gemist worden. Omgekeerd: het bestaan van conclusies van het OM bij de HR is juist een argument voor invoering van de dissenting opinions bij de HR. Daaraan kan worden afgelezen hoeveel indruk een conclusie heeft gemaakt op het college. Men kan zien in hoeverre de P.G. heeft gescoord met zijn voorstellingen over de meest wenselijke ontwikkeling. Sinds de HR is teruggekomen op zijn regel om niet uitdrukkelijk te discussiëren met zijn eigen vroegere rechtspraak en open kaart is gaan spelen over de breuk met het verleden die hij soms nodig vindt, met inbegrip van overgangsrechtelijke aanwijzingen, is discussie met het OM een consequente voortzetting van de uitgezette (stippel-)lijn van grotere helderheid en openheid.

Dit zou ook in de lijn liggen van de heroriëntatie van de HR in de stijl van zijn rechtspraak, die zich kortweg gezegd heeft afgewend van die van de Cour de

13. De Hoge Raad achtte de cassatiemiddelen te laat ingediend en meent daarop niet te kunnen letten. Vandaar de ambtshalve beoordeling van de zaak. De conclusie van het OM besteedt geen aandacht aan dit aspect. Is dit een strategische zet van de A.G. die zich veroorlooft een krachtig pleidooi voor betere strafmotivering te houden in een bij voorbaat kansloze zaak, in de hoop dat dit pleidooi nog zal naklinken in een volgende kansrijkere zaak?

14. F. Bruinsma, Cassatierechtspraak civiele zaken, diss. 1988, p.60.

Cassation om de mosterd te halen bij het Bundesgerichtshof.[15] Het BGH discussieert immers niet alleen met zijn vroegere uitspraken, maar ook met de doctrine. Het ziet aanleiding in een veranderde (heersende) leer om zijn rechtspraak aan kritisch heronderzoek te onderwerpen en zo nu en dan ook om te gaan. Het lijkt wel of het OM een sta-in-de-weg is voor een soortgelijke ontwikkeling in Nederland: omdat de HR niet met zijn OM discussieert doet hij dat al helemaal niet met de doctrine, al zijn er wel aanzetten in die richting.[16] Het adagium wordt wel restrictief gehanteerd: soms maakt de HR (delen van) de conclusie tot eigen beslissing door eenvoudige verwijzing: geen discussie maar beamen. Waarom zou overigens dit kostbare parket met zijn toegepast-wetenschappelijke voorlichting aan de HR moeten voortbestaan, als de HR de adviezen in de wind kan slaan zoals elk ander standpunt in de doctrine? Men mag niet zonder meer uit het bestaan van het OM bij de HR afleiden dat de HR kennelijk met de conclusies zijn voordeel doet. Nu de HR voorzien wordt van een steeds uitgebreidere infrastructuur van beslissingsvoorbereiders rijst de vraag of niet het parket bij de HR gereduceerd kan worden tot een facultatieve amicus curiae, zoals dat bijv. ook in familiezaken bij de lagere rechter het geval is. Dit alles terzijde: het ging om de dissenting opinion.

4. Het geheim van de raadkamer staat onder druk. In de eerste plaats kan men incidenteel iets vernemen over de persoonlijke standpunten van de rechter. Ik heb het dan niet over in vertrouwen aan vertrouwden geopenbaarde raadskamerflarden, maar om gepubliceerde opinies waaruit een bepaald standpunt in een concrete zaak kan worden afgeleid. Alom bekend zijn de uiteenzettingen van raadsheer-rapporteur Taverne voor en na het de auditeur-arrest uit 1926.[17] Niemand twijfelt eraan dat Taverne bij deze uitspraak een belangrijke stem in het kapittel had, evenals trouwens bij het Landoorlogsreglement-arrest van 1942. Zo zijn er meer (en meer) arresten die toegeschreven worden aan de overwegende en aanwijsbare invloed van bepaalde raadsheren en raadsdames. Ook mag men aannemen dat op het stuk van de anticiperende interpretatie van het NBW raadsheer Snijders een grote invloed uitoefent, zowel bij de beslissing om wèl, als om niet te anticiperen.[18] Bovendien zal met de toegenomen recrutering van rechters uit de universiteit de neiging om te (blijven) schrijven over ontwikkelingen in de rechtspraak vermoedens wakker kunnen maken omtrent de jurisprudentiële bijdrage, met inbegrip van dissent, van deze wetenschappelijke auteurs. Men vergelijke bijv. de opvattingen van prof.mr. T.M. Schalken omtrent het belang-criterium bij het leerstuk van het onrechtmatig verkregen bewijs met de rechtspraak van het Gerechtshof Amsterdam waaraan door raadsheer-plaatsvervanger Schalken is deelgenomen.[19] Zulke voorbeelden zullen met vele te vermeerderen zijn. Maar er

15. Zie H. Kötz, Die Begründung höchstrichterlicher Urteile, preadvies nr. 32 Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking 1982.

16. Zie Hartlief en Tjittes, Authentieke interpretatie, NJB 1988, p. 1272.

17. Zie bijvoorbeeld daarover J.M. van Bemmelen, Strafvordering (1956)7, p. 341 e.v.

18. Vgl. het interview met W. Snijders, in NJB 1986, p. 92 e.v.

19. Zie T.M. Schalken, in T.M. Schalken en E.J. Hofstee (red.), In zijn verdediging geschaad (Remmelinkbundel) 1989, p. 11 en Hof Amsterdam, inzake het onrechtmatig verhoor van René R. in de Rara-zaak (cassatie aanhangig).

zijn ook wat meer structurele ontwikkelingen die een zekere druk op het geheim van de raadkamer opleveren. De uitbreiding van de unus-rechtspraak is er één van. Enerzijds is hier duidelijk wie de uitspraak niet alleen ondertekent maar ook onderschrijft: dat is de unus die eventuele innerlijke dissenting opinions heeft overwonnen. Maar anderzijds is dat soms helemaal niet zo duidelijk, gegeven de verrassende eensluidendheid van series uitspraken in kort geding die in eenzelfde kort tijdsbestek gegeven worden: hier heeft kennelijk presidentenoverleg plaatsgevonden. Res ipsa loquitur: de president heeft geraadkamerd met andere presidenten, al dan niet met moderne communicatiemiddelen en heeft zich op beleid vastgelegd. De uitspraken in kort geding reproduceren voelingen, voornemens of afspraken van presidenten die soortgelijke varkens te wassen hebben gekregen.

Het toenemende aandeel van de factor beleid in het rechterlijk bedrijf is ook buiten de unussen-rechtspraak verantwoordelijk voor vermoedens omtrent het in de raadkamer verhandelde. Hier worden als het ware arrêts de règlement ontwikkeld die als model dienst doen voor individuele uitspraken, en die zelf weer een reflex vormen op fenomenen zoals binnen het OM als beleid vastgelegde behandeling van massaal voorkomende zaken, bijv. door strafmaattariferingen: het ene tarief wordt beantwoord door het andere. Het systematisch vernietigen door gerechtshoven van in eerste aanleg gewezen kop-staart vonnissen die ook bij het instellen van hoger beroep daartussen geen vlees of vis krijgen is beleid dat niet telkens opnieuw in de raadkamer wordt bedacht.[20] Ook deze beleidsmatig voorgeprogrammeerde rechtspraak vormt een doorbreking van het geheim van de raadkamer, laat doorschemeren hoe de individuele beslissingen tot stand gekomen zijn, nl. min of meer onafhankelijk van de Kamer van de rechtsprekende colleges. Een dissenting opinion tornt hier op, niet tegen een meerderheid in een geïsoleerd geval, maar tegen vaste, beleidsmatig gefixeerde rechtspraak.

5. Er is hier geen ruimte om de vraag van de wenselijkheid van de invoering van dissenting opinions in de Nederlandse rechtspraak in volle omvang opnieuw te onderzoeken. De meeste argumenten zijn overigens al uit en te na besproken. De argumenten pro zijn vooral in te delen in argumenten die te maken hebben met de positie van de individuele rechter (diens expressievrijheid, diens gewetensnood, diens rechtspositie) en argumenten die met het rechtspraakproces te maken hebben (het gezag van de uitspraak, de geleidelijkheid van de rechtsvorming en rechtsontwikkeling, de doorbreking van het idee dat in elk geval maar één uitspraak op z'n plaats is, enz.). Naar mijn mening zijn *beide* lijnen relevant. In harde tijden moet men zich kunnen distantiëren van raadkamermeerderheden. Roosterhandigheden of ontslag helpen niet altijd. Ook al is men geen kruidje-roer-meniet, ook al loopt men over van esprit de corps, soms is er een grens bereikt die

20. Ik laat nu daar dat dit beleid in feite verdachten berooft van een instantie, omdat het Hof de zaak vrijwel de novo behandelt. Het nieuwste beleid ten opzichte van kop-staart-vonnissen schijnt overigens te zijn het niet behandelen of na ruim twee jaar pas appointeren van appelzaken, waardoor de straf van het undue-delay op de productie van de lege hulzen volgt. Het OM, dat hiermee de stille wenk krijgt dat het minder zaken moet aanbrengen, zal kunnen vervolgen wegens rechtsweigering, waarop de rechterlijke macht rechterlijke overmacht mag aanvoeren.

de spanning tussen ondertekenen en niet-onderschrijven te hoog doet oplopen. Neem de toepassing van de Neurenberger Gesetze via het Nederlands internationaal privaatrecht, of, nog eens, de betekenis van het Landoorlogsreglement in de Nederlandse rechtsorde. Ook minder dramatische voorbeelden kunnen dienen. Er zijn voor ieder verschillend liggende grenzen aan de omschrijving van het voorwaardelijk opzet, gelegen in zijn toetreding tot de rechterlijke macht, tot het voor zijn rekening nemen van rechtspraak waarmee men het grondig oneens is of die men voor verderfelijk houdt. Barre tijden vragen om dissenting opinion, ook al levert het ontbreken ervan een soort bescherming op.

Maar ook zijn er sterke argumenten voor de objectieve variant. Opmerkelijk genoeg zijn die telkens naar voren gehaald door Jan Leijten, die overigens blijk geeft zoveel oog te hebben voor individuele en persoonlijke kanten van het bestaan. Ik zal ze hier niet herhalen, maar met kleine afwijkingen[21] onderschrijven.

Wel wil ik hier uit Italië een rechtsvergelijkende notitie toevoegen. Het betreft een ontwikkeling op een gebied dat ligt op het raakvlak tussen de subjectieve en de objectieve, tussen de individuele en structurele kanten van de rechtspraak: de rechterlijke aansprakelijkheid.[22] De civielrechtelijke aansprakelijkheid betreft de individuele rechter, en dient het collectieve belang van behoorlijke rechtspraak. In Nederland is het onderwerp van de individuele rechterlijke aansprakelijkheid voor ambtshandelingen en met name meewerken aan rechterlijke beslissingen onderontwikkeld. Er is wat tuchtrecht, de staat is mogelijk aansprakelijk voor foute beslissingen, ook van colleges, met name als het gaat om onrechtmatig ondergane hechtenis, en in transacties met name onder dreiging van een oordeel van het Europese mensenrechtenhof, maar verder dient de rechter – legibus solutus – volgens het recht recht te spreken.

In Italië is niet lang geleden (in 1988) een wet aangenomen tot regeling van de rechterlijke aansprakelijkheid.[23] Deze wet, die gebaseerd is op de gedachte dat in een democratie geen overheidsmacht mag worden uitgeoefend zonder verantwoording naar buiten,[24] is de vrucht van een in november 1987 gehouden afschaffend referendum, waarbij de bestaande artikelen 55, 56 en 74 van het wetboek

21. Zie mijn interventie tijdens het debat over de preadviezen van Drion en de Savornin Lohman in 1973. Handelingen NJV deel II, p. 52 e.v.

22. Zie hiervoor algemeen de uitvoerige rechtsvergelijkende studie van A. van Oevelen, De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht, 1987, Antwerpen–Apeldoorn–Brussel, 2 delen.

23. De wet van 13 april 1988, n. 117 over vergoeding van schade veroorzaakt in de uitoefening van rechterlijke functies en burgerlijke aansprakelijkheid van rechters. G.U. 15 april 1988, n. 88. Zie daarvoor C.L.C. Salvati, Civielrechtelijke aansprakelijkheid van de magistratuur in Italië, NJB 1988, p. 1241 (zie ook p. 92).

24. Vgl. rechtsvergelijkend Mauro Cappelletti, Giudici Irresponsabili? (1988). Deze monografie is een uitgebreide versie van 'Who watches the watchmen? A Comparative Study on Judicial Responsibility'. American Journal Comparative Law (1983), p. 1 e.v. Vergelijk qua titel en onderwerp T. Hoogenboom, Hoe bewaken we de bewakers? Enige opmerkingen over de rechterlijke onrechtmatige daad in Recht op Scherp (feestbundel W. Duk), 1984, p. 91–106.

van burgerlijke rechtsvordering werden doorgestreept.[25] De wet poogt de rechterlijke onafhankelijkheid in balans te brengen met rechterlijke verantwoordingsplicht. De afgeschafte artikelen kenden rechterlijke civiele aansprakelijkheid bij rechtsweigering of in geval van boos opzet, bedrog of omkoping. De nieuwe wet breidt de gronden voor civiele aansprakelijkheid van de rechters uit, en ontwikkelt procedures voor de behandeling van vorderingen tot vergoeding van schade. Bij ambts*misdrijven* geldt het gewone aansprakelijkheidsrecht en kan zowel de rechter als de staat aangesproken worden. Daarbuiten kan alleen de staat worden aangesproken in de in de wet omschreven gevallen, en de staat kan een uitgekeerde schadevergoeding tot een bepaald plafond in functie van het salaris van de betrokken rechter terugvorderen. Daarnaast blijft de CSM (Consiglio Superiore della Magistratura) tuchtrechtspraak uitoefenen.[26]

Eén aspect van deze wet vraagt hier bespreking: hoe de individuele aansprakelijkheid van rechters in meervoudige kamers te bepalen, en vooral: te ontlopen? De wet bevat daarover een regeling die breekt met het ook in Italië heersende beginsel van het geheim van de raadkamer. De nieuwe wet bepaalde dat een proces-verbaal moest worden opgemaakt van het in raadkamer verhandelde, welk proces-verbaal geheim moest blijven tot het door de rechter die is aangewezen om van de vordering tot schadevergoeding kennis te nemen wordt opgevraagd. Uit dit proces-verbaal kan dan blijken dat een bepaalde rechter op een bepaalde manier heeft gestemd en welke redenen hij daarvoor heeft aangegeven; zo kan hij anticiperen op een onrechtmatige daadsactie die hij ziet aankomen in verband met een 'foute' collegiale beslissing. Deze regeling van een gevoileerde dissenting opinion is door verschillende rechters voorgelegd aan het Constitutionele Hof, dat op 25 januari 1989 zijn oordeel gaf.[27]Het Constitutionele Hof bracht een wijziging aan in de tekst van het betrokken artikel 16 en veranderde het stelselmatig verplichte proces-verbaal in een proces-verbaal dat incidenteel op verzoek van één

25. Zie daarover van Oevelen l.c. (noot 22) par. 47.

26. Het is hier niet de plaats voor een algemenere beoordeling van deze wet. Het lijkt me een ongelukkige zet van de politieke klasse om de druk van een verziekte politieke situatie af te wentelen op de rechterlijke macht. Deze bevindt zich tussen twee vuren: het terrorisme dat meebrengt dat oudere magistraten zo snel als dat geoorloofd is overplaatsing vragen uit arrondissementen die door maffia, camorra of 'ndrangheta geregeerd worden. Het gevolg daarvan is dat bijvoorbeeld in Locri (Calabrië) de georganiseerde misdaad die daar de Republiek Italië is opgevolgd, tegemoet getreden wordt door vier vers van het concorso gekomen magistraten voor wie de grond begrijpelijkerwijs al gauw te heet onder de voeten werd, maar aan wie overplaatsing door de CSM geweigerd is, omdat men volgens het reglement tenminste twee jaar (wordt drie) op z'n post moet blijven. In dezelfde tijd valt een aanslag op een wethouder van Locri, wordt de raad in volle zitting met mitrailleurvuur bestookt, dit keer nog als waarschuwing zonder slachtoffers, en wordt een politieman geliquideerd. Zie La Repubblica, 8 en 14 sept. 1990. Het gebrek aan Staat in bijvoorbeeld de Mezzogiorno wordt gecompenseerd door een zwaardere aansprakelijkheid van de rechterlijke macht, die dan ook een goed heenkomen zoekt. Heel wat rechters zijn in Italië al gemutileerd of afgemaakt, ook door gebrek aan rugdekking door de overheid. De toename bijvoorbeeld van 0,76% tot 0,92% die de Justitiebegroting dit jaar op de – als gebruikelijk door partitocratische belangenbehartiging zwaar deficitaire – totale begroting 1991 inneemt, betekent in lires een bezuiniging.

27. Beslissing no. 18 (9/18 jan. 1989) Gazetta Ufficiale 25 jan. 1989; Foro Italiano I, p. 305 e.v. (1990) met noten van A. Pizzorusso en L. Scotti.

van de rechters wordt opgemaakt. Dat het proces-verbaal facultatief is gemaakt hangt samen met artikel 97 van de Constitutie dat een rationele organisatie van de Justitie verlangt. Het is voldoende, aldus het Constitutionele Hof, dat de individuele rechter kan aantonen dat hij het oneens is geweest met de beslissing, door een verzegelde envelop met zijn standpunt aan de griffie in bewaring te geven.[28] Andere constitutionele bezwaren zijn verworpen of nog aanhangig. Van belang is, dat de geheime dissenting opinion van de individuele rechter openbaar wordt als zijn civiele aansprakelijkheid hetzij rechtstreeks hetzij via regres door de Staat in het geding is. Het geheim van de raadkamer wordt opengebroken door de civiele aansprakelijheid van de rechter. Geeft men de rechter niet het recht zich vrij te pleiten van een meerderheidsbeslissing bij collegiale rechtspraak dan – zo zouden we in Nederland denken – wordt de uitbundige rechtspraak op het stuk van artikel 140 Sr. doorgetrokken, en dat lijkt mij een onwenselijke ontwikkeling.

Is er veel kans op introductie van de dissenting opinion in Nederland? Aan de ene kant is de uitvoering ervan technisch eenvoudig. Veel legislatief vernuft is er niet voor nodig om een paar knopen door te hakken: aan welke rechterlijke colleges de dissenting opinion wordt vergund (alle, of alleen de hoogste), of ook concurring opinions worden toegelaten, of zij ondertekend mogen of moeten worden, enz.

Aan de andere kant lopen weinigen warm voor kleine institutionele verbeteringen in de rechtspraak. De rechterlijke macht is bang om van narcistisch ellebogenwerk en oncollegialiteit beticht te worden.[29] De hervorming van de rechterlijke organisatie zoals men zich die in Den Haag voor ogen stelt is meer georiënteerd op vergroting van efficiency en volumebeleid, stroomlijning en beheersing van de input, ook door beperking van rechtsbescherming en gefinancierde rechtshulp, dan op kwaliteitsverhoging. Een politieke issue zal de dissenting opinion niet gauw worden.[30] Politici zullen er wel niet meer in zien dan een procedurele finesse, en de draagwijdte van de invoering van de dissenting opinion voor de verhoging van de kwaliteit van de rechtspraak onderschatten. Verkiezingsprogramma's en partijprogramma's maken er geen punt van. Ik ben daarom somber gestemd. Nu de laatste vloed, 20 jaar geleden, de dissenting opinion niet op het strand heeft afgezet zal ook Jan Leijten moeten wachten tot het huidige laagtij weer afgelost wordt. Maar waarom zou de dissenting opinion eigenlijk niet kunnen worden meegenomen in de gigantische operatie herziening rechterlijke organisatie?[31]

28. Vgl. het uitvoerige en ook rechtsvergelijkende artikel van Graziadei en Mattei, Judicial Responsibility in Italy: A New Statute, Am. Journal of Comparative Law 1990, p.103–126, waaraan hier het een en ander is ontleend.

29. Zie de stoet van rechters die in 1973 het spreekgestoelte van de NJV beklommen om in koor een gebrek aan persoonlijke behoefte aan dissenting opinions te betuigen.

30. Vgl. stelling 6 bij F. Bruinsma's dissertatie: 'Rechtswetenschap in Nederland bestaat voor een groot deel uit voortdurend terugkerende discussies over onderwerpen zonder praktische relevantie zoals over (...) dissenting opinion (...)'.

31. Zie daarover Th.W.M. Lippmann, Integratie kantongerechten en intern appel, NJB 1990, p. 947; zie ook p. 1161 en de daar vermelde literatuur.

L.C.M. Meijers

Waarborgen voor een eerlijke (straf)procedure

1. Een eerlijke procedure

Het ontbreken van een strafbepaling in het nationale recht kan ten opzichte van het slachtoffer van een delict een schending van het EVRM opleveren. De uitspraak van het EHRM in de zaak van X en Y tegen Nederland van 26 maart 1985, met een noot van prof. Alkema gepubliceerd in NJ 1985, 525, is daarvan een voorbeeld: de man die met een geestelijk gehandicapt meisje van 16 jaar ontuchtige handelingen had gepleegd, kon alleen maar op klacht van het slachtoffer worden vervolgd, maar tot het doen van zo'n klacht was het meisje niet in staat. Het EHRM besliste dat de leemte in de strafwetgeving tegenover het meisje een inbreuk op art. 8 EVRM opleverde.

Dit is niets bijzonders: het EVRM beschermt immers rechten en fundamentele vrijheden van iedere burger. In de Nederlandse strafrechtspraak en -litteratuur wordt erkend dat het EVRM ook rechten van andere rechtsgenoten dan de verdachte beoogt te beschermen, bij voorbeeld dat van de anonieme getuige op bescherming van zijn persoonlijke levenssfeer, en rechten van de gemeenschap van rechtsgenoten.[1] Bijzonder is wel dat, zoals Trechsel zegt,[2] *art. 6* EVRM het slachtoffer van een delict volledig 'schutzlos' laat. Trechsel bepleit dat in een nader protocol aandacht aan de positie van het slachtoffer van een delict wordt gegeven.

Voor de kwaliteit van een rechterlijke procedure leidt het bovenstaande tot de keuze van het uitgangspunt dat een (straf)procedure eerst eerlijk is, indien daarin de belangen van de procesdeelnemers en, voor zover het over strafzaken gaat, bovendien die van het slachtoffer, wanneer dat niet de procespositie van 'beledigde partij' heeft, en van de gemeenschap zo naar voren kunnen worden gebracht dat de rechter de standpunten van partijen kent en in staat is de belangen die in het geding zijn in zijn besluitvorming te betrekken. De vraag waarop deze bijdrage een antwoord probeert te geven is aan welke strikte voorwaarden een (straf)pro-

1. In zijn redelijke-termijnjurisprudentie pleegt de Hoge Raad mede te betrekken het belang dat de gemeenschap ook na overschrijding van een redelijke termijn behoudt bij normhandhaving door berechting: HR DD 89.253.
Over te beschermen belangen van de anonieme getuige en het belang van een goede rechtspraak: E.P. von Brucken Fock in NJB 1990, p. 301.

2. Stefan Trechsel, Die Bedeutung der Europäischen Menschenrechtskonvention im Strafrecht, ZStW 1989, p. 826.

cedure met het oog op die 'belangenjurisdictie' (de term is van Hirsch Ballin[3]) moet voldoen.

2. Waarborgen, beginselen, regels, vormen. De woorden

In de Nederlandse rechtspraak in burgerlijke en strafzaken worden, wanneer het gaat over de voorwaarden met de naleving waarvan de behoorlijkheid van een rechterlijke procedure staat of valt, verschillende termen gebruikt. Zo noemt de Hoge Raad in zijn beschikking van 29 maart 1985, NJ 1986, 242 (Enka – Dupont) de weigering van de Arnhemse rechtbank om op een verzoek tot voorlopig getuigenverhoor de wederpartij van de verzoeker te horen het verzuim van een *vorm* die *van essentiële betekenis* is, welke betekenis onder meer daaruit voortvloeit dat het *beginsel* van hoor en wederhoor tot de fundamentele beginselen van het procesrecht behoort. In HR 3 juni 1988, NJ 1989, 5 oordeelde de Hoge Raad dat *de eisen van een goede rechtspleging* meebrengen dat geen recht wordt gedaan op stukken ten aanzien waarvan partijen niet over en weer hun standpunt naar voren hebben kunnen brengen. Bij de toepassing van de Krankzinnigenwet wordt hetzelfde verbod afgeleid van de in art. 17 KW neergelegde *procedureregels* 'mede gezien art. 5 EVRM'. (Het EG-HvJ spreekt van de 'Anspruch auf rechtliches Gehör'; zo in de uitspraak van 21 september 1989 in Hoechst AG tegen de Commissie, § 14[4]).

De strafprocesrechtelijke regel van art. 359 lid 1 Sv dat het vonnis het telastegelegde en de inhoud van de bewijsmiddelen bevat, pleegt door de Hoge Raad te worden aangeduid als een *waarborg* voor de veroordeelde om op eenvoudige wijze kennis te nemen van de inhoud van de te zijnen laste gebezigde bewijsmiddelen (voorbeeld: HR 4 maart 1986; in de publikatie in DD 86.313 niet opgenomen).

Het gevarieerde woordgebruik vraagt om verduidelijking, vooral nu het voor de aard van de rechterlijke werkzaamheid en de keuze van de rechterlijke sanctie – en voor de omvang van de controle door de cassatierechter – veel uitmaakt of een waarborg voor een eerlijke procedure dan wel een beginsel van behoorlijk procesrecht is veronachtzaamd.

3. Waarborgen en beginselen

Onder *waarborgen* zijn te verstaan de processuele regels met de naleving waarvan een goede procesorde staat of valt: de essentialia van een goede procesorde of de spelregels waarvan onder geen beding mag worden afgeweken.[5] Schending van

3. E.M.H. Hirsch Ballin, Onafhankelijke rechtsvorming. Staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde, in De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel, p. 219.

4. EuGRZ 1989, p. 400.

5. Mevr. mr. S. Boekman in de Haardtbundel, p. 45; mr. Remmelink in zijn conclusie vóór HR 30 januari 1979, NJ 1979, 293.

een waarborg leidt in burgerlijke en strafzaken *onder alle omstandigheden* tot nietigheid van het onderzoek op de zitting of van de uitspraak of – in strafzaken – tot niet-ontvankelijkverklaring van de officier van justitie. Ruimte om schending van een waarborg zonder dat gevolg te laten heeft de rechter niet.

Beginselen van procesrecht zijn, anders dan waarborgen, geen strikte eisen waarvan de rechter onder geen beding mag afwijken, maar uitgangspunten of richtlijnen voor de rechter bij de afweging van de belangen van de procesdeelnemers en van de gemeenschap bij de bescherming van hun rechten. Een waarborg legt de procedure op het gewaarborgde punt vast. Een beginsel geeft leiding aan de rechterlijke afweging, zonder de uitkomst ervan te dicteren. De rechter bepaalt zelf de wijze waarop een beginsel in zijn beslissing doorwerkt. Mits de afweging door de rechter niet onredelijk is en de uitkomst niet onbegrijpelijk heeft een cassatiemiddel tegen de verwerping van een beroep op, bij voorbeeld, het gelijkheidsbeginsel geen kans van slagen (vgl. HR 26 april 1988, NJ 1989, 37 met conclusie PG Remmelink).

Het onderscheid tussen formele en substantiële vormen van procesrecht – een onderscheid dat de burgerlijke kamer van de Hoge Raad heeft overgenomen van de strafkamer[6] – scherpt de inhoud van het begrip waarborg niet aan. Zowel onder de formele als de substantiële vormen komen waarborgen én beginselen voor: de grondwettelijke procesregel van art. 121 (de uitspraak geschiedt in het openbaar) en het rechterlijke ('substantiële') vormvoorschrift dat het openbaar ministerie bij het onderzoek in raadkamer als bedoeld in art. 23 Sv wordt gehoord (HR 12 februari 1934, NJ 1934, 991) zijn zeker als strikte condities voor een eerlijke procedure, dus als waarborgen, aan te merken. Daartegenover leidt het verzuim van een ('formele' of 'substantiële') vorm niet tot nietigheid – ik citeer Korthals Altes en Groen in hun bewerking van Veegens –

> 'indien deze sanctie niet strookt met de strekking van het vormvoorschrift, indien in het gegeven geval ondanks het verzuim voldoende aan de strekking van het voorschrift is voldaan of indien de partij die zich over het vormverzuim beklaagt door dat verzuim niet in zijn belang is geschaad'.[7]

Voor het strafprocesrechtelijk terrein geeft De Gruyter een aantal voorbeelden van beperking van, wat hij noemt, substantiële nietigheden, een uitdrukking die Leijten terecht wil vermijden omdat zij een gevolg is van een merkwaardige, maar niet zeldzame contaminatie.[8] Voorbeeld van het achterwege blijven van een sanctie op schending van een formele procesregel: de verdachte die met de inhoud van een stuk bekend blijkt te zijn heeft geen redelijk belang bij de klacht dat dat stuk op de terechtzitting niet is voorgelezen (HR DD 89.173).

6. Veegens/Korthals Altes/Groen, Cassatie in burgerlijke zaken, nr. 114.
7. Nr. 114, p. 22.
8. De Gruyter, Nietigheden in het strafproces, 1970, p. 113. Leijten in de Van Wijnbergen-bundel, 1979, p. 167.

Uit het bovenstaande volgt drieërlei: (*a*) Alleen niet-naleving van een waarborg leidt tot nietigheid. Schending van een beginsel heeft dat gevolg slechts, als daardoor een waarborg is aangetast. (*b*) In het procesrecht heeft slechts een gering aantal procesregels de status van waarborg voor een eerlijke procedure en (*c*) het losmaken van de – weinige – procesrechtelijke waarborgen uit het pakket van processuele vormen schept orde in de wirwar van (formele en substantiële) vormvoorschriften. Wat de eerste gevolgtrekking betreft: de waarborg waaraan in dit verband beslissende betekenis toekomt is die welke hier voorlopig wordt aangeduid als het verdedigingsbelang van de procespartij (zie hierna onder 6). De tweede gevolgtrekking behoeft weinig toelichting. Waarborgen zijn eisen die de procespositie van partijen in beslissende mate bepalen en die tot elke prijs moeten worden vervuld, zodat de toepassing ervan aan de typisch rechterlijke werkzaamheid van vergelijking en afweging is onttrokken. Verdragspartijen, wetgever en (cassatie)rechter zullen om verstarring te vermijden met het stellen van zulke vereisten terughoudend moeten zijn. En *ad c* kan worden volstaan met de vaststelling van mr. Th.B. ten Kate aan het slot van zijn beschouwing 'Procesregels naar de kern genomen' in de Haardtbundel: Er bestaan nog teveel onnodige hindernissen.[9]

4. De eerste waarborg: onafhankelijke en onpartijdige rechtspraak

Geschillen over rechtsbetrekkingen moeten worden beslecht door onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke organen. In deze regel ligt, zoals Hirsch Ballin in zijn preadvies voor de Nederlandse Juristenvereniging (1983) schrijft,

> 'de uiteindelijke juridische waarborg dat niet de mening van degenen die politiek of sociaal-economisch machtiger zijn, maar het recht zal heersen ("la prééminence du droit", "the rule of law") – ook al moet steeds bedacht worden dat een *juridische* waarborg als deze slechts effectief kan zijn binnen het kader van een rechtsorde waarvan de rechtsstatelijke constitutie feitelijk werkzaam en aanvaard is'.[10]

Deze waarborg omvat drie vereisten: *a.* berechting van een geschil geschiedt door een rechterlijk orgaan dat niet gebonden is aan de regering of de centrale of lokale administratie (art. 6 lid 1 EVRM en de artt. 112 lid 1, 113 lid 1, 116 en 117 Grondwet); *b.* het rechterlijk orgaan is onpartijdig zowel in objectieve zin, de afwezigheid van binding aan één van de procespartijen, als in subjectieve zin, het ontbreken van vooringenomenheid, waarbij aan de perceptie van 'the ordinary citizen' doorslaggevende betekenis toekomt (art. 6 leden 1 en 2 EVRM; art. 302 Sv en de wrakingsprocedure van art. 30 Rv en art. 512 Sv; vgl. de arresten van het EHRM in de zaken Piersack, De Cubber, Belilos en Hauschildt[11]) en – zoals het Benthemarrest van het EHRM, 23 oktober 1985, NJ 1986, 102 naar zijn kern

9. P. 82.
10. P. 17.
11. EHRM 1 oktober 1982 (Piersack), Ser. A, 53; 26 oktober 1984 (De Cubber), NJ 1988, 744; 29 april 1988 (Belilos), Ser. A, 132; 24 mei 1989 (Hauschildt), NJCM 1989, p. 592.

luidt – *c.* in de handen van de onafhankelijke en onpartijdige *rechterlijke* instantie ligt de vaststelling van 'the matters of dispute' en de bepaling van de gegrondheid van een tegen een burger ingestelde strafvervolging[12]

Dat de waarborg in het bijzonder van onpartijdige rechtspraak in het burgerlijk procesrecht een andere uitwerking kan hebben dan in het strafprocesrecht blijkt uit HR 30 juni 1989, NJ 1990, 382 (De Regt – Beheermaatschappij):

> '3.4. Onderdeel d berust (...) op de opvatting dat de rechter die in het kader van een bevoegdheidsincident beslist heeft op punten die ook verder in de hoofdzaak van belang zijn, ook wanneer hij aan zijn in dat kader gegeven beslissing niet gebonden is in de hoofdzaak, dienaangaande niet zal kunnen beslissen als onpartijdig rechter in de zin van art. 6 lid 1 EVRM.
>
> Deze opvatting is onjuist, immers miskent dat van partijdigheid als waartegen genoemde verdragsbepaling waakt, in zodanig geval niet kan worden gesproken.'

De toenmalige AG Franx en de annotator Vranken zijn van oordeel dat de in het middel verdedigde stelling een structurele aanval op het hele procesrecht inhoudt. In strafzaken ligt dat, uit de aard van die zaken en wegens de in art. 6 lid 2 EVRM neergelegde praesumptio innocentiae, anders. Daar gaat, de Straatsburgse jurisprudentie in aanmerking genomen, zelfs art. 14 lid 3 van de Cassatieregeling voor de Nederlandse Antillen (na verwijzing door de Hoge Raad is het Hof van Justitie *zoveel mogelijk* samengesteld uit rechters die nog niet over de zaak hebben geoordeeld) niet ver genoeg. Voor het overige zal het van het aandeel van de zittingsrechter in de procesgang vóór de zitting afhangen of van een onpartijdige berechting kan worden gesproken. Vgl. HR 15 maart 1988, NJ 1988, 847: de raadsheer van het hof die eerder in de zaak als RC de bewaring van de verdachte had bevolen doch geen gerechtelijk vooronderzoek had verricht mocht in hoger beroep wel als zittingsrechter optreden, en HR 13 november 1990, nr. 87.571: de kinderrechter die als rechter-commissaris een gerechtelijk vooronderzoek heeft verricht mag in dezelfde zaak niet deel uitmaken van de meervoudige strafkamer.

5. Openbaarheid van rechterlijke behandeling en uitspraak

Doel van de regel van openbaarheid van terechtzitting en uitspraak is niet slechts de individuele burger, maar ook de samenleving in haar geheel te beschermen tegen 'the administration of justice in secret with no public scrutiny' (arrest EHRM van 8 december 1983 in de zaak Pretto, § 21). En wat speciaal het strafproces betreft: 'Ik durf het haast niet te zeggen' – aan het woord is de AG mr. Leijten in zijn conclusie vóór HR 24 november 1987, NJ 1988, 638 –

12. D.H. de Jong bespreekt in zijn dissertatie (RUG 1981) de grondslagfunctie van de telastelegging als een van de fundamentele rechten van de verdachte. Reeds het romeinse recht kende als waarborg voor de bescherming van de rechten van partijen de litis contestatio die de grondslag van de rechterlijke beslissing vormde (Rudolph Sohm, Institutionen, uitgave 1949, p. 645 en 717).

'maar ik meen het toch: in het strafrecht heeft de verschijning van de verdachte niet alleen de functie om tot een zo goed mogelijk oordeel te komen, maar ook van het "openbaar terechtstaan". Dat kan voor hem zelf ook van (groot) belang zijn, maar het is bovendien een belang van de gemeenschap, die door strafbare feiten niet zelden – en dan nog lang niet altijd ten onrechte – wordt geschokt en die wordt aangetast in een paar van haar weinig opwindende, maar toch niet waardeloze aspecten: rust en veiligheid. Strafrecht kan niet administratief of met de handschoen worden afgewerkt.'

Intussen houdt de formulering van de openbaarheidsregel in EVRM (art. 6 lid 1), IVBPR (art. 14 lid 1) en Grondwet (art. 121) rekening met de mogelijkheid dat andere gewichtige belangen, waaronder de bescherming van de persoonlijke levensfeer van een of meer van de procesdeelnemers, het belang van de nationale veiligheid en 'in special circumstances' belangen van de rechtspraak, tot inbreuk op de regel noodzaken. Omdat de rechter slechts in de door de verdragsluitende partijen aangegeven categorieën van gevallen en binnen de grenzen die in de verdragsbepalingen zijn gesteld van de regel mag afwijken, blijft de regel echter als een waarborg voor een eerlijke procedure gelden.

6. Het zwaartepunt: de waarborg van de tegenspraak

6.1 De eerlijkheid van een procedure wordt beslist door de aanwezigheid van de reële kans voor elk van de procespartijen om – tijdig en over en weer – haar standpunt te uiten. De strikte eis dat de procesvoering *truly adversarial* is (EHRM, uitspraak van 30 maart 1989 in de Lamy-zaak, § 29) verschijnt in een aantal processuele uitwerkingen die alle het karakter van voorwaarden voor een eerlijke procedure hebben en waarvan schending niet zonder gevolg mag blijven.

6.2 In de gewone procesgang komt als eerste uitwerking van de waarborg naar voren het stelsel van regels voor de *betekening van de dagvaarding*. Daarbij gemaakte fouten worden door verschijning van de tegenpartij gedekt (art. 94 Rv, art. 590 lid 2 Sv). Terecht wordt evenwel zowel in verband met de beoordeling van de verstekverlening in burgerlijke zaken (art. 76 Rv) als ten aanzien van de betekeningsvoorschriften van art. 588 Sv gesproken over de rechtswaarborg van deugdelijke informatie aan de wederpartij of de verdachte.[13]

6.3 De waarborg van het recht op tegenspraak vindt vervolgens uitwerking in de in art. 6 lid 3 onder c EVRM en art. 18 Grondwet gegarandeerde beschikbaarheid van *rechtsbijstand*, voor strafzaken geconcretiseerd in de rechtspraak over art. 41 Sv (ambtshalve toevoeging van een raadsman) en art. 51 Sv (het recht van de raadsman op kennisneming en ontvangst van stukken). In dit verband kan worden

13. Th.B. ten Kate, Procesregels naar de kern genomen, Haardtbundel, p. 74: 'Het gaat hier om wettelijke waarborgen, dat de wederpartij door tijdige waarschuwing een reële kans krijgt voor haar belangen in het tegen haar aangebonden proces op te komen'.
In HR 25 januari 1983, NJ 1984, 414 spreekt de Hoge Raad in verband met het belang van de verdachte dat de dagvaarding hem bereikt over 'deze rechtswaarborg'; zie C.H. Beekhuis, De verstekverlening, Bronkhorstbundel, p. 15.

herinnerd aan de rechtersregel omtrent het optreden van de raadsman voor de verdachte wie een klemmende reden belette op de zitting te verschijnen: de waarborg in art. 6 derde lid onder c EVRM leidt ertoe, aldus de Hoge Raad in HR 26 februari 1980, NJ 1980, 246, de raadsman toe te laten als zodanig op te treden, indien naar het oordeel van de rechter klemmende redenen de verdachte beletten ter terechtzitting te verschijnen en de rechter geen termen aanwezig oordeelt het onderzoek te schorsen.

Voor de toepassing van de Krankzinnigenwet heeft de Hoge Raad met het oog op de kwetsbare positie, waarin iemand wiens plaatsing wordt gevorderd zich zonder raadsman bevindt, de wettelijke regels aangescherpt in HR 19 januari 1990, NJ 1990, 442: een juiste uitoefening van de toevoegingsbevoegdheid brengt mee

> 'dat de rechter, zo hij niet dadelijk ambtshalve een raadsman toevoegt, onderzoekt of de betrokkene, al heeft hij niet uitdrukkelijk om toevoeging van een raadsman verzocht, niettemin zodanige toevoeging wenst. Wordt de betrokkene vervolgens zonder bijstand van een raadsman gehoord, dan moet uit de stukken blijken van het resultaat van voormeld onderzoek en, ingeval een verzoek van de betrokkene tot toevoeging niet is ingewilligd, welke zwaarwegende omstandigheden zich tegen inwilliging hebben verzet'.

6.4 De verdachte heeft op straffe van nietigheid van het onderzoek recht op bijstand van een *tolk* (art. 6 lid 3 onder e EVRM).

6.5 In zijn pregnante vorm verschijnt de waarborg van tegenspraak in het geheel van geschreven en ongeschreven regels die het *horen* van de procespartijen (eiser, verweerder, verzoeker, verdachte, de vertegenwoordiger van het openbaar ministerie, de 'beledigde partij') en het weder horen van hen naar aanleiding van nieuw bijgebrachte gegevens betreffen. Ik zou menen dat het hier niet over een (fundamenteel) *beginsel* van procesrecht gaat, maar om een *waarborg* voor een eerlijke procedure die geen afwijking of relativering verdraagt. In strafzaken is deze waarborg onder meer neergelegd in de bepalingen omtrent de kennisneming van processtukken (art. 30 e.v. en 51 Sv), in het voorschrift van art. 297, lid 5 Sv: tegen de verdachte mogen geen gegevens worden gebruikt die hij niet kent, in het voorschrift dat de rechter beraadslaagt en beslist naar aanleiding van het onderzoek ter terechtzitting (de Hoge Raad, 1 juli 1985, NJ 1986, 161, ziet in dit voorschrift de uitdrukking van het 'ook door art. 6 EVRM gewaarborgde onmiddellijkheidsbeginsel'[14]) en in de al eerder (onder 2) genoemde regel van art. 359 lid 1 Sv (de Hoge Raad spreekt, bij voorbeeld in HR 4 maart 1986, nr. 79.121, van de 'met het bepaalde in het eerste lid van art. 359 Sv beoogde waarborg dat de veroordeelde op eenvoudige wijze kennis kan nemen van de te zijnen laste gebezigde bewijsmiddelen').

14. Opgevat als de regel dat alleen gegevens die op de terechtzitting aan de orde zijn geweest aan een veroordeling van de verdachte mogen meewerken (D.H. de Jong, De macht van de telastelegging in strafzaken, p. 75), is het onmiddellijkheidsbeginsel geen beginsel, maar een strikte eis voor een eerlijk proces. Ziet men met Mols in zijn intreerede, p. 8, de directe, lijfelijke, confrontatie van de procespartijen en de rechter met de beschuldiging en het bewijsmateriaal als uitgangspunt, dan wordt met juistheid van het onmiddellijkheids*beginsel* gesproken.

Ook in burgerlijke zaken zal het recht op tegenspraak als waarborg moeten worden gezien. HR 3 juni 1988, NJ 1989, 5: partijen moeten in de gelegenheid worden gesteld over en weer hun standpunten ten aanzien van in het geding gebrachte stukken kenbaar te maken. Annotator Vranken voegt de woorden 'in beginsel' toe, maar doet daarmee naar mijn mening aan het waarborgkarakter van de essentiële vorm tekort. In Krankzinnigenwetzaken zet HR 4 januari 1985, NJ 1985, 336 de vaste lijn van de rechtspraak uit: de in de KW besloten te achten procedureregels brengen – in het licht van art. 5 EVRM – mee dat de rechter van door hem verkregen inlichtingen geen gebruik maakt dan nadat hij de patiënt of diens raadsman met de inlichtingen bekend heeft gemaakt en hem voldoende gelegenheid heeft gegeven zich daarover uit te laten.

Moet de rechter een gefailleerde, vóórdat deze in verzekerde bewaring (art. 87 lid 1 FW) wordt gesteld, horen, althans oproepen voor verhoor? De Hoge Raad heeft deze aan hem 'in het belang van de wet' voorgelegde vraag in afwijking van het standpunt van de (fungerende) procureur-generaal bij de Hoge Raad ontkennend beantwoord. Wel moet de rechter, 'mede gezien art. 5 lid 3 EVRM', de gefailleerde 'onmiddellijk' na de tenuitvoerlegging van het bevel tot inbewaringstelling horen (HR 19 januari 1990, nr. 7701). Dat de Hoge Raad de knoop zó heeft doorgehakt moet verband houden met de omstandigheid dat in de FW een spoedvoorziening zoals de inverzekeringstelling in Sv of de inbewaringstelling op last van de burgemeester in de KW ontbreekt.

6.6 Ten slotte zijn ook de (straf)processuele termijnvoorschriften als uitwerking van de waarborg van de tegenspraak te beschouwen. Zo moeten de wederpartij en de verdachte met het oog op de aanwending van rechtsmiddelen en, in het bijzonder in strafzaken, de overheid met het oog op de tenuitvoerlegging van rechterlijke beslissingen met zekerheid weten of de gegeven beslissing in gewijsde is gegaan dan wel niet.[15] Maar wanneer de termijnoverschrijding te wijten is aan fouten van rechter, griffie of parket, stelt de waarborg van de tegenspraak juist weer een grens aan de striktheid van de termijnvoorschriften: in zo'n geval mag een procespartij er niet onder lijden.

Over de tijdsbepalingen van het nationale procesrecht heen ligt het in art. 6 EVRM gegarandeerde recht op een 'hearing within a reasonable time' ten aanzien waarvan Leijten vragenderwijs schreef[16] dat het gejuridiseer rond dat recht

> 'als (niet ongelukkige) uitkomst heeft gehad dat *eigenlijk* alleen dan het grondrecht wordt geschonden als er door langdurig uitstel op schandelijke wijze inbreuk wordt gemaakt op de belangen van een verdachte, met in dát geval als juist resultaat dat aan het Openbaar Ministerie zijn recht om door te gaan met vervolging wordt ontnomen, terwijl in alle andere gevallen, waarin de berechting (veel) te lang duurt, door de rechters daarop wordt gereageerd zoals dat vroeger ook gebeurde: met verlaging van straf'.

15. Th.B. ten Kate in de Haardtbundel, p. 77; H.G.M. Krabbe, Verzet en hoger beroep in strafzaken, p. 87–98; J. de Hullu, Over rechtsmiddelen in strafzaken, p. 365.

16. Het geclausuleerde grondrecht, Scheltensbundel (1989), p. 154.

7. De motiveringsplicht van de rechter

Het ziet ernaar uit dat de verplichting van de rechter om elke beslissing te motiveren alleen in het strafproces een waarborg in de hier bedoelde zin van strikte voorwaarde voor een eerlijke procedure is. In civilibus heeft de Hoge Raad weliswaar in rekestzaken de motiveringsplicht als ongeschreven substantiëel vormvoorschrift aanvaard, waar de wet niet met zoveel woorden motivering van de beschikking eist.[17] Een eis waaraan niet mag worden getornd en waarvan niet-nakoming steeds tot een processuele sanctie leidt is de motiveringsplicht in civiele procedures, hoezeer zij ook daar een bouwsteen voor een deugdelijke rechtspraak is, niet. Hartkamp vat in zijn conclusie vóór HR 3 juli 1989, NJ 1989, 857 de stand van zaken aldus samen:

> 'Over motivering van rechterlijke uitspraken spreekt art. 6 (EVRM) niet. Niettemin aanvaardt de ECRM "that Article 6 requires reasons to be given by a court for its decision"; hieraan is echter later toegevoegd dat slechts "under specific circumstances the absence of reasons in a court decision might raise an issue as to the fairness of a procedure which is guaranteed by Article 6 (1) of the Convention". (...) Het enkele feit dat een motivering ontbreekt is dus niet voldoende voor een beroep op art. 6 (....); daartoe is vereist dat sprake is van aanvullende omstandigheden die maken dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken.'

In het strafproces daarentegen ligt het strikte karakter van de motiveringsplicht voor de hand: het strafrecht – schrijft Leijten in zijn conclusie vóór 3 maart 1987, DD 87.392 – kent zijn grenzen en bewaakt die angstvallig, want 'over die grenzen heen wordt strafrechtstoepassing geleidelijk aan, in steeds sterker mate, toepassing van onrecht'. Wie wegens de verdenking van een strafbaar feit van overheidswege door de officier van justitie wordt vervolgd en door de rechter berecht heeft er recht op te weten waarom de rechter zus of zo beslist; evenzeer dient de officier van justitie, die immers niet zijn eigen belang maar dat van de rechtsgemeenschap behartigt, de redenen van een rechterlijke beslissing, bij voorbeeld op een vordering van het OM, te kennen. In het Antilliaanse ontwerp van een nieuw Wetboek van Strafvordering wordt, in art. 43, dan ook onomwonden gezegd dat alle rechterlijke beslissingen, op grond van dit wetboek genomen, met redenen zijn omkleed. Zelfs het omstreden wetsontwerp 19488, dat op 14 april 1986 aan de Tweede Kamer is aangeboden en dat de strekking heeft de doelmatigheid van de rechtspleging te bevorderen,[18] lijkt van de motiveringsplicht van de rechter als waarborg voor een eerlijke procedure uit te gaan: van de voorgestelde relativering van strafprocesrechtelijke vormen worden uitgezonderd de vormen 'genoemd in artikel 121 van de Grondwet'.

17. Veegens/Korthals Altes/Groen, nr. 114, p. 22.

18. Hierover A.J.M. Machielse, De vorm van het strafrecht. Over de plaats en de functie van strafvorderlijke vormvoorschriften, in de VU-bundel In zijn verdediging geschaad (1989), p. 29–30. Ook: Th.W. van Veen en M. van de Horst in NJB 1986, resp. p. 993 en 997 en de aanvulling daarop van W.H. Vellinga in NJB 1987, p. 82 e.v.

8. Twee nadere strafprocesrechtelijke concretiseringen van de – centrale – waarborg van de tegenspraak: art. 29 lid 1 Sv en de presumptio innocentiae

Voor de verdachte van een strafbaar feit vloeien uit de verdedigingswaarborg de strikte aanspraken voort dat alleen zijn in vrijheid afgelegde verklaringen tellen en dat hij voor onschuldig wordt gehouden 'until proved guilty according to law' (art. 6 lid 2 EVRM). Aan beide, met elkaar samenhangende en uit de waarborg van de tegenspraak onmiddellijk voortvloeiende, aanspraken moet op straffe van nietigheid van onderzoek en rechterlijke beslissing in alle strafrechtelijke procedures zorgvuldig de hand worden gehouden. HR 24 maart 1987, NJ 1987, 893: het beginsel brengt mee dat een verdachte tegen wie een strafvervolging aanhangig is niet is gehouden zijn onschuld te bewijzen en dat, voordat zijn schuld op wettige wijze is vastgesteld waarbij hem de gelegenheid is geboden zich te verdedigen, de rechter hem niet als schuldig mag aanmerken. (Het 'beginsel' blijkt dan dus een waarborg te zijn.)[19]

9. Enkele gevolgtrekkingen

9.1 De vormen waarin een waarborg voor een eerlijke (straf)procedure tot uitdrukking komt zijn ad validitatem. Schending ervan leidt tot nietigheid van onderzoek en beslissing of tot niet-ontvankelijkverklaring van de officier van justitie.

9.2 Verzuim van de overige vormvoorschriften, bij voorbeeld die welke het ordelijk verloop en de inrichting van de procedure dienen, behoeft geen grond tot vernietiging of niet-ontvankelijkverklaring van het OM te geven, indien door het verzuim redelijkerwijs geen der procespartijen in zijn belang kan zijn geschaad.

9.3 Het verdient aanbeveling de waarborgen voor een eerlijke (straf)procedure, voor zover dat al niet is gebeurd, en de onder 9.2 geformuleerde regel (van art. 57 lid 1 WED) voor het gehele (straf)procesrecht vast te leggen. Het onderscheid tussen geschreven en ongeschreven ('substantiële') vormvoorschriften en de binnen die onderscheiding gehanteerde differentiëring ('(niet) zo essentieel, dat ...') kunnen dan verdwijnen.

9.4 De beslissing van de feitenrechter op klachten over schending van vormvoorschriften, andere dan de waarborgen, zal in overwegende mate van een waardering van feiten afhangen: de vraag of een van de procespartijen in haar 'verdediging' is geschaad of kan zijn geschaad, is een feitelijke vraag. Dat houdt in dat de

19. Zie N. Keijzer, Enkele opmerkingen omtrent de praesumptio innocentiae in strafzaken, Remmelinkbundel, p. 235–253, in het bijzonder p. 246; Alkema in zijn noot in NJ 1986, 104 onder het arrest van de derde kamer van de Hoge Raad van 19 juni 1985 (motorrijtuigenbelasting); J. Lensing in NJB 1989, p. 84–86 naar aanleiding van HR 15 juli 1988, nr. 24483 (navorderingsaanslag art. 18 lid 1 AWR).

beslissing van de rechter, mits zij de uitkomst is van een logisch betoog, in cassatie niet verder kan worden getoetst.

9.5 Klachten over schending van een vorm die niet onder een van de hiervoor genoemde waarborgen valt kunnen niet met succes voor het eerst in cassatie worden opgeworpen. Zij zullen zich voor afdoening op de voet van art. 101a RO lenen.

10. Afsluitende opmerking

Het apart zetten van waarborgen in de verzameling vormen die het burgerlijk procesrecht en het strafprocesrecht kennen en het groeperen ervan rond de centrale aanspraak op tegenspraak zijn niet in de eerste plaats van belang als theoretische exercitie, maar verbeelden veeleer Leijtens opmerking – in zijn conclusie vóór HR 18 september 1989, DD 90.035 – : 'ook in cassatie adviseren en oordelen wij over het gedrag van mensen, niet over juiste regeltoepassing in abstracto'. Met haar romeinse wortels tekent die opmerking de kunstenaar: De bona fide enim agitur, cui non congruit de apicibus iuris disputare, sed de hoc tantum, debitor fuerit nec ne (Ulpianus, L. 29 § 4 D. XVII, 1).

P. Boeles

De toegang tot de rechter

Dat de rechter in Nederland voor iedereen tamelijk toegankelijk is, lijkt niet serieus meer te worden betwist. Dat is wel eens anders geweest, toen bijvoorbeeld administratiefrechtelijke procedures nog een beperkter bereik hadden en toen de sociale rechtshulp nog moest ontstaan. Dat wil niet zeggen dat de ideale situatie is bereikt, en nog minder dat de huidige mate van toegankelijkheid onbedreigd is.

Voordat ik meer poneer moet ik mij uitspreken over wat ik met 'toegankelijk', 'rechter' en 'iedereen' bedoelen kan.

Met 'toegankelijk' bedoel ik: effectief toegankelijk.

Met 'rechter' bedoel ik: een onafhankelijke, boven de partijen staande instantie die tot de rechtsprekende taak is toegerust en die taak ook werkelijk uitvoert. Ik bedoel ook: een rechter in verschillende instanties.

Met 'iedereen' bedoel ik: naast individuen ook groepen, naast slimmen ook dommen, naast Nederlanders ook vreemdelingen, naast gezonden ook krankzinnigen en andere zieken, naast mannen ook vrouwen, naast volwassenen ook kinderen, naast vrijen ook gevangenen, naast politieke medestanders ook tegenstanders; ik bedoel bovendien:ongeacht de aard van het geschil, ongeacht de aard van de tegenpartij. Ik bedoel: iedereen. Dat is dus niet gering. Misschien wel te veel? In elk geval te veel voor dit artikel. Ik zal hierna over het thema wat mijmeren en soms piekeren.

Rechtsstaatsgedachte

Wij spreken van een grondrecht. 'Uit de rechtsstaatsgedachte vloeit voort dat rechtssubjecten in principe toegang tot de rechter moeten hebben', verkondigt Brenninkmeijer, en hij niet alleen.[1] Hij meent dat iedere beperking van de toegankelijkheid herleid dient te kunnen worden tot een legitieme beperkingsgrond. Die rechtsstaatsgedachte lijkt overigens nog niet volgroeid. Uit het lijstje van de tot 'iedereen' behorende categorien, blijkt dat uitbouw in elk geval al mogelijk is

1. A.F.M. Brenninkmeijer, De toegang tot de rechter, Zwolle, 1987, p. 108. Zie ook P. van Dijk, preadvies NJV 1983, deel I, eerste stuk, p. 89 en E.M.H. Hirsch Ballin, preadvies NJV 1983, deel I, tweede stuk, p. 12, die zich beiden beroepen op het Europese Hof voor de rechten van de mens, Golder-zaak, NJ 1975, 462; T. Hoogenboom, Rechtshulp 1989, nr. 4, p. 3; A.M. Donner, R.M. Themis 1989, p. 428.

t.a.v. groepen,[2] kinderen,[3] vreemdelingen en krankzinnigen.[4] Beperkingen bestaan nog steeds naar de aard van het geschil en de aard van de tegenpartij.[5]

Vragen naar de effectieve toegankelijkheid van de rechter, de onafhankelijkheid, en de beschikbaarheid van hoger beroep (en cassatie) zijn opgerakeld door het voornemen tot herziening van de rechterlijke organisatie.[6] Moet het grondrecht worden uitgebouwd en vervolmaakt? Er zijn, al naar gelang van de zorg die het zwaarst wordt gevoeld, verschillende en soms tegengestelde stromingen. Rechtzoekenden willen uitbreiding. De regering houdt echter ook de kosten en de organisatie in het oog. (Zelf)beperking van rechterlijke activiteit wordt bepleit, door sommigen ten aanzien van te moeilijke problemen,[7]door anderen ten aanzien van te eenvoudige zaken.[8]

Groeiproblemen

Enigszins in verband hiermee speelt zich een discussie af over de begrenzing van de groei van gefinancierde rechtshulp.

Rechtsbijstand is een wezenlijke voorwaarde voor effectieve toegang tot de rechter. Niet alleen in die zin, dat velen zonder die bijstand hun recht niet zouden 'halen', maar ook in wijdere zin. Het zijn immers vaak juist advocaten die de rechter tarten grenzen te overschrijden. Het is niet zonder reden dat de commissie-Polak een open-eindefinanciering heeft bepleit.[9]

Opmerkelijk is, dat bezuinigingswensen veel openlijker worden uitgesproken voor de advocatuur dan voor de rechterlijke macht. Bij de rechterlijke reorganisatie gaat het de minister om efficiënt werkende rechters,[10] bij de advocatuur om kostenbeheersing.

Vreemd is ook het verschil in groei. Bij de rechterlijke macht is tussen 1983 en 1987 de totale werklast in civiele en strafzaken niet toegenomen. Wel is de

2. Zie hiervoor o.a. Verdediging van collectieve belangen via de rechter, Zwolle, 1988. Over het voorontwerp Vorderingsrecht belangenorganisaties: K. Rozemond, Rechtshulp 1989 nr. 4, p. 8 e.v.

3. Vgl. M. de Langen, Preadvies NJV 1990, p. 166.

4. Vreemdelingen en krankzinnigen zijn duidelijke categorieën die het bij hun recht op habeas corpus moeten hebben van een beperkt art. 5 EVRM: lid 3 van dat artikel en art. 6 EVRM gaan aan hen voorbij. M.b.t. vreemdelingen is voorts in Straatsburg regelmatig vastgesteld dat voorkoming van uitzetting niet behoort tot 'de vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen' van art. 6 EVRM.

5. Art. 6 EVRM sluit die geschillen uit, die zelfs met een elastische geest niet onder de in de aanhef genoemde categorieën kunnen worden gebracht.

6. Zie voor het kabinetsstandpunt d.d. juni 1989 Kamerstukken 1988/1989, 21 206, nr. 1, 2. Zie verder voor een algemene beschouwing A. Mulder, NJB 1989, p. 1073 e.v. en voor een bespreking van twee omstreden vraagstukken (integratie kantongerechten en intern appel) Th.W. Lippmann, NJB 1990, p. 947 e.v.

7. T. Koopmans, NJCM-bulletin jan./feb. 1989, p. 6 e.v.

8. Dit speelt met name een rol bij de regeringsvoorstellen voor intern appel.

9. Rapport van de Commissie toekomstige structuur gefinancierde rechtshulp, augustus 1989.

10. A. Mulder, p. 1080.

personele bezetting aanmerkelijk verhoogd, en zijn de werkvoorraden groter geworden.[11] Bij de gefinancierde rechtshulp daarentegen wordt gesproken van een aanzienlijke stijging van de werklast.[12] Bespiegelingen over oorzaken van groei, die ook voor de rechter interessant zouden moeten zijn, treft men dan ook vooral in het rechtshulpkader aan. 'Slechte wetgeving hebben wij als een van de oorzaken genoemd', zegt Polak.[13] 'Maar maatschappelijke oorzaken zijn ook van groot belang. De differentiatie in leefvormen bijvoorbeeld stelt de wetgever voor problemen bij het opstellen van regels. Echter ook kwalitatief hoog scorende wetten roepen meer conflicten en dus procedures op. De vraag naar rechtshulp blijft stijgen. Het is naïef te denken dat goede wetten conflicten vermijden.'

Wat dus ook groeit, is het recht zelf. In twintig, dertig jaar hebben zich rechtsgebieden, vooral van publiekrechtelijke aard, van bijna niets tot volwassen stelsels ontwikkeld, terwijl ook in de traditionele stelsels van straf- en burgerlijk recht de verfijning voortschreed. Verfijning zet zich eindeloos voort en kent geen natuurlijke stop.[14] Men ontkomt niet aan de verwonderde vraag, hoe mensen vroeger met zulk rudimentair recht konden leven. Had hun bestaan minder kwaliteit? Een ontkennend antwoord zou misschien voor al diegenen, die zich zo voor de 'vooruitgang' hebben ingespannen, moeilijk te verdragen zijn, maar is daarmee nog niet gediskwalificeerd. Moeten wij terug naar de eenvoud van weleer?

Het kleine en het grote verband

Een verlangen naar overzichtelijke kleinschaligheid is menselijk. Maar onze gecompliceerde maatschappij, en de daaraan ten grondslag liggende enorme menselijke kennis, laat zich niet meer versimpelen, tenzij men haar vernietigt of ontkent. Dat zijn geen aanvaardbare alternatieven. Wij zullen dus met de ingewikkeldheid moeten leven. Een probleem is, dat wij individueel die veelheid van mogelijkheden niet meer kunnen vatten. Wij moeten dus twee conflicterende gegevens erkennen: de immer toenemende verfijning van het recht en het immer beperkt blijvende conceptievermogen van de individuele persoon.

Stedebouwkundigen hebben inmiddels ontdekt dat mensen zich gelukkiger voelen als de grote stad voor hen wordt opgedeeld in woonerven waar zij hun buren en hun tuintjes kennen. Hoe meer verschillen er tussen al die wijkjes zijn, hoe leuker de stad. De les zou kunnen zijn, dat verscheidenheid, tot op zekere hoogte tegenstrijdigheid, en gecompliceerdheid niet bezwaarlijk zijn, maar juist leuk. In de baaierd van verschillen moeten twee structuren herkenbaar zijn: die van de grote lijn en die van de directe omgeving. Bij de stad is de grote lijn het hoofdstramien van het stratenplan. Bij het recht zal men moeten denken aan algemene

11. A. Mulder, p. 1074.
12. Justitiebegroting 1990, p. 5.
13. Interview, Rechtshulp 1989, nr. 12, p. 4.
14. De commissie-Geelhoed beschrijft het verschijnsel van 'het eenzijdig verlopende en zichzelf in stand houdende proces van regelverdichting' op p. 10 van haar eindbericht, TK 1983/1984, 17 931, nr. 9.

regelingen, zoals de toekomstige Algemene wet bestuursrecht, maar natuurlijk ook, en niet in de laatste plaats de in verdragen beschermde mensenrechten. De mensenrechten blijken het gehele juridische bestel in Nederland structureel tot in de kleinste vertakkingen te kunnen beïnvloeden.

Misschien moeten die eerder worden vergeleken met de bouwstijl van de stad. Het woonerf in het recht is voor de rechter, de ambtenaar en de advocaat het veilige specialisme, voor de burger de bereikbaarheid van advies en geschilbeslechting. Die veiligheid is denk ik van groot belang voor harmonisch functioneren van het recht, als zij maar niet ontaardt in isolement. Woonerven zijn goed, maar je moet als specialist wel over de grenzen kijken en je mag best eens verhuizen. De communicatie tussen het kleinschalige en het grootschalige zal moeten verlopen via appel en cassatie. Een levend en beweeglijk systeem.

Rechterlijke reorganisatie

Wat betekent in dit licht de voorgenomen herziening van de rechterlijke organisatie voor de toegang tot de rechter? De regeringsplannen voorzien in 19 juridische makrowinkels in eerste aanleg. Gigantische gebouwen waar men voor (bijna) alle specialismen van rechtspraak terecht kan. Is de rechter dan voor de consument toegankelijker dan nu? Dat denk ik niet. De bereikbaarheid van het recht wordt in de eerste plaats bepaald door bereikbaarheid van juridisch advies. De rechtshulpverlener blijft onvervangbaar als loods. Wordt de toegankelijkheid verkleind? Vervoersproblemen in verband met een grotere afstand tussen consument en rechter lijken in deze tijd oplosbaar te zijn, zeker als men meer gebruik zal maken van brief, telefoon en fax.

Specialisatie van de rechter zal onontkoombaar voortgaan, evenals die van de advocaat. Dat is niet erg en zelfs wel goed, als het maar niet leidt tot isolement. Willen de grote verbindingslijnen van het recht voor ieder toegankelijk zijn, dan is een effectief appel- en cassatiesysteem alleen al daarom onontbeerlijk. Dat zal ook nodig zijn om woonerfdictatuurtjes van eigenwijze unussen te voorkomen. Dat brengt mij op de kwestie van het intern appel.[15]

De gedachtengang van de regering met betrekking tot intern appel is tweeledig. Het eerste uitgangspunt is, dat een zaak wordt behandeld door een enkelvoudige kamer, *tenzij* het gaat om een zaak die op grond van haar ingewikkeldheid, haar zwaarte of haar principiële aard door een meervoudige kamer dient te worden behandeld. In alle gevallen kan de unus de zaak naar de meervoudige kamer verwijzen. Daarmee beslist hij tevens over de aard van het appel. Want het tweede uitgangspunt is dat alle zaken die in eerste aanleg enkelvoudig zijn afgedaan, in hoger beroep zullen worden berecht door een meervoudige appelkamer van de rechtbank. Zaken die in eerste aanleg meervoudig waren berecht, gaan in appel naar het hof. Het verschil tussen de appelkamer van de rechtbank en het hof ligt

15. Zie voor het regeringsstandpunt zoals het 29 juni 1989 werd geformuleerd, TK 1988/1989, 21206, nr. 2, p. 33. Zie ook voor het daarmee samenhangende voorstel inzake unusrechtspraak, p. 26.

kennelijk in het niveau van haar leden. Het hof moet een hoog gekwalificeerd college zijn, dat zich nog uitsluitend hoeft bezig te houden met de ingewikkelde, zware en principiële zaken. Die eis wordt aan de appelkamer van de rechtbank niet gesteld. Dat betekent natuurlijk niet dat men er sukkels in stopt. Benoeming in de appelkamer zou evengoed een springplank voor bevordering naar het hof kunnen zijn. Men vraagt zich haast af waarom het niet handiger is die appelkamers maar meteen onder te brengen bij het hof. De regering verwacht dat intern appel voordelen in de sfeer van het ondersteunend apparaat zal meebrengen,[16] en vindt het een belangrijk voordeel dat de hoven niet worden overstroomd door appellen in eenvoudige zaken. De vergadering van hofpresidenten blijkt daar in het geheel niet door te zijn verheugd, en verwacht juist het ontstaan van onaantrekkelijke hoven zonder vereiste specialistische kennis, terwijl het aantal appellen niet zal verminderen.[17]

Voor de toegankelijkheid van de appelrechter ontlopen appel en intern appel elkaar naar mijn gevoel niet veel, mits steeds cassatie mogelijk blijft, zodat de communicatie met de grote lijn van het recht in stand wordt gehouden. Ik heb niet bij voorbaat minder vertrouwen in (een appelkamer bij) een rechtbank dan in een hof. Als advocaat ervaar ik hoger beroep of verzet toch altijd min of meer als een zet in een gokspel: beproef ik nog een tweede kans of doe ik het niet? Voor de kansberekening kijk ik naar de daden van de appelinstantie (de jurisprudentie), en niet naar de status die zij heeft. Het werkelijke probleem ligt wellicht ergens anders. Een thema, dat op de achtergrond van de ideeën over intern appel een alles beheersende rol speelt, en dat ook tot het voorstel tot het overwegen van een verlofstelsel voor cassatie heeft geleid, is de aanslag die het grote aantal zaken pleegt op de mogelijkheden tot een aandachtige en behoorlijke behandeling ervan. Op dat onderwerp ga ik iets dieper in.

Vervlakking door toevloed van zaken

Dit probleem neem ik ernstig, hoewel ik liever had gewild dat het niet bestond. De minister, schrijvend over het toekomstige cassatieberoep, zegt het als volgt: 'In wezen gaat het hier om een vraag van kwaliteit of kwantiteit. Een kwalitatief goed cassatie-instrument staat op gespannen voet met een (te) groot aantal te behandelen zaken. De behandeling van cassatiezaken stelt zeer hoge eisen aan de kwaliteiten van de rechter: zij eist een grote juridische deskundigheid, doch bovendien een ruime mogelijkheid tot diepgaande reflexie. Hierboven wees ik er reeds op dat juridisch toptalent schaars is. Door een enorme stroom van zaken dreigt bovendien in toenemende mate de tijd te gaan ontbreken die nodig is om die aandacht aan de werkelijk relevante zaken te besteden die nodig is om de drie

16. Zou het ook een rol spelen dat rechters goedkoper zijn dan raadsheren? Vgl. A. Hammerstein, Trema 1989, p. 286.

17. Zie de weergave van de bezwaren van de vergadering van Hofpresidenten in het artikel van Lippmann, NJB 1990, p. 952.

hiervoor genoemde functies[18] van de cassatierechtspraak adequaat te vervullen.' Het lijkt mij waar, dat juridisch toptalent schaars is.[19] Het belang van dat talent is het vermogen grenzen te overschrijden en grote verbanden te zien. Het gaat mij hier echter niet alleen om toptalent, en niet alleen om cassatie.

Gelukkig veel minder schaars, maar dan ook voor elke rechter van wezenlijk belang, is de vaardigheid die door Ras is omschreven als die van de luisterende rechter, die zonder bijgedachten in staat is receptief aan te horen wat iemand in een rechtzaak aan hem voorlegt.[20] Ook deze eigenschap wordt bedreigd door de grote getallen. Het risico bestaat dat overvoering met grote hoeveelheden gelijksoortig schijnende zaken leidt tot een routinematige en ongenteresseerde aanpak. Het hoeft niet om bagatelzaken te gaan, als het er maar veel zijn. Het gevaar belaagt niet alleen de cassatierechter, maar alle instanties. Routine is dodelijk voor een professionele werkwijze en voor de kwaliteit van de rechtspraak.[21] (Nu bedoelt J. Vleugels, die ik zojuist min of meer citeerde, iets anders dan ik. Hij vindt het een verspilling van deskundigheid als professionals routinematige zaken 'toch als een uniek probleem zien'. Hij meent dat routinematige werkzaamheden moeten worden overgedragen aan (goede) medewerkers uit 'de ondersteuning'. Ik wil nu juist dat rechters het unieke in een zaak blijven herkennen. Maar Vleugels en ik komen gedeeltelijk bij het zelfde uit). Het kan zeer probaat zijn dat *echte* routinewerkzaamheden van het werkelijke beslissen worden gescheiden. De afmattende werking van een zakenvloed kan zo worden beperkt. Maar ook gestopt?

Op dit punt in mijn betoog aangeland, vraag ik mij plotseling af of mijn probleemstelling niet uitgaat van een ongetoetste hypothese. Is het wel waar, dat routineaanpak door grote getallen wordt veroorzaakt? Is het niet zo dat al die ouderverhoren, al die enquêtes, al die verhoren bij de rechter-commissaris, doorgaans met grote precisie en zorg worden verricht? Ik heb de indruk, dat in dat opzicht de kwaliteit van de rechterlijke macht de laatste vijftien jaar (een langere periode kan ik niet uit eigen ervaring beoordelen) merkbaar is verbeterd. Weliswaar herken ik nog de karikatuur van de vermoeide politierechter die de verdachte het woord ontneemt met de woorden: 'hou maar op, meneer, ik kèn uw type', maar dat schijnt een verouderd beeld. Rechters lijken tegenwoordig aandachtiger te zijn, althans wellevender. Als die observatie juist is, dan is de volgende vraag wat de oorzaak van die vooruitgang is. Het blijft gissen, maar ik vermoed dat de al bijna vergeten vertrouwenscrisis rond de rechter uit de jaren 1966–1975[22] haar heilzame uitwerking op de juridische opleiding en de vorming van raio's niet heeft gemist. Het moge zo zijn dat een schofferende houding van de rechter ook op het niveau van de Hoge

18. Namelijk: het bevorderen van rechtseenheid, het leiding geven aan de rechtsontwikkeling en het bieden van rechtsbescherming in de vorm van controle op en het bewaken van de kwaliteit van de lagere rechtspraak.

19. Anders was het geen toptalent.

20. Trema 1988, p. 331 e.v.

21. Vgl. J. Vleugels, Trema, januari 1990, p. 8.

22. De jaartallen ontleen ik aan het al vermelde artikel van A. Mulder, NJB 1989, p. 1073, waarin hij zeer beknopt de 'culturele beroering' schetst die ook de rechterlijke macht raakte, en die tot overdenking van de herziening van de rechterlijke macht heeft geleid.

Raad een enkele maal nog wordt gesignaleerd, in het algemeen weet een rechter tegenwoordig heel goed dat elke justitiabele aanspraak heeft op respect voor haar/zijn menselijke waardigheid. Nu wordt mijn verhaal wel erg verwarrend. Als rechters tegenwoordig zo aandachtig zijn, waarom heb ik het probleem van de vervlakking dan zo naar voren geschoven? Zit mij iets hoog? Ik vrees van wel.

Een uitstapje naar het vreemdelingenrecht

Het aantal kort gedingen in asielzaken is sinds 1987 met een reuzensprong toegenomen. In 1987 werden 2701 zaken aangespannen, in 1988 bijna twee keer zoveel: 5344. Het aantal zaken dat tot een vonnis leidde liep overigens veel minder uiteen. In 1987 was dat 1661, in 1988: 1853. Toch nog een stijging met 192. Het aantal gevallen waarin de vreemdeling het won, liep echter enigszins terug. In 1987 wonnen nog 166 asielzoekers hun geding, in 1988 maar 157. Het winstpercentage bij dienende zaken, dat in 1987 al laag was (circa tien) zakte dus tot acht en half.[23] Het concipiëren van al die negatieve vonnissen lijkt mij geen pretje. Maar het is ook niet aangenaam ze te lezen.[24] Honderden zaken waarin de rechter zó zeker van zijn beoordeling is, dat er zelfs voor een voordeel van twijfel geen ruimte is.

Uiterlijk maken de motiveringen van deze vonnissen doorgaans geen onhoudbare indruk, als men tenminste bereid is voorbij te gaan aan een enkele uitglijder zoals deze: 'Eiser kan zich er voorts niet met succes op beroepen dat hij niet naar Libanon kan terugkeren, omdat het daar met de mensenrechten droevig is gesteld. Immers, uit zijn relaas blijkt dat hij het hiermee zelf niet al te nauw neemt en een voorstander van geweld is',[25] of apodictische simplificaties van moeilijke vluchtelingenrechtelijke kwesties, zoals deze: 'Afpersing door militairen zoals door eiser sub 1 geschetst *kan* (curs. van mij) immers niet gezien worden als een tegen hem gerichte daad van de Surinaamse autoriteiten'.[26] Maar de geringe, en zelfs

23. Justitiebegroting 1989, p. 47; Justitiebegroting 1990, p. 46. In 1987 werden 1521 gedingen ingetrokken, in 1988 waren dat er 3249. In deze zaken is het volgens de Justitiegegevens niet tot een vonnis gekomen 'bijvoorbeeld omdat de betrokken vreemdeling had besloten Nederland alsnog te verlaten of omdat de Staat bereid bleek alsnog schorsende werking te verlenen'. Inzicht in de getalsverhouding tussen die twee oorzaken wordt niet gegeven.

24. Ons kantoor Everaert c.s., dat is gespecialiseerd in immigratierecht, krijgt sinds 1985 alle Amsterdamse vonnissen in vreemdelingenzaken, onder voorwaarde dat alle advocaten in de stad dit materiaal kunnen gebruiken. Ik heb al die vonnissen gelezen, of ingezien. Het enige complete beeld dat ik heb is dus Amsterdams, maar als een van de redacteuren van de jurisprudentiebundel Rechtspraak Vreemdelingenrecht zie ik ter gelegenheid van de jaarlijkse rechtspraakselectie ook veel kort-gedingvonnissen uit andere arrondissementen aan mij voorbijtrekken.

25. Pres. Rechtbank Amsterdam 12 oktober 1989, rolnr. KG 89/1901V.
Wellicht ten overvloede: het enkele feit dat men voorstander van geweld is, ontneemt hem nog niet de aanspraak op mensenrechtelijke bescherming. Voor zover de eiser bedoeld had een beroep te doen op art. 3 EVRM omdat uitzetting hem aan onmenselijke behandeling zou blootstellen, beriep hij zich op een absoluut mensenrecht waarop geen uitzondering zoals de president omschreef is toegelaten.

26. Pres. Rechtbank Amsterdam 23 maart 1989, rolnr. 89/495V. Burgers en militairen hadden deze ondernemer van Chinese afkomst gedreigd zijn winkel in brand te steken en zijn kinderen iets aan te doen als hij per keer geen *f* 100 betaalde.

dalende winstkans voor vreemdelingen geeft toch te denken. Mag die inderdaad uitsluitend daaraan worden toegeschreven dat 'kennelijk' steeds meer personen naar Nederland komen om met leugenachtige of volstrekt ontoereikende verhalen de asielprocedure te misbruiken? Heeft de president, stellende dat het vluchtrelaas niet aannemelijk is of dat de eiser in het vluchtland geen gevaar loopt, daarvoor in het door een justitieambtenaar vervaardigde rapport en de ambtsberichten van Buitenlandse Zaken wel voldoende materiaal? Krijgt de asielzoeker wel een faire kans tot tegen'bewijs'? Wat te denken van de regel, dat stukken van overtuiging door de vreemdeling vier weken tevoren met vertaling bij de landsadvocaat moeten zijn ingediend, wil de president er in zijn vonnis rekening mee houden, terwijl vervolgens die landsadvocaat op de zitting niet hoeft te motiveren hoe is vastgesteld dat een stuk niet authentiek is? Hoe verhoudt zich die regel tot de weigering van aanhouding van de zitting aan de asielzoeker die de juistheid van een voor hem ongunstig ambtsbericht wilde kunnen onderzoeken?[27]

Onvoldaan

Ik kom niet verder dan een onvoldaan gevoel. Misschien zijn al die negatieve vonnissen terecht gewezen. Maar ik ben niet overtuigd. Lezing van uitspraken is niet genoeg om over de zaken te kunnen oordelen. Ik heb te vaak bij eigen cliënten gezien dat een dossier, dat aanvankelijk zonder meer aanleiding gaf tot zo'n afwijzend vonnis, in de loop van de tijd door intensieve gesprekken en nader onderzoek van karakter veranderde totdat zichtbaar werd dat er wel degelijk van een serieuze asielzaak sprake was. De zogeheten 'contactambtenaren' die door het ministerie van Justitie zijn aangesteld om vluchtrelazen op te nemen hebben vaak een politieverleden, en lijken er soms zó op te zijn gericht tegenstrijdigheden op te sporen, dat zij onschuldige versprekingen of begrijpelijke vergissingen als gedraai registreren. Er zijn geen procedurele waarborgen aan het gehoor en de vastlegging daarvan verbonden.

Ambtsberichten van Buitenlandse Zaken zijn niet altijd volledig juist. De diagnose van een belangrijk deel van mijn onwelbevinden lijkt te zijn, dat op dit jonge rechtsgebied de procedures nog niet zijn volgroeid. Er moet veel meer zorg worden besteed aan de vaststelling van de feiten, advocaten moeten daar actiever aan deelnemen, equality of arms tegenover de rechter moet beter worden gewaarborgd.

En dan is er nog iets anders. Een Amerikaanse professor heeft in Engeland en Amerika de rol van de rechter in immigratiezaken onderzocht. Zijn boek is in 1987 verschenen. Zijn conclusie is dat in beide landen de rechter zich in het algemeen waarneembaar conservatief opstelt, waarmee hij bedoelt dat de regering boven de immigrant wordt bevoordeeld in kwesties waarin ook een tegengestelde beslissing redelijk verdedigbaar was.[28] De meest cruciale factor die dit verschijnel bepaalt is volgens hem de rolbeleving van de rechter. Zou dat ook kunnen gelden voor

27. Vgl. Rechtspraak Vreemdelingenrecht 1989, nr. 63.
28. Stephen Legomsky, Immigration and the judiciary, Clarendom press, Oxford, 1987.

Nederland? Is het misschien zo dat bij ons de rechter zijn rol voor de handhaving van een restrictief toelatingsbeleid vaak hoger waardeert dan die ter bescherming van veiligheid van asielzoekende vreemdelingen? De ordners vol vonnissen bevatten geen aanknopingspunten voor een stellig ontkennend antwoord op die vraag.

Einde uitstapje

Terug naar het hoofdthema: de toegang tot de rechter. Ik heb mij laten verleiden tot een excursie naar het vreemdelingenrecht omdat ik daar nu eenmaal het meest van weet. Daar zagen wij het volgende: De formeel toch zo toegankelijke kortgedingrechter toont zich in zijn beslissingen toenemend restrictief. Ik heb daarvoor wat oorzaken geopperd. De vervlakkende werking van een zakenvloed leek bij nader inzien niet de meest wezenlijke te zijn, en in elk geval niet de enige. De rolbeleving van de rechter als hoeder van een effectief immigratiebeleid en de onvolkomenheid van de asielprocedure bij het vaststellen van de feiten lijken diepere oorzaken. De toevloed van asielzoekers heeft die twee aspecten echter wel scherper geaccentueerd. Er is aanleiding voor de veronderstelling dat rechterlijke colleges die weinig vreemdelingenzaken behoeven te beoordelen, zoals de Hoge Raad, tot liberaler beslissingen plegen te komen dan colleges die er veel behandelen (zoals de Raad van State en de president in kort geding).[29] Alleen al daarom is het wenselijk dat er – voor appel en cassatie – instanties zijn die niet door overvoering met zaken uit hun receptieve attitude worden gebracht.

Dat betekent dat bij de rechterlijke organisatie het zoeken naar zeefmechanismen niet bij voorbaat mag worden verworpen. Zij kunnen de kwaliteit van de rechtspraak verhogen, mits correcties in het systeem mogelijk blijven. Maar als wij een unus laten beslissen of de voorgelegde kwestie zo principieel, zwaar of ingewikkeld is, dat hij de zaak naar een meervoudige kamer verwijst, leggen wij in zijn/haar handen een sleutelbeslissing, zeker als daar het verschil tussen intern appel of beroep op het hof van afhangt. Mocht de appelkamer van de rechtbank er komen, en zeker als die zich zou ontwikkelen tot een beroepscollege van tweede garnituur, dan mag die geen eindstation van de procedure worden. Cassatie moet dus toch mogelijk blijven.

Ik zou sterk geneigd zijn de belangrijkste zeeffunctie te zoeken in bevordering van de aanvaardbaarheid en de kwaliteit van de beslissing in éérste instantie. Goede opleiding, specialisatie, goede bewerktuiging van de gewone rechter. En een evenzeer bewerktuigde, regionaal gespreide advocatuur. Vergroting, derhalve, van de toegankelijkheid aan de basis.

29. Een voorbeeld wordt besproken in Sociaal Recht 1987, p. 260 e.v.

6

Strafrechtspleging

G.J.M. Corstens

Onrechtmatige strafrechtspraak

1. Inleiding

Evident onjuiste rechterlijke beslissingen bestaan. Een 'mooi' voorbeeld is te vinden in HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 841, m.nt. MS en C. Een politierechter had een veroordeling tot zeven maanden gevangenisstraf waarvan twee voorwaardelijk uitgesproken. Die politierechter trad daarmee buiten zijn bevoegdheid. Immers volgens art. 369 Sv en het daaraan gekoppeld KB 24 december 1925, Stb. 484, mag een politierechter tot niet meer dan zes maanden gevangenisstraf veroordelen. Dat is een duidelijke regel die niet voor misverstand vatbaar is. Leijten vond de beslissing van de politierechter niet een voor de hand liggende fout of vergissing, 'maar wie onzer, ouder geworden, niet minstens eens een vergelijkbare blunder heeft gemaakt is volmaakt of heeft niet veel aan de weg getimmerd'. De veroordeling door de politierechter was, nadat een aanvankelijk door de verdachte daartegen ingesteld hoger beroep was ingetrokken, in kracht van gewijsde gegaan.

Een ander voorbeeld is te vinden in HR 12 december 1989, NJ 1990, 553, m.nt. C. Het hof had tot een gevangenisstraf van 22 maanden waarvan acht voorwaardelijk veroordeeld. Volgens art. 14a lid 2 Sr mag bij vrijheidsstraffen boven een jaar maximaal een derde deel daarvan voorwaardelijk worden opgelegd. Ook hier was sprake van een evident onjuiste wetstoepassing. Volgens de HR en Leijten had de veroordeelde in dit geval geen redelijk belang bij cassatie, zodat deze achterwege bleef.

Deze twee voorbeelden zijn recent. Het is niet gemakkelijk vele zo evidente voorbeelden te vinden. Beslissingen van lagere rechters worden nogal eens in appel of in cassatie vernietigd. Veelal, zo schat ik, gebeurt dit, omdat de appelrechter de feiten anders vaststelt of anders waardeert of een ander oordeel over de op te leggen straf of maatregel heeft. De HR casseert nogal eens, omdat een motivering ontoereikend wordt bevonden of een wetsregel anders wordt uitgelegd dan de lagere rechter heeft gedaan. In al deze gevallen is geen sprake van evident onjuiste beslissingen. Toch kan men soms aarzelen. De jurisprudentie over de nieuwe (sedert 1 mei 1983 bestaande) strafmotiveringsregel van art. 359 lid 7 Sv verschaft voorbeelden die tot twijfels in dit opzicht aanleiding geven. De nieuwe regel luidt dat bij strafverzwaring ten opzichte van de eis van het OM extra moet worden gemotiveerd. Met een zekere regelmaat zijn sinds de invoering van deze wetsregel op 1 mei 1983 beslissingen gepubliceerd waarin die regel is veronachtzaamd. Zo legde een hof voor twee feiten een zelfde straf op als door de procu-

reur-generaal voor drie feiten was gevorderd.[1] De redenering dat niet zwaarder is gestraft dan is gevorderd gaat niet op, omdat materieel van een verzwaring sprake is. Dat was al uitgemaakt in HR 2 oktober 1984, NJ 1985, 318. De rechter die de eis van het OM volgt, maar zonder nadere motivering ter zake van een geringer feitelijk substraat veroordeelt dan waarop die eis was gebaseerd, handelt in strijd met de door de HR aan art. 359 lid 7 Sv gegeven uitwerking. Zo'n motivering is dus evident ontoereikend.

Zonneklaar is dat in de eerste twee gevallen (de schending van art. 369 Sv en van art. 14a lid 2 Sr) de beslissing anders had moeten luiden. In het geval van de strafmotivering valt dit te bezien. Daarin had wellicht op grond van een betere motivering hetzelfde resultaat kunnen zijn geboekt. De evidente onjuistheid kan dus zijn gelegen in de beslissing zelf (bij uitspraken het dictum) of in de daarvoor aangevoerde gronden, zonder dat de daarop gebaseerde beslissing per se onjuist is. Wie een voorziening tegen onrechtmatige rechterlijke beslissingen bepleit, moet zich van deze verschillen bewust zijn.

In dit opstel zal ik mij in de lijn van de gegeven voorbeelden en wegens de gewenste beperkte omvang vooral met einduitspraken bezig houden. Af en toe zal ook iets over andere beslissingen worden gezegd.

2. Gevolgen aan onrechtmatige rechterlijke beslissingen te verbinden, de stand van zaken

Indien openstaande gewone rechtsmiddelen niet zijn uitgeput, kan de rechterlijke fout worden geredresseerd. Indien gewone rechtsmiddelen zijn uitgeput, niet zijn aangewend of niet hebben opengestaan, krijgt de beslissing gezag van gewijsde. Dan mag (met inachtneming van art. 558a Sv) worden geëxecuteerd (soms overigens reeds tevoren, zie art. 557 lid 2 Sv). Zo'n beslissing heeft dan positief gezag van gewijsde, dat wil zeggen dat aan de beslissing rechtsgevolgen zijn verbonden die van rechtswege intreden (bijv. de ontzetting van bepaalde rechten), dat de uitvoerende macht de bevoegdheid krijgt de opgelegde straf of maatregel te executeren en dat derden in een civiele procedure op de uitspraak van de strafrechter een beroep kunnen doen (zie artt. 188 jo. 178 Rv).

Vanuit het gezichtspunt van onrechtmatige rechtspraak bezien zijn er vier situaties te onderscheiden:

a. er is een fout begaan, maar die fout is na de aanwending van een rechtsmiddel hersteld;
b. er is een fout begaan, maar van de mogelijkheid een rechtsmiddel aan te wenden, is geen gebruik gemaakt (of het aanvankelijk ingesteld rechtsmiddel is ingetrokken, zie NJ 1988, 841);
c. er is een fout begaan, maar die fout is na aanwending van alle gewone rechtsmiddelen in laatste instantie begaan, dan wel in laatste instantie gehandhaafd;
d. er is een fout begaan, maar tegen de beslissing staat geen rechtsmiddel open en er heeft ook geen rechtsmiddel opengestaan.

1. HR 21 maart 1989, NJ 1989, 864, m.nt. ThWvV.

Ad a.

Deze situatie is niet problematisch. Daarvoor bestaan rechtsmiddelen. De hogere rechter herstelt een door de lagere rechter begane fout. Uitvoerbaarheid bij voorraad kennen we bij einduitspraken in strafzaken nauwelijks (zie art. 557 lid 2 Sv), zodat het probleem van de executie van een door een latere rechter vernietigde onrechtmatige beslissing zich nauwelijks voordoet.

Ad b.

In de lijn van hetgeen ad a. is opgemerkt, is ook deze situatie niet als problematisch aan te merken. Rechtsmiddelen zijn juist in het leven geroepen om fouten te herstellen. Wie zo'n rechtsmiddel niet benut, laat een kans voorbij gaan. In NJ 1988, 841, had de requirant aanvankelijk de kans wel benut, maar later het hoger beroep weer ingetrokken. Ik vermoed dat hij dit deed, omdat in appel de fout wel weer zou worden hersteld. Dat wilde hij kennelijk niet. Hij wilde meer. Hij gokte er klaarblijkelijk op dat de burgerlijke rechter de executie van het onrechtmatige vonnis wel onrechtmatig zou oordelen. Daarmee zou hij van de hele zaak af zijn. Die vlieger ging niet op. Toch blijft hier een probleem liggen. Het gaat in strafzaken niet om rechterlijke beslissingen die uitsluitend de betrokken personen regarderen. Strafrecht is publiek recht. Het strafproces wordt gevoerd tussen de staat en een burger (eventueel een rechtspersoon). Indien een strafvonnis onrechtmatig is, betekent dit dat de staat zo'n onrechtmatig geacht vonnis moet executeren.[2] Dat kan te veel gevraagd zijn. Gratie kan hier een oplossing bieden.

Ad c.

Nu valt er niets meer te verbeteren. De hogere rechter heeft de fout in stand gelaten of deze juist zelf pas gemaakt. Ook hier kan gratie uitkomst bieden.

Ad d.

Dit doet zich, wegens de ruime regeling van rechtsmiddelen tegen uitspraken, vooral bij beschikkingen voor. Te denken valt hier onder meer aan beschikkingen ex art. 12 e.v. Sv. en sommige beschikkingen inzake voorlopige hechtenis. In de civiele rechtspraak is ondanks wettelijke uitsluiting van rechtsmiddelen dan toch beroep toegelaten in drie situaties: indien ten onrechte de desbetreffende rechtsfiguur is 1) toegepast of 2) buiten toepassing gelaten en 3) indien essentiële vor-

2. De problematiek van de verplichting tot executie laat ik rusten, zie daarover onder meer A.J.M. Machielse, Executie: plicht of bevoegdheid?, in: Straffen in gerechtigheid (Jonkers-bundel), Gouda Quint, Arnhem 1987, p. 155–167 en J. de Hullu, Over rechtsmiddelen in strafzaken, diss. Groningen, Gouda Quint, Arnhem 1989, p. 299–319.

men zijn verzuimd.[3] Het moet in het laatste geval gaan om schending van zo fundamentele beginselen dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, zo heeft de HR in een recentere beschikking uitgemaakt.[4] Niet of onvoldoende motiveren levert nog geen verzuim van zo'n essentiële vorm op.[5] Transplantatie van deze jurisprudentie naar het terrein van de strafrechtspleging is denkbaar en gewenst. De door de HR toegelaten buitenwettelijke constructie zou ook in strafzaken dienen te gelden nu niet valt in te zien waarom hier een verschil tussen strafzaken en civiele zaken zou moeten worden gemaakt. Deze uitbreiding kan op twee wijzen gestalte worden gegeven. Men kan dan beroep op de civiele rechter toelaten of men kan de gewone strafvorderlijke weg vervolgen: hoger beroep bij een strafrechter indien de beschikking in eerste aanleg door de kantonrechter of de rechtbank is gegeven of beroep in cassatie bij de HR indien de beschikking van het hof afkomstig is. Deze tweede oplossing heeft mijn voorkeur. Het gat in de rechtsbescherming wordt aldus op de meest 'normale' wijze opgevuld.

Deze ontwikkeling moet scherp worden onderscheiden van het in civilibus opkomen tegen de executie van een strafrechtelijke beslissing die onrechtmatig wordt geacht. Daarvoor geldt de in een aantal beschikkingen van de HR neergelegde doctrine dat rechterlijke beslissingen in het algemeen alleen door vernietiging door een hogere rechter haar kracht kunnen verliezen en een beslissing waartegen door de wet geen hogere voorziening is toegelaten daarom in het algemeen niet op grond van daaraan klevende gebreken van materiële of formele aard als van onwaarde mag worden beschouwd.[6] Die doctrine werd toegepast in HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 841, m.nt. C. De HR overwoog als volgt:

'Het gesloten stelsel van rechtsmiddelen tegen uitspraken van de strafrechter, zoals geregeld in het Wetboek van Strafvordering, brengt mee dat het vonnis van de Politierechter rechtskracht behoudt, zolang het niet ingevolge het instellen van een zodanig rechtsmiddel is vernietigd. X had de mogelijkheid om hoger beroep in te stellen van dit vonnis en heeft dit ook gedaan. Indien het tot behandeling van dit hoger beroep zou zijn gekomen, had het hof het vonnis moeten vernietigen, waarbij opmerking verdient dat het hof, opnieuw rechtdoende, niet gebonden zou zijn geweest door het voorschrift van art. 376 Sv. X heeft zijn beroep evenwel vóór de behandeling ingetrokken. Van onrechtmatigheid van de tenuitvoerlegging kan in deze omstandigheden geen sprake zijn.'

Opmerkelijk is dat de HR niet volstaat met de geciteerde eerste zin. Moet wellicht de opmerking over de mogelijkheid van hoger beroep aldus worden gelezen dat als die er niet zou zijn geweest, de zaak anders had gelegen?[7]

In het arrest HR 5 januari 1990, NJ 1990, 313, is de HR stelliger:

'Voor zover Voortman aan zijn vordering ten grondslag heeft gelegd dat zijn

3. Zie HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242, Enka/Dupont.

4. Zie HR 25 maart 1988, NJ 1989, 3, m.nt. WHH, Staat/ABN.

5. HR 4 maart 1988, NJ 1989, 4, m.nt. WHH, HBM/Wielinga.

6. HR 4 maart 1975, NJ 1975, 241, m.nt. ThWvV, HR 14 juni 1974, NJ 1974, 436, m.nt. ThWvV. HR 1 juli 1976, NJ 1976, 452, m.nt. ThWvV; in HR 8 mei 1987, NJ 1988, 1016, m.nt. MS lijkt de HR een wat grotere opening te hebben gelaten; het betrof hier een beschikking tot tenuitvoerlegging van een voorwaardelijke t.b.r. waartegen in kort geding werd opgekomen.

7. Zie G.A.M. Strijards, Revisie, Gouda Quint, Arnhem 1989, p. 92.

strafrechtelijke vervolging, zijn veroordelingen door de strafrechter en de tenuitvoerleggingen van de betreffende strafvonnissen onrechtmatige daden van de Staat opleveren, stuit middel I reeds hierop af dat deze vonnissen door de burgerlijke rechter niet op hun juistheid kunnen worden getoetst, omdat het gesloten stelsel van gewone en buitengewone rechtsmiddelen, als neergelegd in het Derde Boek van het Wetboek van Strafvordering, daaraan in de weg staat'. Deze benadering sluit aan bij het arrest over de verhouding tussen twee civielrechtelijke beslissingen die tussen materieel dezelfde partijen zijn gewezen.[8] In de casus van dat arrest had de in een art. 1639w BW-procedure tot een vergoeding veroordeelde werkgever getracht via een reconventionele vordering in een loonvorderingsprocedure die vergoeding weer terug te halen. De werkgever baseerde zich daarbij op de stelling dat de arbeidsovereenkomst nietig was. De rechtbank was het met die laatste stelling eens, maar wees de reconventionele eis tot terugbetaling af, omdat de 1639w BW-beschikking onherroepelijk was. De HR was het daarmee eens. Hij beriep zich op het gesloten stelsel van wettelijke rechtsmiddelen. Ook als er geen rechtsmiddel open heeft gestaan, heeft de beslissing tussen partijen rechtskracht.

De genoemde ontwikkeling (toelaten van rechtsmiddelen buiten de wet om) moet tevens goed worden onderscheiden van de schadeplichtigheid van de staat wegens een onrechtmatige beslissing van de rechter. Daaromtrent is in de civiele rechtspraak door de HR uitgemaakt dat de staat ter zake van schending van art. 6 EVRM voor daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk zou kunnen worden gesteld, indien bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken, en tegen die beslissing geen rechtsmiddel open staat en heeft open gestaan.[9]

3. Toch een tweede stelsel van rechtsgangen na onrechtmatige einduitspraken?

Hierboven is gewezen op een geringe jurisprudentiële opening in het stelsel van rechtsmiddelen en op de zeer beperkte mogelijkheid van aansprakelijkheid en daaruit voortvloeiende schadeplichtigheid van de staat voor onrechtmatige rechterlijke beslissingen. Ten aanzien van dit laatste zij nog opgemerkt dat het wetboek van strafvordering regelingen bevat voor schadevergoeding na preventieve hechtenis (art. 89 e.v. Sv) en voor vergoeding van bepaalde kosten (artt. 591 en 591a Sv). Die regelingen stellen niet als voorwaarde dat onrechtmatig is gehandeld.[10] Zouden we nu wellicht verder moeten gaan en na een evident foute rechterlijke einduitspraak toch in ruimere mate dan thans jurisprudentieel is bepaald een nieuw beroep op de rechter moeten toelaten?[11] Daarbij ga ik ervan uit dat indien

8. HR 27 januari 1989, NJ 1989, 588, m.nt. WHH.

9. HR 3 december 1971, NJ 1972, 137, m.nt. GJS, inzake de civiele rechter en HR 17 maart 1978, NJ 1979, 204, m.nt. MS, inzake een administratieve rechter; zie ook HR 26 februari 1988, NJ 1989, 2, m.nt. WHH.

10. Zie in dit verband ook HR 7 april 1989, NJ 1989, 532.

11. De vraag is nu weer toegespitst op einduitspraken.

tegen de strafrechtelijke beslissing volgens de wet geen enkel rechtsmiddel mag worden ingesteld, daarvan in de lijn van de hiervoor aangehaalde civiele jurisprudentie toch sprake kan zijn. Bij zo'n nieuw beroep op de rechter moet, zoals sub 2 reeds uiteengezet, worden onderscheiden tussen een beroep dat strekt tot schadevergoeding in meer gevallen dan thans volgens de hierboven aangehaalde jurisprudentie[12] mogelijk is en een beroep dat strekt tot – zoals Leijten dat in NJ 1988, 841 noemde – schadevergoeding in natura, dat wil zeggen dat de tenuitvoerlegging van de aangevallen beslissing wordt tegengegaan.

Vóór een positieve beantwoording pleit dat rechterlijk onrecht evenals ander onrecht bestrijding verdient. We zagen reeds dat van de staat als executant van rechterlijke beslissingen toch moeilijk kan worden geëist dat hij onrechtmatige beslissingen executeert. Verschillende auteurs hebben zich positief uitgelaten over de mogelijkheid dat degene die onherroepelijk in het ongelijk is gesteld door een rechterlijke beslissing en die meent dat de rechter onrechtmatig heeft gehandeld, in een nieuwe procedure de staat tot schadeplichtigheid moet kunnen aanspreken. Daarbij hebben zij diverse argumenten pro en contra de revue laten passeren.[13] Volgens sommige auteurs moet zo'n onrechtmatige rechterlijke beslissing tot een ruimere schadeplichtigheid van de staat kunnen leiden dan de HR tot nu toe heeft aangenomen.[14] Over herstel in natura wordt niet geschreven. In een civielrechtelijk georiënteerde benadering ligt dat voor de hand, omdat de oorspronkelijke tussen partijen gewezen rechterlijke beslissing in een procedure tegen een derde, de staat, niet kan worden aangetast. Uitzondering vormt de situatie dat de staat een van de partijen in de oorspronkelijke procedure was.

Een viertal factoren die in strafzaken een rol spelen, heeft in die beschouwingen geen aandacht gekregen. Ik denk daarbij aan: de procespartijen in strafzaken, de gratie, de revisie en de mensenrechtelijke rechtsgangen. De eerste factor betreft de partijen tussen wie het onderliggend strafproces is gevoerd. De bedoelde auteurs hebben klaarblijkelijk steeds de situatie voor ogen, dat de door de burgerlijke rechter in het ongelijk gestelde partij de staat in een nieuw civiel geding aanspreekt. De beslissing in de onderliggende civiele zaak blijft dan in stand. Ging het eerste geding tussen A en B, het tweede gaat tussen A en de staat of B en de staat.[15] In strafzaken ligt het anders. Afgezien van bijzondere situaties (bijv. de beledigde partij die meent dat de strafrechter een evidente fout heeft gemaakt) is de staat steeds partij in de onderliggende strafzaak en zal de staat door de wederpartij vervolgens aansprakelijk worden gesteld. Daarbij zal het voor de verdachte het meest voor de hand liggen te pogen het gezag van de veroordeling ongedaan

12. NJ 1972, 137 en NJ 1979, 204.

13. Zie onder meer C.A.J.M. Kortmann, De aansprakelijkheid van de staat voor schade voortvloeiend uit rechterlijke uitspraken, in: Rechtspleging (Jubileumbundel Juridische Faculteit Nijmegen), Kluwer, Deventer 1974, p. 95–112; S.C.J.J. Kortmann, De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onjuiste wetsuitleg, oratie Nijmegen, Kluwer, Deventer 1985; J.E.F.F.M. Duynstee, Rechtspraak en aansprakelijkheid, Trema 1988, p. 7–13; C.J. van Zeben, Onrechtmatige daad van de rechter, in: Opstellen aangeboden aan prof. mr. S.N. van Opstall, Kluwer, Deventer 1972, p. 207–216; A. Hammerstein, Aansprakelijkheid voor fouten van de rechter, Trema 1990, p. 136–138; zie ook I.P. Michiels van Kessenich-Hoogendam in de losbladige Onrechtmatige Daad, Kluwer, Deventer, VIII-147 t/m 158.

14. Zie C. Kortmann, a.w., p. 106, S. Kortmann, a.w., p. 36 en J. Duynstee, a.w., passim.

15. HR 27 januari 1989, NJ 1989, 588, m.nt. WHH vormt een uitzondering.

te maken. Dat poogde de veroordeelde in NJ 1988, 841 dan ook. Tussen dezelfde partijen wordt dan een tweede geding gevoerd met als object de veroordeling uit het eerste geding. Dan is een dubbele rechtsgang ontstaan. Terecht heeft de HR die ontwikkeling de pas afgesneden.

De strafrechtspleging kent het instituut van de gratie. Dit kan als een laatste vangnet fungeren. Art. 2 Gratiewet noemt als grond voor gratie onder meer: 'enige omstandigheid, waarmede de rechter op het tijdstip van zijn beslissing geen of onvoldoende rekening heeft gehouden of kunnen houden en die, ware zij op dat tijdstip wel of voldoende bekend geweest, hem aanleiding zou hebben gegeven tot het opleggen van een andere straf of maatregel, of tot het afzien daarvan'. Die formulering includeert de mogelijkheid van redres van een rechterlijke fout. In de memorie van toelichting is dit ook uitdrukkelijk erkend.[16] Gratie is eventueel ambtshalve te verlenen, zodat de tot gratiëring bevoegde uitvoerende macht die met een onrechtmatige rechterlijke uitspraak in de maag zit, via gratie ambtshalve purgering kan bewerkstelligen. Het parlement kan daarover controle uitoefenen. Daar staat tegenover dat de betrokkene in zo'n geval in eerste instantie van de uitvoerende macht afhankelijk is.

De derde factor betreft het bestaan van het rechtsmiddel van de revisie. Het is een buitengewoon rechtsmiddel, dat wil zeggen dat het alleen tegen onherroepelijke beslissingen is aan te wenden. Het is maar zeer beperkt aan te wenden. De regeling ervan zou worden ondergraven, indien men daarbuiten de algemene mogelijkheid zou erkennen van een tweede rechtsgang na een onrechtmatige rechterlijke uitspraak. Strijards zegt dat men dan moet erkennen dat de gehele strafrechtelijke revisieprocedure een volkomen paskwil is geworden. '... hij, die gronden produceert, waaraan de wetgever de mogelijkheid van substitutie in revisie met beslistheid heeft willen onthouden, zou dan via het kort geding met spoed en betrekkelijk vormloos allerlei voorzieningen kunnen krijgen'.[17] Veelbelovend is in dit verband dat de HR in NJ 1990, 313 spreekt over het gesloten stelsel van gewone en buitengewone rechtsmiddelen. In civilibus kennen we overigens het request-civiel. Is daarvan ook niet de bedoeling dat dit exclusieve uitzonderingsmogelijkheden biedt om op te komen tegen onherroepelijke beslissingen?[18]

In de vierde plaats kan in geval van schending van fundamentele principes van rechtspleging na uitputting van de nationale procedures nog altijd een gang naar Straatsburg worden gemaakt.[19] Weliswaar kan daarmee geen afbreuk worden gedaan aan het positief gezag van een strafrechtelijk gewijsde, maar bij geconstateerde schending van verdragsregels kan het desbetreffend land die vaststelling niet naast zich neerleggen. Bovendien kan het hof op grond van art. 50 EVRM een billijke genoegdoening toekennen. Ook is, zelfs na een gang naar Straatsburg, nog een beroep op het Comité voor de rechten van de mens ex IVBP mogelijk.

Beschouwing van deze vier factoren moet tot de slotsom leiden dat voor een dubbele rechtsgang, strekkend tot herstel 'in natura', bij strafrechtelijke einduitspraken geen plaats behoort te worden ingeruimd. Geldt die conclusie ook voor

16. Bijl. Hand. II 1984–1985, 19 075, nr. 3, p. 21.
17. Strijards, a.w., p. 94.
18. Ik stel de vraag voorzichtig; in de recente litteratuur vond ik geen antwoord.
19. Zie daarover De Hullu, a.w., p. 90–95.

een tweede rechtsgang die strekt tot schadevergoeding? De schadevergoeding zou dan in plaats van de non-executie van de onrechtmatige rechterlijke beslissing komen. De eerste factor – de tweede procedure wordt tussen dezelfde partijen gevoerd – geldt ook dan. Ook de vierde factor blijft overeind: de rechtsgang in Straatsburg kan met een schadevergoeding eindigen. De tweede en de derde factor spelen formeel geen rol: de einduitspraak blijft gezag houden. Materieel gezien ligt dit anders: schadevergoeding zal worden gezien als een quasi-revisie of een quasi-gratie.

Er zijn nog twee bijkomende factoren die ook tegen de mogelijkheid van een tweede rechtsgang die tot schadevergoeding strekt, pleiten. Het zal uitermate moeilijk zijn een goede splitsing aan te brengen tussen aan de ene kant evidente fouten en aan de andere kant gevallen van onjuiste wetsuitleg. In het eerste geval zou in tegenstelling tot het tweede geval wel sprake zijn van schadeplichtigheid. Te voorzien valt dat sommigen zullen trachten in een tweede rechtsgang te betogen dat er sprake is van evidente fouten, terwijl realiter eerder kan worden gesproken van onjuiste of vrijmoedige wetsuitleg. Die mogelijkheid moet men bij een ruime opstelling in deze kwestie onder ogen zien. Het is een kwestie van rechtspolitiek of men dat risico wil nemen. Mijn antwoord luidt negatief.

In de tweede plaats is er geen goede reden te bedenken waarom bij het toelaten van een tweede rechtsgang een derde rechtsgang ook niet mogelijk zou moeten zijn. In de tweede rechtsgang kunnen rechters ook weer onrechtmatigheden begaan. Enz. enz.

Deze twee laatste argumenten zijn bijkomend. Reeds op grond van de hierboven ontvouwde argumenten verdient het de voorkeur vast te houden aan de zeer beperkte schadeplichtigheid als vastgelegd in HR 3 december 1971, NJ 1972, 137, m.nt. GJS en HR 17 maart 1978, NJ 1979, 204, m.nt. MS.

J. Remmelink

Over niet-ontvankelijkheid[1]

Inleiding

In dit opstel, opgedragen aan mijn zo begaafde collega Jan Leijten, zou ik mij willen bezighouden met de rechterlijke reactie op de poging van de officier van justitie om iemand te vervolgen in een geval waarin dat volgens de rechter niet kan, bijv. omdat het feit inmiddels te lang geleden plaatsvond (is verjaard), of omdat de wettelijk vereiste klacht van de gelaedeerde ontbreekt. Ons wetboek van strafvordering draagt de rechter uitdrukkelijk op hiernaar te kijken. Zo moet hij volgens art. 348 Sv. op de grondslag van de telastelegging en naar aanleiding van het onderzoek op de terechtzitting de ontvankelijkheid van de officier van justitie onderzoeken. En als die recherche daartoe aanleiding geeft zal de rechter (aldus art. 349 Sv.) de officier niet-ontvankelijk moeten verklaren.[2] In beide artikelen wordt ook nog gesproken over schorsing van de vervolging. Het is duidelijk dat zulks eveneens neerkomt op niet-ontvankelijkheid van de officier, zij het een voorlopige. Ik voeg hier volledigheidshalve nog aan toe, dat de wèl-ontvankelijkheid niet een speciale beslissing vereist, tenzij er gegronde reden voor twijfel is, dan wel door of namens de verdachte een verweer van deze strekking wordt gevoerd (art. 358 lid 3 Sv.). Zo'n beslissing kan berusten op een feitelijke grondslag, maar deze behoeft geen verdere bewijsrechtelijke legitimering. Voldoende is dat de rechter de feiten aannemelijk acht: HR 23 april 1917, W 10113.

Dergelijke beslissingen over de toegang tot de rechter zijn zo oud als de wegen naar Rome of Kralingen. Iets vindt men daarvan in het Woordenboek der Nederlandse taal waarin de oerbetekenis van het woord ontvankelijk wordt aangeduid als geschiktheid om te ontvangen (of ontvangen te worden), hetgeen voor het recht wil zeggen, dat aan het onderzoek van een eis geen wettelijke beperkingen in de

1. Vgl. over dit onderwerp R. de Waard, Bundel Naar eer en geweten, 1987, p. 663, alsmede de fraaie studiepocket van A.J.A. van Dorst, Vervolgingsbeletselen, 1989. Aanvankelijk wilde ik, nadat ik daarvan had kennisgenomen, van onderwerp veranderen, maar ik meen dat er toch nog wel iets nieuws te vertellen is. Mijn verhaal is de bijgewerkte tekst van een omstreeks 1986 voor VU-studenten gehouden college.

2. Wij spreken hier niet over de niet-ontvankelijkheid van de verdachte. Ook dat judicium is denkbaar, bijv. als deze te laat of op een (te) incorrecte wijze hoger beroep instelt. Ook dan wordt hij niet-ontvangen, en zal de door hem beoogde voortzetting van de vervolging niet plaatsvinden, tenzij ook het O.M. appel heeft aangetekend.

weg staan. Welnu, in het Handvest van Amsterdam (1300), aldus het Woordenboek, wordt al gesproken van 'nyet ontfangelick'. En reeds in het Romeinse recht bijv. was het niet mogelijk iemand nog na een lang tijdsverloop te vervolgen: Alle 'Criminalklagen' verjaarden na vijf jaar (Mommsen, Römisches Strafrecht, p. 489), en ook daar kwam het instituut van de klacht voor, gronden die in onze rechtsbedeling thans eveneens tot een niet-ontvankelijkheidsoordeel leiden. Ik ontmoette tijdens deze historische minitrip ook nog ergens het adagium *haec actio tibi non competit*.

Merkwaardigerwijs werd dit judicium in ons vorige wetboek van strafvordering aanvankelijk niet genoemd. In de rechtspraak werd echter wèl met dit begrip gewerkt. Vgl. reeds HR 4 augustus 1840, W 140, 118 en 119 ten aanzien van de verjaring. In 1886, toen het wetboek mede naar aanleiding van de invoering van het nieuwe materiële wetboek danig werd herzien, werd in art. 216 lid 3 de passage opgenomen: Indien uit anderen hoofde terzake van het feit geen recht tot strafvordering aanwezig is, verklaart (de rechtbank) de officier van justitie niet-ontvankelijk.[3] In de leden 1 en 2 worden resp. de judicia vrijspraak en ontslag van rechtsvervolging genoemd. Aanvankelijk werd als grond voor deze laatste beslissing vermeld: 'indien het feit niet strafbaar is', maar dit zou gelet op de wat aanvechtbare opbouw van het artikel betekenen dat, indien de verdachte (beklaagde) niet strafbaar zou zijn, een n.o.-verklaring moest volgen, hetgeen echter niet juist werd geacht,[4] weshalve het artikellid alsnog ook op niet-strafbaarheid van de verdachte werd betrokken.

Ook in verwante rechtsstelsels, waarbij ik denk aan die van België en Frankrijk, vindt men deze afwijzing in limite litis. Op zijn Frans uitgedrukt de irrecevabilité. In de Duitse StPO vindt men de vergelijkbare term Einstellung der Verfolgung (par. 206a bijv. bij de dood van de verdachte).[5] Voorts vond ik in de Duitse literatuur: unannehmbar, unzulässig en unstatthaft. De Angelsaksen werken met termen als: refusing to accept jurisdiction en not hearing the case. Vgl. Fletcher, Rethinking criminal law, p. 349. Voorts noem ik aanduidingen als nonsuited en inadmissable.

Volledigheidshalve merk ik op, dat het judicium in andere processuele stelsels eveneens voorkomt. Zo werken de civilisten er ook mee[6]: Naast de afwijzing van de vordering, is er ook nog de niet-ontvankelijkverklaring. Zie ik goed, dan is althans in het huidige Nederlandse civiele procesrecht dat verschil niet meer van belang.[7] In het administratieve recht daarentegen heeft het niet-ontvankelijkheids-

3. Vgl. A.J.A. van Dorst, o.c., p. 17.

4. Vgl. A.A. de Pinto, Het herziene Wetboek van Strafvordering, 1886, deel II, p. 237.

5. Zie voorts par. 153 e.v. StPO, waarover P.J.P. Tak, Het vervolgingsbeleid in de Duitse Bondsrepubliek, diss. Tilburg 1973.

6. Schoon het judicium niet of nauwelijks in het wetboek Rv. voorkomt, maar Jan Leijten zal dat beter weten.

7. Vroeger werd wel geopteerd voor n.o., wanneer afgezien van de feitelijke juistheid het ingeroepen rechtsgevolg niet kon intreden. Vgl. E.M. Meijers, T.v.R. 1919, p. 151; Star Busmann, Hoofdstukken (1948), par. 234–238. Zie over de civiele n.o. ook nog C.C. Tieleman, Themis 1921, p. 61–106.

oordeel nog wel een aparte plaats.[8] In de Uitleveringswet is de n.o.-verklaring niet genoemd, men wilde haar kennelijk doen opgaan in de niet-toelaatbaarverklaring. Niettemin komt het judicium in de praktijk voor, terwijl er bovendien niet-toelaatbaarheids-varianten voorkomen, die in wezen een n.o.-verklaring zijn. Vgl. het boekje Uitlevering, 4e druk, p. 43.

N.o. is een preliminaire beslissing

De n.o.-verklaring heeft tot gevolg dat de zaak door de rechter niet of niet verder mag worden behandeld. Het is een typische vóór-beslissing: De officier mag, zo gezegd, de rechtszaal niet in, althans hij wordt er als het ware met terugwerkende kracht weer uitgewerkt. Niettemin gaan er nog twee beslissingen aan vooraf, zoals dat ook uit het hiervóór aangehaalde art. 349 Sv. blijkt, namelijk die over de geldigheid van de dagvaarding en die omtrent des rechters bevoegdheid. Je kunt dan ook als verdachte, reeds nadat je je personalia aan de rechter hebt opgegeven, de legitimiteit van deze drie punten bestrijden. Vgl. art. 297 Sv. De rechter kan er zelfs meteen een uitspraak over doen, maar dat gebeurt niet zo vaak. Vooral het vaststellen van de grond voor de n.o. is namelijk doorgaans niet zo eenvoudig, soms moeten er zelfs bepaalde eigenlijk tot de verdere fase van de berechting behorende vaststellingen worden gedaan, hetgeen tot gevolg heeft dat de rechter de zaak toch maar behandelt, en dat er pas daarna, soms eerst in het na 14 dagen gewezen schriftelijk vonnis iets van wordt gezegd. Dat is niet zo logisch, maar wel praktisch, want men kan de zaak na zo'n verweer toch niet zonder meer aanhouden en verdachte, getuigen en deskundigen maar weer wegsturen, al is dat dan (zo de zaak ook in appel zo blijft) een volstrekt overbodige behandeling geweest, die de verdachte ook met het oog op de publiciteit extra leed bezorgd heeft. Dat laatste brengt mee dat de rechter toch voorzichtig moet zijn, en bij een sterk vermoeden van n.o. de zaak maar voor het nemen van een beslissing hierover moet uitstellen.

Zagen wij hiervóór, onder meer bij de UW, het verschijnsel dat een typische ontvankelijkheidsbeslissing wordt vervat in een eindbeslissing, het komt ook voor dat zij in wezen tevens het oordeel over de grondvraag inhoudt. Voorbeeld daarvan is de beslissing van de Hoge Raad over een herzieningsaanvrage. Vgl. art. 457 Sv. Reeds bij de beoordeling van de ontvankelijkheid onderzoekt de Hoge Raad behalve de formele, ook de materiële aspecten. Dit betekent dat bij niet-ontvankelijkheid van de aanvrage, de terechtzitting in het geheel niet plaatsvindt, en dat deze bij wèl-ontvankelijkheid (kras en klassiek gezegd) een *nasus cereus* is: Raadsheer-rapporteur en AG laten zich positief uit over de aanvrage, de raadsman

8. Zie over de administratieve (niet)ontvankelijkheid: B.C. Punt, Ontvankelijkheid en omvang van het beroep tegen administratieve beschikkingen, 1975. Gedoeld wordt dan op de vraag, of het ingestelde beroep voor behandeling in aanmerking komt, derhalve is de betekenis van de term hier specifieker dan in het civiele recht (o.c., p. 19). Over de n.o. bij de fiscale rechter raadplege men C.J. Langereis, Fiscale rechtsbescherming, 1986. Tenslotte noem ik nog R.J.G.M. Widdershoven, Gespecialiseerde rechtsgangen in het administratieve recht, 1989.

deelt voor de veroordeelde mee dat hij graag accoord gaat, en de Hoge Raad spreekt op korte termijn de gegrondheid erover uit.[9]

Zo wij reeds stelden zijn ook de beslissingen omtrent de al of niet geldigheid van de dagvaarding en die omtrent de bevoegdheid vóór-oordelen. Het ligt voor de hand dat wetgever en rechter wel eens geaarzeld zullen hebben over de keuze tussen deze drie judicia. Hoewel in deze voorfase over recht en onrecht, schuld en onschuld niet wordt gesproken, zullen deze niettemin bij de vraag van de ontvankelijkheid, betrekking als deze heeft op de rechtsvervolging, niet zelden mede 'in het verborgene' een rol spelen. Wetgever en rechter zullen derhalve ook hier wel eens getwijfeld hebben over n.o. en ontslag van rechtsvervolging, vrijspraak[10] of een zeer milde bestraffing. Om het door ons in het licht gestelde fenomeen nog beter te laten uitkomen, zullen wij het vergelijken met de zoëven aangeduide judicia. Alvorens dat te doen echter eerst iets over enkele andere onderwerpen.

De volgorde van de preliminaire beslissingen

Art. 349 Sv. is hierover duidelijk: eerst komt de nietigheid, dan de onbevoegdheid, en tenslotte de n.o.-verklaring aan de orde. Maar anders dan een uitspraak ten gronde, bijv. een ontslag van rechtsvervolging, vrijspraak of veroordeling kan zich hier een cumulatie voordoen. Zo is de mogelijkheid niet uitgesloten, dat de dagvaarding nietig is, en de officier van justitie bovendien niet-ontvankelijk. Het komt mij voor, dat ook dan in beginsel aan de nietigheid van de dagvaardig als primaire beslissing moet worden vastgehouden. Normaliter zal immers nietigheid van de dagvaarding (en dan denk ik uiteraard aan de formele nietigheid) impliceren, dat de verdachte niet is verschenen, en hij zal toch de gelegenheid moeten krijgen zich ook uit te laten over de vraag van de (niet)ontvankelijkheid. Denkbaar is echter, bijv. wanneer het gaat om een formele nietigheid, en de verdachte is vanwege onbekendheid met de rechtsdag niet verschenen, de rechter, zo hij constateert dat de officier niet-ontvankelijk is, om proces-economische redenen (de n.o. is een 'definitieve') tot dit laatste besluit. Ik meen dat in HR 1 mei 1990, NJ 1990, 641 (waar het om een niet correct betekende oproeping in appel ging en een n.o., maar dat doet m.i. in beginsel niet terzake) dit probleem door de Hoge Raad eigenhandig in de hier bedoelde zin is opgelost.

De n.o.-verklaring is strafvorderlijk een einduitspraak

Ondanks haar preliminaire karakter is de n.o. in het systeem van het Wetboek van Strafvordering anders dan de ontvankelijkheid een einduitspraak (art. 138). Zulks impliceert dat O.M. of verdachte direct tegen een voor hen onaanvaardbare be-

9. Zie over dit alles G.A.M. Strijards, Revisie, 1989, onder meer p. 238.

10. Ook studenten zullen wel eens moeite gehad hebben met het uit elkaar houden van deze judicia. Mijn vriend professor J. Wiarda werd destijds in Amsterdam (UvA) daarbij geholpen door een medisch student, de latere oogarts Dr G.J. Schoute, met het volgende rijm: Een onbewezen feit brengt ieder vrijspraak aan/Wilt wie of wat niet strafbaar is van rechtsvervolg ontslaan.

slissing in beroep kunnen. Zie in deze zin ook nog het betrekkelijk recente HR 25 november 1986, DD 87.153. Ware het anders dan zou men met het beroep moeten wachten tot bijv. veroordeling, vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging. Deze zelfde 'faciliteit' is procespartijen ook gegeven ten aanzien van de andere vóór-beslissingen (onbevoegdheid en nietigverklaring van de dagvaarding). Zelfs de voorlopige n.o.-verklaring (schorsing der vervolging) is als einduitspraak in art. 138 Sv. aangemerkt. Op deze wijze heeft de wetgever namelijk willen voorkomen (zie ook Melai c.s. ad voormeld artikel) dat een werkelijke einduitspraak ad *calendas graecas* zou kunnen worden uitgesteld.

Zijn er nog informele n.o.-beslissingen?

Dan nog iets over de vraag, of er nog beslissingen zijn die niet 'in het boekje' voorkomen, doch die niettemin worden genomen, en als n.o.-beslissingen zouden kunnen worden betiteld. Ik meen van wel.

Zo pleegt onze Hoge Raad een zaak waarvan de rechtsdag niet goed is aangezegd van de rol te voeren. Men zou zich ook een nietigheidsjudicium kunnen voorstellen. Ook bij overlijden van de requestrant of gerequestreerde ('de verdachte' zegt de Hoge Raad tegenwoordig ten onrechte) kwam het vroeger voor dat hij de zaak van de rol voerde, maar tegenwoordig opteert hij voor een formele n.o.-verklaring.[11] Voorts noem ik de conversie-beslissing: de rechter oordeelt dat de verdachte anders dan in de beroepsakte is vermeld, in werkelijkheid geen h.b., maar cassatie heeft ingesteld, of omgekeerd. Ik denk overigens, dat alleen de verdachte, niet de officier van deze variant zal profiteren. Deze laatste zal wel zonder meer niet-ontvankelijk worden verklaard. Noblesse oblige. Tenslotte noem ik nog even het beroemde arrest van de BRvC, 17 februari 1947, NJ 1947, 87 (de Ahlbrecht-case), waarbij de Raad, rechtdoende ex art. 105 RO, 'verstond, dat genoemd Hof (het BG. te Arnhem) vooralsnog geen rechtsmacht bezat om van deze zaak kennis te nemen'. Het is duidelijk dat de Raad hier in wezen een n.o.-verklaring heeft uitgesproken.[12]

In welke gevallen wordt een n.o.-beslissing genomen?

Wij hebben dit onderwerp hiervóór al globaal aangeduid. Ook nu zullen wij niet veel meer doen, want (de pocket van Van Dorst bewijst dat) men kan hierover geredelijk een compleet boek schrijven. Toch kan een enkele opmerking ook hier geen kwaad, met name om duidelijk te maken dat het judicium vergeleken bij vroeger een enorme uitbreiding heeft ondergaan. Kwam toepassing vroeger voornamelijk voor op in de wet genoemde materiële gronden, de laatste jaren predo-

11. Vgl. HR 24 december 1884, W 6600: gelast het royement der zaak van de rol.

12. In dat verband bericht ik nog dat de HR zich soms ertoe beperkt te stellen, dat het recht tot strafvervolging is vervallen zonder een n.o. uit te spreken: HR 31 mei 1983, DD 83.410. Vgl. in dit verband het civiele HR 13 november 1981, NJ 1982, 543: zaak kan in cassatie niet in behandeling worden genomen. Een n.o.-verklaring ware ook denkbaar geweest. Vgl. HR 14 januari 1977, NJ 1977, 424.

mineert de strafvorderlijke. Niet zozeer die gegrond op de wet (art. 16 en 255 Sv., alsmede art. 3 lid 2 Wet Gewetensbezwaren Militaire Dienst),[13] maar vooral die gebaseerd op verdragen, met name het EVRM en die op beginselen van behoorlijke procesvoering, die overigens ook weer vaak terug te voeren zijn op verdragsbepalingen.[14] Men denke aan het rekbare begrip fair hearing van art. 6 EVRM.

Wat de materiële gronden betreft, denk ik aan de jurisdictie-regels van art. 2 e.v. Sr.; de drukpersmisdrijven, art. 53 e.v. Sr.; de klachtdelicten, art. 64 Sr.; het non bis in idem,[15] art. 68 Sr.; de dood van de verdachte, art. 69 Sr.; de verjaring, art. 70; de transactie, art. 74; strafrechtelijke minderjarigheid, art. 77a, en het verderop nog nader te bespreken huwelijk.[16]

Wat de op verdrag of beginselen rustende processuele gronden betreft noem ik hier slechts: schending van fair hearing, redelijke termijn, vertrouwensbeginsel, gelijkheidsbeginsel, zuiverheid van oogmerk. Een paar voorbeelden van 'processuele' n.o.: Na een gvo moet kennisgeving van niet verdere vervolging uitgaan, HR 10 oktober 1927, W11737; om terechte toepassing van art. 68 Sr. te ontgaan geen inhaaldagvaarding toegelaten, HR 15 februari 1949, NJ 1949, 305 en 17 oktober 1979, NJ 1980, 21; undue delay, HR 3 januari 1984, NJ 1984, 403; misbruik van korte dagvaardingstermijn, HR 1 juli 1982, NJ 1983, 67; sepot-mededeling van officier, HR 26 juni 1984, NJ 1985, 41; vervolging in strijd met toezegging van parkeerwachter, HR 19 september 1988, NJ 1989, 379.

De actieradius van de n.o.-verklaring

De gevolgen van de hier bedoelde n.o.-verklaring zijn (voor het O.M.) niet noodzakelijk desastreus: Omdat het hier nog niet gaat om een beslissing over de zaak zelf, maar om die over de vraag of de officier de rechtszaal binnen mag of (achteraf bezien) had gemoogd, betekent zulks, dat het O.M. het opnieuw mag proberen, een mogelijkheid die er ook is bij nietigverklaring van de dagvaarding of onbevoegdverklaring. Wel moet natuurlijk het vervolgingsimpedimentum inmiddels verdwenen zijn. Anders dan bijv. bij nietigverklaring van de dagvaarding of onbevoegdheid, zijn overigens heel veel van de vervolgingsbeletselen 'eeuwig'. Ik denk bijv. aan het geval, dat de verdachte is overleden. Voor verjaring geldt dat eveneens. Ook het zich alsnog (voor zijn verhoor) tijdig melden bij de politie door de doorrijder (art. 30 WVW) doet het vervolgingsrecht van de officier voorgoed verloren gaan. Maar bij klachtdelicten is de mogelijkheid niet uitgesloten, dat alsnog een klacht (tijdig) wordt ingediend. Ook een diplomatieke of daarmee gelijk te stellen immuniteit kan alsnog worden opgeheven. Hetzelfde geldt voor jurisdictieproblemen in het algemeen.

13. Vervolgingsuitsluiting kan mijns inziens niet geschieden door lagere wetgever. Zie art. 1 Sv.

14. Zie hierover de in 1989 uitgekomen Leidse dissertatie van mevrouw C.P.M. Cleiren, Beginselen van goede procesorde.

15. Onder vigeur van het oude wetboek was het non bis in idem in het wetboek van strafvordering (ten dele) geregeld: art. 10 en 218 Sv. oud. Ook in de BRD is het een strafvorderlijke aangelegenheid. Vgl. par. 359 e.v. StPO.

16. Amnestie is ook grond voor n.o.: Blok–Besier II, p. 175.

Betreft het een binnenlands vervolgingsimpediment van deze aard, bijv. een kamerlid die tijdens de vergadering iemand heeft beledigd (vgl. art. 71 GW, zie ook art. 10 Prov. W. en art. 53 Gem. W.), dan zal het nadien vervallen van zijn status niet tot gevolg hebben, dat hij alsnog vervolgd kan worden. Dat is kennelijk niet de bedoeling geweest van de nationale wetgever.

Voor processuele vervolgingsbeletselen, bijv. een buitenvervolgingstelling na een bezwaarschrift tegen de dagvaarding, geldt in het algemeen: geen nieuwe vervolging, tenzij nieuwe bezwaren bekend zijn geworden (art. 255 lid 1 Sv.).

Dan nog dit: Een n.o. *treft* de officier,[17] en *betreft* de verdachte. In dit opzicht is er geen verschil met de andere judicia. En ook hier is de grondslag niet zelden mede op het feit betrokken, zodat ook de deelnemers kunnen profiteren. Ik denk in het laatste geval aan een absoluut klachtdelict, bijv. art. 272 Sr. (schending van geheimen) of art. 318 (chantage). Ook een verjaard feit zal niet slechts de dader, maar ook de deelnemers voor vervolging vrijwaren. Processuele vervolgingsbeletselen zullen echter doorgaans persoonlijk zijn.

Het bezwaarschrift tegen de dagvaarding

Tot slot nog een opmerking over de raadkamerbehandeling naar aanleiding van een bezwaarschrift tegen de dagvaarding, welk instituut de vroegere rechtsingangsprocedure heeft vervangen. Het voor de verdachte gunstige judicium luidt (afgezien van het geval, dat de raadkamer de onbevoegdverklaring van het gerecht uitspreekt) het buiten vervolging stellen van de verdachte. Opvallend is, dat dit judicium, dat uiteraard geheel past bij de nu eenmaal met vervolging verweven niet-ontvankelijkheid, ook wordt gegeven, wanneer er in een normale procedure vrijspraak of ontslag van rechtsvervolging zou zijn uitgesproken.

Schoon een buitenvervolgingstelling niet het einde van de strafzaak betekent zal zulks in feite, met name als de grond van de beslissing ligt in het feitelijk vlak, wel het geval zijn. Daarmee erkennen wij, dat een n.o.-oordeel soms blijkbaar ook kan berusten op feitelijke of op de strafbaarheid van feit of dader betrekking hebbende gronden.

Nu dan de beloofde vergelijkingen:

Nietigheid van de dagvaarding

Een dagvaarding kan worden nietigverklaard om formele redenen, namelijk omdat zij niet op de juiste wijze is betekend. Ook op materiële gronden, bijv. omdat de telastelegging als een obscuur libel moet worden aangemerkt. Het ware denkbaar, dat de wetgever deze laatste variant met een n.o.-verklaring van de officier

17. De officier (niet de PG bij het Hof, als de zaak in appel dient, voeg ik er duidelijkheidshalve nog aan toe) wordt n.o.-verklaard in zijn strafvordering. Dit lijkt beter dan te stellen dat de vordering zelf niet-ontvankelijk is. Met name in het civiele recht werd deze terminologie wel gebezigd. Het door de n.o.-verklaring gecreëerde vervolgingsimpediment belet de officier overigens niet met kans op succes de onttrekking aan het verkeer van inbeslaggenomen voorwerpen te vorderen (vgl. art. 36b lid 1 onder 4° Sr.).

had gesanctioneerd. Heel duidelijk blijkt dit dubium, als een bezwaarschrift tegen de dagvaarding wordt ingediend. De dagvaarding vervalt dan, maar de telastelegging wordt gehandhaafd, en dient als grondslag voor de behandeling van het bezwaarschrift in raadkamer. Wordt dit afgewezen, dan wordt de verdachte terzake van het feit, in de telastelegging vermeld, naar de terechtzitting verwezen. Maar wat als de telastelegging obscuur is? Nietig verklaren kan de raadkamer niet. Zij zou echter de telastelegging kunnen verbeteren. Doet zij dat niet, dan verwijst zij de verdachte naar de zitting met een telastelegging die de dagvaarding nietig zou hebben gemaakt, hetgeen minder elegant lijkt. Denkbaar was geweest dat de raadkamer in zo'n geval had mogen opteren voor n.o.-verklaring, een judicium dat tot haar arsenaal behoort.

Een ander voorbeeld waarin n.o.-verklaring op het stuk van dagvaardingen een rol speelt levert op Hof Amsterdam 26 mei 1970, NJ 1970, 412: de appeldagvaarding ontbreekt. Het Hof verklaart het O.M. niet-ontvankelijk. Ook ten aanzien van bepaalde verzuimen van het O.M. bij de toepassing van art. 588 Sv. (opzending van een copie naar de verdachte) is wel gedacht aan niet-ontvankelijkheid. De betekening van de dagvaarding kan dan immers geheel correct zijn. Anders HR 15 december 1987, NJ 1988, 787.

De n.o. heeft het echter 'gewonnen', toen aan de orde was de vraag, of het niet in zijn eigen taal dagvaarden van een vreemdeling leidt tot nietigheid van de dagvaarding. In verband met het vereiste van art. 6 lid 3 aanhef en sub a EVRM, dat stelt dat ieder die wordt vervolgd het recht heeft om onverwijld in een taal die hij verstaat enz. te worden ingelicht. De HR, 23 april 1974, NJ 1974, 272 en 1 december 1981, NJ 1982, 155, oordeelde, dat zulks hoogstens tot (voorlopige) n.o. van het O.M. kan leiden, namelijk tot schorsing van de vervolging totdat de vereiste informatie is verstrekt.

Tot slot nog HR 29 januari 1912, W 9285: Niet-vermelding schikkingsbevoegdheid in dagvaarding leidt tot n.o. van het O.M.

Onbevoegdheid

Eigenlijk hadden wij de door de rechter uit te spreken onbevoegdheid het eerst moeten noemen, omdat deze zoals wij zullen zien de meeste verwantschap heeft met de niet-ontvankelijkheid. Onbevoegdheid kunnen wij verdelen tussen die ratione loci (Groningen, niet Assen is bevoegd) en die ratione materiae (de Rb., niet de Ktr. is bevoegd). Ons gaat het echter niet zozeer om de plaatselijke, maar om de zg. absolute onbevoegdheid.

Onbevoegdheid des rechters gaat uiteraard niet zo ver dat hij zich onbevoegd zou moeten verklaren om die onbevoegdheid uit te spreken. Moeilijker wordt het wanneer de officier wel bij de juiste instantie, bijv. de Rb. komt, maar klopt op de deur van de verkeerde kamer. Nauwkeuriger gezegd: de zaak aanbrengt bij de kinderrechter, schoon de verdachte tijdens het begaan van het feit al (strafrechtelijk) meerderjarig was. Of de zaak aanbrengt bij de PR, terwijl het feit economisch blijkt te zijn. Ook dan volgt een onbevoegdheidsjudicium: HR 27 november 1979, NJ 1980, 121 en (eerder) 24 juni 1947, NJ 1947, 590. Verdedigbaar zou echter zijn de stelling: officier, je bent wel bij het bevoegde gerecht, maar je wil de

verkeerde kamer in, en daar word je niet ontvangen. In civilibus redeneert men (grof gezegd) wel zo (vgl. Rutten, VR 1964, p. 210; zie ook nog HR 26 juni 1964, NJ 1965, 2), schoon men ook wel herstel toelaat (HR 21 oktober 1988, NJ 1989, 241, WHH).

Op 1 juli 1982, NJ 1983, 67 besliste de Hoge Raad, dat het ten onrechte (vgl. art. 369 Sv.) aanbrengen van een volle kamer-zaak bij de Politierechter tot onbevoegdheid zou moeten leiden. Er is hier echter (zie o.m. de conclusie van de AG prof. Leijten) ook gedacht aan nietigheid van de dagvaarding en n.o.-verklaring van de officier. Zie over deze vrij ingewikkelde zaak Mevrouw C.P.M. Cleiren, Beginselen van een goede procesorde, p. 74.

In een noot onder HR 19 februari 1934, NJ 1934, 1282 vraagt Pompe zich af, of het O.M. ook niet onbevoegd zou kunnen worden verklaard. Te denken ware aan de situatie waarbij de rechter zelf wel bevoegd is, want in het andere geval zal de rechterlijke onbevoegdheid dienen te prevaleren, zou ik menen. Men kan bij de eerst aangeduide figuur ook denken aan n.o.-verklaring, gelijk door de Rechtbank was aangenomen. De Hoge Raad kwam aan een beslissing hierover niet toe.

Twijfel is er ook geweest nopens de vraag: Is de Nederlandse rechterlijke macht wel bevoegd in deze zin: heeft zij strafmacht? Niemand minder dan Simons heeft betoogd, dat de rechter alsdan zijn onbevoegdheid zou moeten uitspreken. Vgl. PvJ 1889, nr. 19. Vgl. ook de zesde druk van diens Sv.-commentaar (1919), p. 213, alsmede Melai c.s., aant. 10 bij art. 348–349.[18] De heersende mening opteert echter voor niet-ontvankelijkheid, alsmede de rechtspraak. Vgl. HR 22 juni 1931, NJ 1931, 1252, W 12360.[19] Wij zagen dat de BRvC zelfs in een bijzondere case nog verder ging. Volledigheidshalve merk ik op, dat men de oplossing ook wel gezocht heeft in niet-strafbaarheid. Vgl. de PG Tak vóór het zoëven genoemde HR-arrest. Zie ook de AG van Lier vóór HR 20 oktober 1930, W 12226.

Ontslag van rechtsvervolging

Hoewel deze term even doet denken aan een beslissing omtrent de vervolging (toegang tot de rechtsgang) wordt hier duidelijk gedoeld op een onderzoek naar de vraag of de vervolgingsgewijs ingestelde beschuldiging door de wet wordt gedekt. De term omvat dus een sector die (zo wij zagen) in het civiele recht vroeger wel met n.o. werd aangeduid, en wellicht ook nu nog soms in de praktijk.

Concreet gezegd: Het judicium volgt als de bewezenverklaring niet rubriceerbaar is onder de wetstekst dan wel een straf(baarheids)uitsluiting t.a.v. feit of verdachte aanwijsbaar is.[20] Wij zagen, dat onze wetgever destijds even alleen bij niet-strafbaarheid van het feit aan een ontslag van rechtsvervolging heeft gedacht.

18. Vgl. in dit verband ook de strafzaak die leidde tot HR 21 december 1857 en 12 januari 1858, W 1924.

19. De rechtsgevolgen zijn niet dezelfde: Bij onbevoegdheid is er geen herziening mogelijk. Ook bij het bezwaar tegen de dagvaarding luidt het judicium bij niet-bevoegdheid anders, namelijk rechtbank is onbevoegd. Bij n.o. luidt het buiten-vervolgingstelling, hetgeen een tweede vervolging ernstig bemoeilijkt.

20. De Belgen kennen ook de term ontslag van rechtsvervolging (in het Frans: absolution). Vgl. art. 363 Sv. B.

Zo wij reeds opmerkten is de term van rechtsvervolging *vrijstellen* ruimer. Dan wordt inderdaad gedoeld op een uitspraak over de vervolging zelve. Het is niet uitgesloten, dat deze laatste bruto-betekenis ook bedoeld is in het Woordenboek der Nederlandse Taal, waarin wij kunnen lezen, dat in Stuart, Vaderlandse Historiën, 2, 161 (1822) de passage voorkomt: Het Hof ... stelde den beklaagden van de regtsvervolging vrij.[21]

Soms zijn er (om een anglicisme te gebruiken) ook onder vigeur van de huidige wet twijfels (doubts). Ik herinner aan HR 19 maart 1946, NJ 1946, 227, waar het college moest oordelen over de wetstekst, luidende, dat er geen straf mocht worden opgelegd voor in de bezettingstijd gepleegde strafbare feiten. De Hoge Raad las deze tekst anders dan de Advocaat-Generaal Mr Holsteijn, die vasthield aan de woorden van de wet, in deze geest, dat er alsdan zelfs geen strafvervolging mocht worden ingesteld. Voorts herinner ik aan de uitleg die de zo bekende en bekwame commentatoren op de WVW, Weersma en Polak, gaven aan het hiervoor reeds eerder genoemde tweede lid van art. 30 WVW, en die, als ik mij goed herinner, overal werd overgenomen: het was een strafuitsluitingsgrond.

Een ander voorbeeld, waarbij het woord twijfel niet ongepast is, lijkt mij de wijze waarop de wetgever rekening houdt met het huwelijk, namelijk in het geval dat (om het elegantiae causa maar zo te formuleren) de man tegenover de vrouw een misdrijf begaat. Soms zal dat moeten uitmonden in een vrijspraak (art. 242 en 243 Sr.: verkrachting resp. gemeenschap met een bewusteloze NIET buiten echt), maar bij een aantal vermogensdelicten (art. 316 lid 1 Sr.) is een n.o. geïndiceerd.

Langemeijer heeft destijds (NJB 1931, p. 669) betoogd, dat een verkeerde keus van het O.M. inzake de eventuele toepasselijkheid van een lex specialis (art. 55 lid 2 Sr.) zou moeten leiden tot n.o.-verklaring van het O.M., maar deze opvatting heeft geen ingang gevonden. Het gaat hier om materieelrechtelijke vragen. Anders gezegd: een ontslag van rechtsvervolging is hier geïndiceerd, zo de bewezenverklaring niet in de strafwet te rubriceren is.

Tenslotte noem ik nog als voorbeelden van twijfel de bijkomende voorwaarde van strafbaarheid in artt. 341 en 342 Sr., waarin namelijk het 'in staat van faillissement' (verklaard zijn) in de voorstelling van de Commissie-De Wal als een vervolgingsvoorwaarde is aangeduid, hetgeen evenwel algemeen wordt opgevat als een onnauwkeurigheid.[22] En de opvatting van Torringa, dat bij niet-strafbaarheid of onbewijsbaarheid van het daderschap van de rechtspersoon het O.M. in zijn strafvervolging tegen de leidinghebber van het verboden gedrag n.o. verklaard moet worden. Toegegeven moet worden, dat Torringa[23] de woorden van art. 51 Sr. op zijn hand heeft, maar de rechtspraktijk opteert in zo'n geval toch voor toepassing van uitspraken ten gronde. Vgl. ook HR 13 december 1988, NJ 1989, 557. Van Veen stelt in zijn noot, dat de leidinghebber met zo'n definitief judicium ook beter af is.

21. Mevrouw Hazewinkel-Suringa heeft in haar boek, waarin zij spreekt over de vervolging, ook die onderwerpen meegenomen die strafvorderlijk in een ontslag van rechtsvervolging, dus in een niet-strafbaarheidsoordeel (kunnen) eindigen. Ik denk hier met name aan de toepassing van art. 1 Sr.

22. Vgl. B.F. Keulen, Bankbreuk, ons strafrechtelijk faillissement, diss. Groningen, 1990, p. 47.

23. Zie zijn Groningse diss. Strafbaarheid van rechtspersonen, 1984, p. 121.

Vrijspraak

Vrijspraak en n.o.-verklaring staan, zo schijnt het, veel verder van elkaar. En toch, ook hier is er voor de rechter soms twijfel voor welke van de twee judicia hij moet kiezen. Wij zagen dat zoëven al bij het noemen van de opvatting van Torringa nopens de aansprakelijkheid van de leidinghebber van de rechtspersoon. Ik denk in dit verband dan met name aan het pas ontgonnen gebied van de onrechtmatige bewijsverkrijging, en noem de zaak Tallon, HR 4 december 1979, NJ 1980, 356, waarin werd geklaagd over het inschakelen van een agent provocateur (undercoveragent). De Amsterdamse rechtbank vond deze methode unfair en verklaarde deswege de officier n.o. Het Hof ging er echter mee accoord, evenals de Hoge Raad, die evenwel opmerkte dat de sanctie op het onrechtmatig gebruik van undercover-agents besmetverklaring van het bewijs, derhalve in vele gevallen vrijspraak zou zijn. Dit geldt evenwel 'in het algemeen'. Denkbaar is kennelijk in de voorstelling van de Hoge Raad, dat het O.M. het zo bont maakt, dat de sanctie een n.o.-verklaring moet zijn.

Er waren overigens al voorbeelden uit een ver verleden op het terrein van de Warenwetgeving. Ik denk aan HR 20 juni 1932, W 12535, waarbij erover werd geklaagd, dat niet binnen vijf dagen de uitslag van een bieronderzoek was medegedeeld. Zie voorts HR 10 mei 1943, NJ 1943, 508, waarbij een monster niet was verzegeld. In beide gevallen was de sanctie n.o. van het O.M.[24] Anderzijds wordt bij niet nakoming van essentiële voorwaarden, gesteld aan de bloedproef, weer geopteerd voor diskwalificatie van de proef, en daarmee voor vrijspraak.

Bij Mommsen kan men lezen, dat in resp. de (Romeinse) republikeinse en keizerlijke periode, de vrijspraak slechts een 'blosse Einstellung des Verfahrens' was. Wij zouden zeggen: de vervolging werd gestopt. Vgl. Römisches Strafrecht, p. 450. De billijkheid zal hier vaak het beginsel van het non bis in idem genuanceerd hebben.

Strafoplegging

Kan de rechter ook nog aarzelen tussen: veroordeling tot straf of een n.o.-verklaring? Dat lijkt een casus non dabilis, want strafoplegging staat anders dan de zoëven genoemde judicia haaks op een vrijstellen van vervolging, daargelaten nog de ook hier te signaleren omstandigheid, dat dit laatste niet de zaak zelf betreft. Toch doet zich deze situatie tegenwoordig voor, namelijk in gevallen waarin de rechter vaststelt, dat (kort gezegd) sprake is van undue delay, anderzijds echter van oordeel is, dat de lang in de rechtspraak als enige sanctie aanvaarde n.o. te zwaar (voor het O.M.) is, weshalve geopteerd wordt voor een aangepaste strafverlichting, die derhalve wel straf impliceert. Vgl. HR 7 april 1987, NJ 1987, 587 met noot van Van Veen.

Blijft strafoplegging achterwege, zoals de wetgever dat vroeger voorschreef bij strafrechtelijke vervolging van een minderjarige (tijdens het begaan van het

24. In deze zin ook HR 9 april 1923, NJ 1923, 943: Geen twee afzonderlijke monsters in strijd met art. 24 lid 2 Warenwet.

feit) jonger dan zestien (art. 38 Sr. oud), dan is de relatie tot n.o. uiteraard goed te begrijpen, en kan men zich voorstellen dat thans, zo wij zagen, voor deze laatste oplossing is gekozen.

Slot

Wat heb ik met het vorenstaande aangetoond?

Allereerst, dat de n.o.-verklaring geen judicium is dat clean gescheiden kan worden gehouden van de andere preliminaire beslissingen, zelfs niet van bijv. een ontslag van rechtsvervolging of een vrijspraak. Er zijn grensgevallen. *Maar* toch heeft dit rechtsinstrument, zo wordt toch ook wel bevestigd door deze summiere verhandeling, van oudsher een eigen functie, die de laatste tijd zelfs zeer is verbreed. Tegenwoordig functioneert zij immers ook als correctie op processuele onregelmatigheden en is zij met name een adequate, want rechterlijke, sanctie voor de controle op de enorme invloed die het O.M. op de rechtshandhaving heeft. Deze vergrote toepassingsmogelijkheid – zo voeg ik er op deze plaats nog maar aan toe – vereist overigens wel souplesse. Is de grond vervallen, of is van de zijde van de verdachte bedrogsgewijs hierop met succes een beroep gedaan, dan is een hernieuwde vervolgingspoging van de officier niet uitgesloten.

Een ander voordeel is, dat de beslissing niet een waarde-oordeel over schuld en onrecht inhoudt. Zo impliceert een n.o.-verklaring van een verjaard feit niet het oordeel dat de verdachte het niet of wel begaan heeft. Hetzelfde geldt voor n.o.-verklaring van een jeugdig persoon. Men zou zich deswege kunnen voorstellen, dat de wetgever in netelige zaken als euthanasie of abortus bij tijdige melding zou opteren voor dit judicium, en niet voor een bijv. aan noodtoestand verbonden rechtvaardigingsgrond, en daarmee voor een ontslag van rechtsvervolging. Ik geef toe dat in zo'n geval hetgeen, zo wij zagen, overigens vaker zo is, dit judicium pas gegeven kan worden nadat de zaak ter terechtzitting is onderzocht, en feitenvaststelling heeft plaatsgehad. De n.o. is echter juist een middel, om (verdere) strafvervolging te voorkomen, ten behoeve van de verdachte nog versterkt door het instituut van het bezwaarschrift tegen de dagvaarding. Strafvervolging, schoon de justitiabele geen recht heeft zich niet aan een strafvervolging bloot te stellen,[25] impliceert immers, dat hem niet zelden een groot maatschappelijk nadeel wordt toegebracht, afgezien nog van het persoonlijke leed (strepitus persecutionis).[26]

Een puur praktisch voordeel van de n.o.-verklaring is voorts, dat de rechter de gelegenheid heeft om een nutteloze en wellicht langdurige procedure niet te laten doorgaan. Te expansieve toepassing brengt echter mee, dat het accent van onze strafprocedure wordt verlegd naar de voorfase,[27] en dat terwijl er in ons strafpro-

25. Vgl. HR 24 juni 1952, NJ 1952, 720.

26. Pompe onder HR 6 april 1965, NJ 1966, 47.

27. Stel, dat de psychische situatie waarvan in art. 16 Sv. sprake is, en die schorsing van de vervolging tot gevolg heeft door de Hoge Raad destijds in de zaak Menten, 5 februari 1980, NJ 1980, 104, in aansluiting aan de rechtbank Rotterdam, ruim was omschreven, dan zou de kans hebben bestaan, zo de wetgever ook deze interpretatie zou hebben overgenomen, dat heel wat zaken die anders tot de vraagstelling van eventuele toepassing van art. 37 e.v. Sr. zouden hebben geleid, in het voorportaal zouden zijn blijven liggen.

cesmodel toch al zo veel op de weg naar de rechtszaal wordt beslist, bijv. de bewijsvoering, zodat, om Enschedé te citeren, wat op de terechtzitting gebeurt, vaak niet meer is dan een verificatievergadering.[28]

Om de hiervoor opgesomde redenen zal een verdachte doorgaans bij een (tot het eind voortgezette) strafvervolging geen baat hebben. Soms zal dit anders zijn, bijv. omdat hij dan na een door hem ten onrechte 'verkregen' vrijspraak niettemin een beroep kan doen op het non bis idem. En ook bijv. in gevallen die zich soms voordoen in de cassatiefase: de requestrant overlijdt, terwijl het feitelijk oordeel voor hem een ontslag van rechtsvervolging of een vrijspraak inhield. Alsdan is een alsnog door de Hoge Raad uit te spreken n.o.-verklaring van het O.M. niet bevredigend. Vgl. HR 13 december 1988, NJ 1989, 557 met noot van Van Veen, die eveneens in deze geest oordeelt.

Tot zover mijn beschouwingen over de figuur der niet-ontvankelijkheid van het O.M. Ik realiseer mij overigens, dat er in mijn directe omgeving tenminste één te noemen is, die dit beter zou hebben gedaan. Maar deze, eenmaal gevraagd hierover te schrijven, te weten voor de Bronkhorst-bundel, verontschuldigde zich toen met het aanvechtbaar excuus, dat die taak zijn krachten te boven ging. Vgl. noot 11 op p. 207 van dat boek. Ik laat kiesheidshalve aan de lezer over te raden of uit te zoeken, wie deze deswege berispelijke persoon was.s

28. Zie ook J.F. Nijboer, DD 1990, p. 147, alsmede G.P.M.F. Mols, Staande de zitting. Een beschouwing over het onmiddellijkheidsbeginsel, Arnhem 1989.

J.W. Fokkens

Enkele gedachten over de sanctie op onrechtmatige bewijsgaring

Inleiding

'Dat iemand zou moeten worden vrijgesproken, hoewel er overtuigend bewijsmateriaal tegen hem voorhanden is, omdat dat materiaal met schending van zijn fundamentele rechten is tot stand gekomen, is iets wat de samenleving eigenlijk nog maar moeilijk aanvaardt. De dader heeft het gedaan, krijgt in deze context een eigen betekenis. De bedreigde burger gaat spreken over juridische spitsvondigheden juist daar waar de jurist nu eens een keer niet spitsvondig is, maar bezig met de verwerkelijking van echt recht', aldus Jan Leijten op het symposium over Het maatschappelijk draagvlak van het strafrecht in de jaren negentig.[1]

Eerder, in zijn conclusie voor HR 7 juni 1988, NJ 1988, 987 nam hij als volgt stelling voor de exclusionary rule:

'De in Nederland en vele andere landen heersende leer dat onrechtmatig vergaard bewijs niet voor de bewijsvoering mag worden gebruikt – en het gevolg daarvan kan zijn dat ook plegers van zeer zware misdrijven, aan wier daderschap niet te twijfelen valt vrijuit gaan – staat in de Angelsaksische landen onder zware druk. Ook in Nederland kent die leer prominente tegenstanders en zij stuit op algemeen onbegrip wanneer niet-juristen er mee geconfronteerd raken. Toch is die leer, naar mijn stellige overtuiging, een belangrijke verworvenheid van de rechtspraak, niet een luxe, maar een kostbaar goed waar een beschaving, een cultuur zuinig op moet zijn.'

Ondanks dit krachtig, principieel pleidooi voor de uitsluitingsregel reken ik mij onder de critici ervan. In deze bijdrage wil ik enkele argumenten geven tegen de exclusionary rule als de sanctie bij uitstek op onrechtmatige bewijsgaring en aandacht besteden aan gronden voor een genuanceerdere reactie op fouten in het voorbereidend onderzoek.

De grondslag van de regel

In het algemeen worden de volgende argumenten aangevoerd voor toepassing van de exclusionary rule:

- onrechtmatig gedrag bij de opsporing van strafbare feiten kan het beste worden voorkomen door dergelijk gedrag geen effect te laten hebben voor de zaak;

1. Justitiële verkenningen, jrg. 16, nr. 1, 1990, p. 372.

- de overheid mag niet profiteren van eigen onrechtmatig gedrag, omdat daardoor de geloofwaardigheid van de rechtsorde zou worden aangetast: de integriteit van de rechtspleging staat op het spel;
- het illegaal handelen dat de grondrechten van de verdachte aantast, mag niet tegen hem in rekening gebracht worden omdat dat hem in die grondrechten zou verkorten (Leijten bij NJ 1988, 987).

Verhelderend vind ik de onderscheiding die Jörg maakt tussen rechtsgrond en rechtsdoel van de uitsluitingsregel. De grondslag is volgens hem gelegen in de beginselen van de rechtsstaat, namelijk legaliteit van de gevallen waarin de overheid mag optreden en van de bevoegdheden die daarbij mogen worden uitgeoefend, alsmede behoorlijkheid bij de uitoefening daarvan. Het doel is voor zover mogelijk herstel van de oude toestand bewerkstelligen (die zou hebben bestaan als de regels waren nageleefd) en normconform gedrag van functionarissen bevorderen.[2]

Iets over de toepassing elders

Vele landen met een met Nederland vergelijkbaar rechtsstatelijk karakter kennen de regel dat onrechtmatig handelen bij de opsporing van strafbare feiten er toe kan leiden dat het aldus verkregen bewijs niet gebruikt mag worden. De toepassing van de regel loopt, mede afhankelijk van de eraan ten grondslag liggende opvattingen, nogal uiteen.

Voor zover ik dat kan overzien, vertoont de wijze waarop de uitsluitingsregel in Nederland wordt toegepast grote gelijkenis met de uitwerking van de exclusionary rule in de USA, zowel ten aanzien van de hoofdregel van uitsluiting van het onrechtmatig verkregene en de vruchten daarvan, als ten aanzien van sommige beperkingen (bijv. tot inbreuken op rechten van de verdachte) en de nadere concretisering van wat als vrucht van het eerste onrechtmatig handelen moet worden beschouwd.

Het is de vraag of een volgen van de Amerikaanse rechtspraak, gezien de verschillen in rechtstelsels, zo voor de hand ligt, vooral nu daar, anders dan in ons land, de laatste jaren de afschrikking van onwettig gedrag door de politie als de grondslag voor de exclusionary rule naar voren wordt geschoven.[3] Critici in de USA maken vooral bezwaar tegen de ongenuanceerde toepassing van de regel die typisch Amerikaans zou zijn. Er is in de laatste jaren dan ook in diverse onderzoeken aandacht besteed aan het recht in andere landen met betrekking tot onrechtmatig verkregen bewijs.

Bradley[4] vergeleek het Amerikaanse en het Duitse recht met elkaar. Ook het Duitse recht kent zijn Beweisverwertungsverbote; soms schrijft de wet voor een

2. N. Jörg, De exclusionary rule als drijfveer achter normering van bevoegdheden, DD 1989, p. 654 e.v., i.h.b. p. 658-659.

3. Bijv.: Jörg, a.w., p. 661 e.v.; Donald v. Mac Dougall, The exclusionary rule and its alternatives, The journal of Crim. Law and Criminology, vol. 76, 1985, p. 608-665, i.h.b. p. 631 e.v.

4. C.M. Bradley, The exclusionary rule in Germany, Harvard Law Review, vol. 96, 1983, p. 1032-1066; Beweisverbote in den USA und in Deutschland, Goltdammers Archiv für Strafrecht 1985, p. 99-113.

bewijsmiddel buiten beschouwing te laten, zoals art. 136a ST PO ten aanzien van de onder pressie verkregen verklaring van de verdachte, daarnaast kan de rechter dit gevolg verbinden aan een onjuist optreden tijdens de opsporing. De grondslag voor de uitsluiting is dan het waarborgen van de 'Rechtsstaatlichkeit' van het strafproces. Opmerkelijk is dat daarbij in een aantal gevallen de belangen van de verdachte worden afgewogen tegen de betekenis van het onjuist verkregen bewijsmiddel en de ernst van het telastegelegde feit: 'Fehlerhaftes Verhalten der Polizei führt nicht automatisch zum Ausschluss von Beweismitteln. Vielmehr wird das Gericht versuchen, ein optimales Gleichgewicht zwischen dem Schutz der verfassungsmassigen Rechte des Angeklagten und den Interessen eines wirksamen Gesetzesvollzugs zu erzielen.'[5]

Een vergelijkbare uitwerking van de exclusionary rule is in het Canadese recht te vinden. Mac Dougall[6] besteedde aandacht aan de Canadese variant van de exclusionary rule, die onder meer is verwoord in de in 1982 ingevoerde Constitution, waaruit de betreffende bepaling luidt: Section 24(2) 'Where in proceedings under subsection(1), a court concludes that evidence was obtained in a manner that infringed or denied any rights or freedoms guaranteed by this Charter, the evidence shall be excluded if it is established that, having regard to all the circumstances, the admission of it in the proceedings would bring the administration of justice into disrepute.' De aard en ernst van de schending van de rechten van de verdachte enerzijds, de ernst van de feiten waarvan verdachte beschuldigd wordt anderzijds, zijn daarbij van belang.

Beide schrijvers wijzen erop dat de door hen beschreven nuanceringen bepaalde bezwaren tegen de Amerikaanse toepassing van de exclusionary rule ondervangen, maar dat de wijze waarop men daarmee in Canada en Duitsland omgaat sterk bepaald is door het daar geldende rechtsstelsel.

Niettemin lijkt de gedachte aan een zekere nuancering op zich toepasbaar in Nederland, zeker nu deze gedachte ook doorklinkt in het Ontwerp van een nieuw Wetboek van Strafvordering voor de Nederlandse Antillen en Aruba, waar immers een sterk aan ons recht verwant rechtsstelsel geldt. Het daarin voorgestelde artikel 286 bepaalt in lid 3 en lid 4:

3. De rechter kan, ambtshalve of op het verzoek van de verdachte of diens raadsman, bij schending van fundamentele normen, na een redelijke afweging van alle in het geding zijnde belangen, beslissen:

a. dat de resultaten van het voorbereidend onderzoek, voor zover zij rechtstreeks door middel van de normschending zijn verkregen, niet tot het bewijs van het strafbare feit worden toegelaten, indien redelijkerwijze aannemelijk is dat de verdachte door het gebruik van de onderzoekresultaten ernstig in zijn verdediging is geschaad:
b. dat het openbaar ministerie niet ontvankelijk wordt verklaard, indien door toedoen van de normschending de kwaliteit van de strafrechtspleging zodanig is aangetast, dat er geen sprake kan zijn van een behandeling van de zaak ter terechtzitting, die aan de eisen van een eerlijk proces voldoet.

5. Bradley, Beweisverbote, p. 102; vgl. ook Strafprozeßordnung, Karlsruher Kommentar, Vor $ 48, nrs. 27 e.v., 44 e.v.

6. Zie noot 3.

4. Bij de beoordeling van de normschending en de afweging van belangen houdt de rechter in het bijzonder rekening met het karakter en het gewicht van de norm, de ernst van de normschending en de mate van verwijtbaarheid van degene die de norm schond.

In de Memorie van Toelichting wordt deze regeling als volgt gemotiveerd: 'De regeling van art. 286 geeft een wettelijke grondslag aan de door de rechter te maken afweging van belangen bij de beoordeling van de aan normschending te verbinden gevolgen in elk concreet geval. In deze subtiele en vanuit een oogpunt van rechtspolitiek gevoelige afweging zal alleen de ernst van het feit niet doorslaggevend kunnen zijn, omdat juist bij ernstige feiten het spanningsveld ontstaat waarin het strafproces zijn rechtsstatelijke karakter moet bewijzen. Dit karakter voert rechtstreeks terug tot de rechterlijke taakopdracht het niveau van een behoorlijke en eerlijke procesvoering nauwlettend te bewaken. Naast het algemene belang van een behoorlijke procesvoering staat echter het eveneens algemene belang van een effectieve normhandhaving. Omdat beide belangen dezelfde gradatie van rechtsstatelijkheid bezitten, dient er een door de evenredigheid gestuurde afweging plaats te vinden. Deze afweging heeft, naast de in lid 4 genoemde factoren, betrekking op een vergelijkende beoordeling van het verdedigingsbelang enerzijds en het vervolgingsbelang anderzijds. In de weging van deze beide belangen zal ook de mate waarin de norm is geschonden, als maatstaf voor aantasting van het verdedigingsbelang, zijn relatieve betekenis krijgen. Men zou in het algemeen kunnen zeggen, dat het door normschending ontstane nadeel voor de verdediging niet groter mag zijn dan het voordeel dat de vervolging door de normschending heeft verkregen. Door deze in een rechtsstaat passende beoordeling van alle in het geding zijnde belangen kan worden voorkomen, dat de sanctie van bewijsuitsluiting leidt tot voor het (geobjectiveerde) rechtsgevoel niet aanvaardbare situaties.'

Daarmee is kort geïllustreerd dat een genuanceerde toepassing van 'de exclusionary rule' niet ongebruikelijk is in andere landen.

Het karakter van de uitsluitingsregel

In zijn bijdrage aan de Melai-bundel over de Rechtsgrond van de bewijsuitsluiting in strafzaken typeert Krikke de uitsluitingsregel als een ongeschreven nietigheidsvoorschrift, vergelijkbaar met de andere nietigheidsvoorschriften.[7] Die typering lijkt juist, nu de regel erop neerkomt dat onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal niet gebruikt mag worden als de verdachte door het onjuiste optreden is getroffen in een belang dat het geschonden voorschrift wilde beschermen.[8] Dat laatste is immers ook de maatstaf die de Hoge Raad hanteert bij de beantwoording van de vraag of vormverzuimen tot cassatie aanleiding moeten geven.

Van nietigheid in de strikte zin van het woord is echter geen sprake; art. 256

7. A. Krikke, De rechtsgrond van de bewijsuitsluiting in strafzaken, in: Bij deze stand van zaken, Arnhem 1983, p. 148.

8. Vgl. M.J. Grapperhaus en J. Nieuwenhuis, De gevolgen van onrechtmatige bewijsvergaring, NJB 1990, p. 769 e.v., i.h.b. p. 771-772.

lid 2 Sv verhindert het verbinden van dit rechtsgevolg aan fouten in het voorbereidend onderzoek (bijv. HR DD 1981, 431).[9]

Anders dan De Jong meent in zijn kritische bespreking van het opstel van Krikke[10] gaat het hier mijns inziens niet om bewijsmiddelen die in hun kern nietig zijn, zodat art. 256 lid 2 Sv die nietigheid niet kan opheffen. De voorbeelden die De Jong geeft betreffen andere gevallen: een niet ondertekend proces-verbaal is als overig geschrift een wettig bewijsmiddel, het is alleen geen proces-verbaal in de zin van art. 344 lid 1 sub 2, omdat het niet, zoals die bepaling eist, in de wettelijke vorm is opgemaakt. De verklaring van een in het gerechtelijk vooronderzoek onder ede gehoorde getuige kan niet op de wijze als bedoeld in art. 295 Sv voor het bewijs worden gebruikt als aan de vorm van de beëdiging iets ontbreekt, omdat art. 295 Sv eist dat de getuige beëdigd (dat wil zeggen correct beëdigd) is, niet omdat aan die verklaring een intrinsieke nietigheid zou kleven.

De grond van de uitsluitingsregel is mijns inziens dan ook deze, dat de Hoge Raad het in strijd acht met de goede procesorde dat het telastegelegde wordt bewezen met bewijsmiddelen die door onrechtmatig optreden tegenover de verdachte zijn verkregen, een opvatting die vermoedelijk mede gebaseerd is op de rechten die art. 6 EVRM de verdachte toekent. (vgl. Krikke, p. 163 e.v.). De uitsluiting vormt aldus een op ongeschreven recht berustende sanctie op inbreuken die bij het opsporingsonderzoek worden gemaakt op de rechten van de verdachte.

Zijn andere sancties mogelijk?

Tot nu toe komt – behoudens een kleine opening naar de niet ontvankelijkheid van de officier van justitie – alleen de bewijsuitsluiting als sanctie op onrechtmatige bewijsgaring in aanmerking. Dat is mijn inziens om twee redenen onbevredigend: enerzijds omdat een niet al te ernstige inbreuk op rechten van de verdachte ook in geval van zeer ernstige feiten tot vrijspraak kan leiden, de sanctie is dan onevenredig ten opzichte van de ernst van de rechtsschending, anderzijds omdat de sanctie geen effect heeft indien er voldoende ander, rechtmatig verkregen bewijsmateriaal overblijft. Schalken heeft daarop gewezen met als voorbeeld de druk die op de van zijn zwijgrecht gebruik makende verdachte in de RaRa-zaak werd uitgeoefend om te verklaren. De president in kort geding maakte een eind aan dit politieoptreden jegens de verdachte, maar de uitsluitingsregel was hier van geen betekenis, omdat het onjuist optreden geen bewijsmateriaal had opgeleverd.[11]

De gedachte dat verschillende, ook in zwaarte uiteenlopende sancties passend kunnen zijn als reactie op een schending van processuele rechten van de verdachte, vindt elders in ons recht wel toepassing. Ik denk hier aan de rechtspraak met betrekking tot de gevolgen van overschrijding van de redelijke termijn, waarbinnen de verdachte ingevolge art. 6 EVRM berecht dient te worden.

9. Krikke, p. 157 e.v.

10. D.H. de Jong, Bewijsuitsluiting kent meer dan één rechtsgrond, Liber Amicorum Th. W. van Veen, p. 97 e.v., t.a.p. p. 105 en 106.

11. T.M. Schalken, Schending van wettelijke procesvoorschriften en het redelijk belang van de verdachte: een redelijk criterium? Enkele inleidende opmerkingen, in: In zijn verdediging geschaad, Arnhem 1989, p. 10 e.v.

Aanvankelijk was de Hoge Raad van oordeel dat bij schending van dit voorschrift de vervolging zozeer in strijd zou zijn met fundamentele beginselen van een goede procesorde, dat het recht tot verdere vervolging aan het OM diende te ontvallen (HR 23 september 1980, NJ 1981, 116).[12] In zijn arrest van 7 april 1987, NJ 1987, 587, ging de Hoge Raad echter om: als sprake is van overschrijding van de redelijke termijn, is de niet ontvankelijkheid van het OM niet het enige gevolg daarvan, het staat de rechter in dat geval ook vrij een lagere straf op te leggen dan hij zonder schending van de betreffende rechten van de verdachte zou hebben gedaan.

De vraag welke sanctie passend is, is mede afhankelijk van omstandigheden van feitelijke aard, maar de overschrijding kan zodanig zijn dat bij 'afweging van enerzijds het belang dat de gemeenschap ook na overschrijding van de redelijke termijn behoudt bij normhandhaving door berechting, anderzijds het belang dat verdachte heeft bij verval van het recht tot strafvervolging nadat meergenoemde termijn is overschreden,' het laatste dient te prevaleren, aldus de Hoge Raad in HR 25 april 1989, NJ 1989, 705.

Indien een strafzaak enkel uitloopt op een vordering tot onttrekking aan het verkeer kan, indien de onttrokkenverklaring niet binnen een redelijke termijn plaatsvindt en de rechthebbende(n) daardoor nadeel heeft (hebben) ondervonden, ter compensatie van dat nadeel een billijke geldelijke tegemoetkoming worden verstrekt (HR 8 september 1987, NJ 1988, 453).

Het lijkt mij wenselijk dat de sanctionering van handelingen die thans vallen onder het leerstuk onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal, op een vergelijkbare, gedifferentieerde wijze plaatsvindt. Het wetboek van strafvordering verzet zich daar niet uitdrukkelijk tegen en er is ook geen aanleiding te veronderstellen dat het EVRM in zijn algemeenheid zou verplichten tot uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs (vgl. Europese Hof voor de Rechten van de Mens, 12 juli 1988, zaak Schenck, NJ 1988, 851 en de noot van Alkema bij dat arrest).

Een dergelijk stelsel zou er toe kunnen leiden, dat niet-ontvankelijkheid van de OvJ, bewijsuitsluiting, strafvermindering en schadevergoeding, afhankelijk van de aard en de ernst van de inbreuk, de toe te passen straf of maatregel en de ernst van het feit waarvoor de verdachte vervolgd wordt, als sanctie in aanmerking komen.

Om misverstanden te vermijden merk ik op dat in mijn opvatting de ernst van het feit waarvoor wordt vervolgd, niet van belang is voor de vraag of er al dan niet rechtmatig is gehandeld, maar – afhankelijk van de ernst en aard van het onrechtmatig optreden – een rol speelt bij de beslissing of bewijsuitsluiting dan wel bijvoorbeeld strafvermindering een passende sanctie is.

Zo is mijns inziens vrijspraak ter zake van moord een onevenredige sanctie als de onrechtmatigheid bij de bewijsgaring bestaat uit het onbevoegd openen van het handschoenenkastje van de auto waar het moordwapen wordt aangetroffen, zodat ik daar eerder bijvoorbeeld strafvermindering in aanmerking vind komen. Een door mishandeling verkregen bekentenis mag echter nimmer voor het bewijs worden gebruikt.

12. R. de Waard, De ontvankelijkheid van het Openbaar Ministerie, in de bundel Naar eer en geweten, Arnhem 1987, p. 667.

Sanctie afhankelijk van de normschending

De aard en de ernst van de normschending die bij de opheldering van strafbare feiten kunnen plaatsvinden, lopen sterk uiteen. Ook daarin is een argument te vinden om de mogelijkheid tot het toepassen van verschillende sancties te openen.[13]

In de eerste plaats kan er sprake zijn van een min of meer systematische schending van rechten van de verdachte. Dan past mijn inziens de niet-ontvankelijkheid van de OvJ als sanctie; ook in gevallen waarin er voldoende rechtmatig verkregen bewijs zou overblijven voor een veroordeling, is een niet-ontvankelijkverklaring mogelijk als de kwaliteit van de procesvoering ernstig is aangetast door het onrechtmatig optreden. Ik sluit mij wat dat betreft aan bij de gedachte van Schalken.[14]

Bewijsuitsluiting komt als reactie in de eerste plaats in aanmerking als het betreft bewijsmateriaal dat is verkregen door dwangmiddelen die de wet niet kent: een DNA-onderzoek na gedwongen bloedafname (vgl. HR 2 juli 1990, Besch. nr. 2598), de inhoud van met behulp van afluisterapparatuur afgeluisterde gesprekken in een woning, e.d. Als de wetgever niet heeft gewild dat dergelijke inbreuken op de lichamelijke integriteit, de privacy e.d. zouden plaatsvinden, is het onjuist de resultaten daarvan tot het bewijs te bezigen (vgl. de redenering van de Hoge Raad in HR 26 juni 1962, NJ 1962, 470).

Een zelfde redenering komt naar voren in geval van een verklaring verkregen door het uitoefenen van ongeoorloofde pressie. Hier betreft het een dwangmiddel dat de wetgever met zoveel woorden verboden heeft (29 Sv). Ook bij het ontbreken van de cautie hoort – als verdachte niet van zijn zwijgrecht op de hoogte was – de uitsluiting van de verklaring als bewijsmiddel. Het doel van de regel is immers de verdachte te behoeden voor ongewilde medewerking aan zijn veroordeling en dit doel kan alleen via deze uitsluiting gerealiseerd worden (vgl. HR 22 september 1981, NJ 1981, 660).

Een onjuiste toepassing van de in de wet genoemde dwangmiddelen (fouillering, huiszoeking, inbeslagneming etc.) leent zich mijns inziens echter voor een andere benadering. De wet acht, anders dan in de hiervoor genoemde gevallen, de aanwending van die dwangmiddelen in beginsel toelaatbaar; de sporen van het misdrijf, de buit daarvan e.d. rechtvaardigen indirect de daarbij horende inbreuken op grondrechten als het huisrecht, het briefgeheim etc. De wijze waarop deze dwangmiddelen kunnen worden toegepast is aan tal van voorwaarden onderworpen. De betreffende bepalingen – inhoudende welke fuctionaris onder welke omstandigheden mag optreden – hebben kort samengevat ten doel een onnodige en lichtvaardige toepassing van die dwangmiddelen te voorkomen. Het merkwaardige van de bewijsuitsluiting als sanctie hier is, dat deze alleen kan worden toe-

13. Een zelfde gedachte is te vinden in de M.v.A. bij de Wet overdracht tenuitvoerlegging strafvonnissen (S. 1986, 464, T.K. 1829, p. 15 en 16) waar wordt betoogd dat de exequaturrechter, als een buitenlands vonnis is gebaseerd op, naar Nederlands inzicht, onrechtmatig verkregen bewijs, een ontoelaatbaarverklaring kan uitspreken (art. 30, lid 1 sub d WOTS) indien er sprake is van een ernstige inbreuk op de regels van strafprocesrecht en in minder ver gaande gevallen zijn bedenkingen tegen de gevolgde gang van zaken tot uitdrukking kan brengen in zijn strafoplegging. Vgl. ook P.M. Frielink, Infiltratie in het strafrecht, Arnhem p. 148-149 en 159-160.

14. Zie noot 11.

gepast in gevallen waarin achteraf blijkt dat de materiële grond voor toepassing van een dwangmiddel aanwezig was: er is immers bewijsmateriaal gevonden.

Het is natuurlijk niet zo dat het onjuist optreden wordt gerechtvaardigd door het resultaat in dergelijke gevallen; maar wel kan dit gegeven bijvoorbeeld in het geval van het zonder verdenking ten onrechte geopende handschoenenkastje van de auto, waarin een vuurwapen wordt aangetroffen waarmee een moord gepleegd blijkt te zijn, een argument vormen om, nu de bevoegdheid wel zou hebben bestaan als de agent een redelijk vermoeden van de aanwezigheid van dat vuurwapen had gehad, niet uitsluiting van de resultaten van dit onderzoek maar strafvermindering als sanctie toe te passen.

Besluit

De vraag rijst of met een gevarieerd sanctiestelsel ten aanzien van onrechtmatige opsporingshandelingen de doeleinden die met de toepassing van de exclusionary rule worden nagestreefd niet in het gedrang komen.

Voor zover dat doel is het voorkomen van onwettig gedrag bij de opsporing van strafbare feiten door de politie en andere justitiële functionarissen, hoeft daarvoor mijns inziens niet te worden gevreesd. Ook in het door mij voorgestelde systeem blijft uitsluiting van het bewijsmateriaal een mogelijke sanctie, zodat men er bij de opsporing rekening mee moet blijven houden dat een onjuist optreden dit rechtsgevolg heeft.

Daarnaast zal de rechter ook in de gevallen waarin hij bijvoorbeeld voor strafvermindering kiest, in zijn vonnis vaststellen dat er bij de opsporing onrechtmatig is gehandeld en ook daarvan zal een preventieve werking uitgaan.

Jörg noemt in zijn hiervoor geciteerde artikel herstel van de oude toestand als tweede doel. Het niet toepassen van de exclusionary rule maakt die doelstelling illusoir. Ik meen dat dat voor de gevallen waarin ik een andere sanctie dan uitsluiting bepleit, geen bezwaar is, want hoewel het bewijsmateriaal dat is verkregen zo niet verkregen mocht worden, is dat in het algemeen (denk aan de buit, het wapen waarmeee het feit is gepleegd, de gevonden drugs) geen goed dat rechtens bescherming verdient, zodat herstel van de oude toestand niet een na te streven doel vormt.

Ik zie twee voordelen aan de hier voorgestane benadering. Het eerste is dat zeer onbevredigende vrijspraken in een aantal gevallen achterwege kunnen blijven. Het tweede winstpunt hangt daarmee samen.

Ik heb de indruk dat het rechtsgevolg van onrechtmatig optreden er soms toe leidt dat de rechter gedrag dat eigenlijk niet door de beugel kan, nog toelaatbaar acht om het gevolg vrijspraak te vermijden. In de jurisprudentie kan men nogal wat zaken lezen, waarin het oordeel van de rechter dat er sprake was van een verdenking, toestemming e.d. weliswaar nog net niet onbegrijpelijk is, maar op zijn zachtst gezegd niet erg voor de hand ligt. Een genuanceerd sanctiestelsel zou er toe kunnen bijdragen dat bij de beoordeling van het handelen in de opsporing de maatstaven strikt gehandhaafd worden.

Malden, november 1990.

Nikolas H.M. Roos

Straf als eer[1]

1. Inleiding

Bij een recente verkenning in de politieke filosofie[2] kruiste mijn pad ook het terrein van de rechtvaardiging van de straf. Dat zag er tamelijk kaalgevreten uit, maar desondanks bleek het nog steeds gefascineerde bezoekers te trekken.[3] Wat ik in deze beschouwing wil onderzoeken, is of ik mijn visie op de rechtvaardiging van de straf ook nog kan handhaven, als ik paden ga volgen die door anderen zijn uitgezet vanuit op dat terrein zelf gelegen startpunten. Mocht het resultaat van deze exploratie negatief zijn, dan zal ik, alleen om die reden al, mij nog eens danig dienen te bezinnen op mijn gedachten op het meer algemene terrein van de politieke filosofie. Mijn beschouwing staat in de traditie van de klassieke, humanistische strafrechtstheorie, waarvan Beccaria de geestelijke vader is. 'Straf als eer' is tevens een eerbewijs (hopelijk niet in de vorm van een strafexercitie) aan Jan Leijten, die zich als 'anders denkende' een voortreffelijk verdediger heeft getoond van essentiële en helaas bedreigde waarden, die aan die klassieke opvatting ten grondslag liggen.

Mijn hieronder uit te oefenen kritiek op de theorieën van anderen is tevens constructief bedoeld. Dit geldt in het bijzonder voor de theorie van Nederlands grootste denker op dit terrein, Leo Polak, zoals uiteengezet in diens 'De zin der vergelding'.[4] Ook maak ik een dankbaar, doch kritisch gebruik van de leertheoretische

---

1. Mijn collega's Crombag en Van Dun zeg ik gaarne dank voor hun opmerkingen bij mijn manuscript. Er is een uitgebreidere versie van dit artikel beschikbaar onder de titel 'Politieke theorie en strafrechtvaardiging' als Memorandum Metajuridica nr. 16 (1990) (telefonisch te bestellen bij de Vakgroep Metajuridica onder nr. 043–887025). Daarin ga ik (uitvoeriger) in op de relatie tussen politieke theorie en strafrecht, de methodologische criteria voor een strafrechtvaardigingstheorie en de straftheorie van Hegel en van Ter Heide.

2. Men zie mijn 'Recht als tweede orde moraal' in: A.W. Heringa en N. Verheij (red.), Publiekrechtelijke bewegingen, Deventer 1990, p. 29–65.

3. Zowel in literatuur als wetenschap. In de literatuur recentelijk nog Gerrit Krol, Voor wie kwaad wil. Een bespiegeling over de doodstraf, Querido 1990, en in de wetenschap G. Knigge, Het irrationele van de straf, oratie Groningen 1988, Arnhem 1988, en F. Jacobs, Toch maar niet de doodstraf?, R&R 1990 nr. 3, p. 179–189.

4. L. Polak, De zin der vergelding, Amsterdam 1947. Reeds eerder mocht ik aandacht schenken aan Polaks theorie in: T.J. Veen en P.C. Kop, Zestig juristen, Zwolle 1987, p. 391–396, waar ook de vindplaatsen van commentaren van anderen zijn vermeld.

explicatie van de preventie-theorie van de straf, die mijn collega Hans Crombag[5] heeft gegeven. Diens betoog was (mede) bedoeld als weerlegging van het standpunt van H.L.A. Hart,[6] dat criteria voor een rechtvaardige distributie van straf niet zijn af te leiden uit preventie als het nuttig doel van de straf. Crombag is daarin mijns inziens niet geslaagd, vooral als gevolg van het feit dat hij de speciaal-preventieve functie van de straf primair heeft gesteld. Ik zal uiteenzetten waarom alleen generale preventie de functionele voorwaarde van strafrechtvaardiging zou kunnen zijn. Vervolgens onderzoek ik of generale preventie als strafdoel te verenigen is met de op het eerste gezicht retributief aandoende beginselen van gelijkheid en evenredigheid van de straf. Daartoe onderwerp ik de retributie-theorie van Leo Polak aan een nader onderzoek. De reden dat ik juist in zijn theorie geïnteresseerd ben, is de suggestie van Langemeijer,[7] dat Polaks vergeldingstheorie ondanks de verwerping van het preventie-theoretische standpunt toch naar een synthese tussen beide zou neigen. Ik meen dat de economische en sociale elementen in Polaks opvatting van de straf inderdaad de weg naar zo'n synthese wijzen. Ten slotte betoog ik, dat die synthese, die ook maatstaven levert voor strafmaten en -modalititeiten, past in een natuurrechtelijke theorie van staat en recht, die ik elders heb ontwikkeld.[8]

2. Crombag versus Hart

2.1 Functie en beginselen van strafrecht

De paradox van het strafrecht, de aanranding van een op een zichzelf genomen rechtmatig belang in naam van het recht, kan volgens Crombag alleen worden gerechtvaardigd door het nuttig effect daarvan aan te tonen aan overtreders van de strafwet. De retributieve strafrechtstheorie, dat het kwaad van het delict ongedaan wordt gemaakt door de dader een gelijke hoeveelheid kwaad toe te voegen, acht Crombag niet meer dan een metafoor: 'wie zich ten doel stelt in een samenleving het totaal der misère te minimaliseren, realiseert zich dat het enkel opstapelen van misère hem van zijn doel weg voert, dat bestraffing slechts gerechtvaardigd kan worden als er reden is om aan te nemen, dat in het algemeen het nuttige effect van bestraffing het negatieve resultaat ervan overtreft'.[9] Daarmee is echter nog niets gezegd over de vraag of dit ons enige doel dient te zijn in de strafrechtspleging. Hart[10] bijvoorbeeld onderschrijft de zojuist geciteerde stelling van Crombag, maar meent dat de belangrijkste beginselen van strafrecht niet tot het nut van de preventie te herleiden zijn.

In de eerste plaats, zo Hart, dienen gelijke feiten gelijkelijk bestraft te worden, afgezien van overwegingen van speciale preventie en de situatie waarin een bepaald delict op een gegeven moment de pan uit dreigt te rijzen. Dit laatste ziet hij

5. H.F.M. Crombag, Mens Rea, oratie Leiden 1981, Zwolle 1981.
6. H.L.A. Hart, Punishment and Responsibility, Oxford 1968.
7. G.E. Langemeijer, Strafrecht of onrecht, Deventer 1977, p. 6.
8. Zie noot 2.
9. Crombag, o.c., p. 5.
10. H.L.A. Hart, o.c., p. 24–25.

echter wel als een inbreuk op de rechtvaardigheid om utilitaire redenen. In de tweede plaats dienen volgens Hart ongelijke gevallen ongelijk te worden behandeld. Daarmee bedoelt hij dat er een relatie moet zijn tussen de ernst van het feit en de straf. Dit vereiste verhindert bijvoorbeeld dat ontoerekeningsvatbaren worden bestraft, hoewel dat volgens Hart best nuttig zou kunnen zijn uit het oogpunt van de generale preventie.

2.2 Het beginsel van de rechtsgelijkheid

Rechtsongelijkheid, door Crombag gebrek aan consistentie genoemd, zou ertoe leiden dat er geen vaste relatie is tussen gedrag en straf. Het meer of minder aan straf kan dan niet worden gerelateerd aan verschillen in gedrag en het handelen wordt daardoor min of meer tot een gok in verband met het strafrisico. In laboratoriumproeven blijkt zo'n gebrek aan consistentie tot 'learned helplessness'. Crombags repliek lijkt redelijk overtuigend. Als we aannemen dat Hart bij overwegingen van speciale preventie mede denkt aan het geval van recidive, dan is het extra straffen van recidivisten een in termen van leerprocessen begrijpelijke reactie, gesteld dat de dader in principe wel tot leren in staat is.

Toch ligt er een twijfelachtige premisse ten grondslag aan Crombags analyse van de eis van rechtsgelijkheid. Het is niet zonder meer inzichtelijk, waarom een zekere mate van willekeur in de strafoplegging niet nuttig zou zijn voor de generale preventie. Uit psychologisch onderzoek blijkt dat mensen in het algemeen (gokverslaafden niet) een voorkeur hebben voor een beperking van de kans op verlies ten opzichte van een even grote kans op winst.[11] Zouden we een vaste strafmaat voor een bepaald delict evenzeer naar onderen als naar boven laten variëren, dan zullen de potentiële delinquenten meer rekening houden met de kans op verlies (meer straf) dan met de even grote kans op winst (minder straf). Door enigszins willekeurig te straffen, zou daardoor meer afschrikking kunnen worden bewerkstelligd, hoewel de gesommeerde hoeveelheid straf niet groter is dan bij gelijke distributie.

Ik kan ook niet goed inzien waarom door ongelijkheid van straffen het leerproces zou worden verstoord. Het gedrag raakt gestoord als de straffende reactie niet meer kan worden verwacht. Maar in het gegeven voorbeeld is daar geen sprake van. Er is in de verwachting slechts een onzekerheidsmarge wat betreft de grootte van de straf. Waarom zouden mensen, die kennelijk redelijk goed kunnen leven met de onzekerheid of ze wel of niet zullen worden gepakt, niet kunnen leven met de onzekerheid of ze iets meer of iets minder zwaar zullen worden gestraft?[12]

11. D. Kahnemann en A. Tversky, Prospect theory: An Analysis of decision under risk, Econometrica 47 (1979), p. 263–291.

12. De facto doen ze dat ook, aangezien men in het algemeen maar vrij vage voorstellingen heeft van pakkansen en strafmaten. Uit onderzoek blijkt dat mensen pakkansen en strafmaten veel te hoog inschatten. Dat er een nogal losse relatie is tussen de schattingen van pakkansen en strafmaten enerzijds en gedrag anderzijds, blijkt uit onderzoek over belastingontduiking (men zie: D.J. Hessing, H. Elffers en J.H. Christiaanse (red.), Belastingontduiking: juridische, economische en psychologische aspecten, Deventer 1989. Dit impliceert niet dat de gemiddelde inschatting van de pakkans niet zou samenhangen met de afschrikkende werking van de straf. Dat is duidelijk wel het geval en wel veel sterker dan met de strafmaat.

Intussen achten wij dergelijke willekeur in de bestraffing wel degelijk in strijd met het rechtsgelijkheidsbeginsel. Hart wijst er echter terecht op dat wij ten behoeve van de generale preventie ook niet geheel afzien van rechtsongelijkheid. Heeft hij gelijk dat deze afwijking alleen op grond van utilitaire overwegingen te rechtvaardigen is? Maar waarom is die afwijking wel toelaatbaar en de andere niet?

2.3 Het evenredigheidsbeginsel

Volgens Hart zijn onze ruwe maatstaven voor evenredigheid bepaald door ideeën over de relatieve onzedelijkheid van de dader en de door de daad aangerichte schade. Volgens Crombag is deze notie echter volledig herleidbaar tot het idee van de doelmatigheid van de straf. Ter bepaling van de doelmatigheid van de straf ontleent Crombag drie criteria aan Bentham, waarvan we het derde hier buiten beschouwing kunnen laten.[13] In de eerste plaats zal de straf ter afschrikking zwaarder dienen te zijn, naarmate de dader er meer voordeel van verwacht of kan verwachten. In de tweede plaats moet de straf hoger zijn, naarmate de door het delict veroorzaakte schade ernstiger is, omdat, zo Crombag, 'men mag aannemen dat het in het algemeen – uitzonderingen komen voor – de ernstiger misdrijven zijn, die de dader het meeste voordeel opleveren'.[14] Van morele elementen die volgens Hart om redenen van rechtvaardigheid medebepalend zijn voor de ernst van het feit, wil Crombag niets weten. Het enige dat naar zijn mening van belang is, is de doelmatigheid van de straf. Doelmatigheid, dat is duidelijk, wil hij leerpsychologisch verstaan. De vraag is dan echter wie, wat op welke wijze leert en in hoeverre dit doelmatig is voor het maatschappelijk doel: de preventie van criminaliteit. Het is duidelijk dat Crombag primair denkt aan speciale preventie. Alleen als het in principe mogelijk is dat de dader kan leren van de straf, is het zijns inziens mogelijk dat ook anderen daarvan kunnen leren. Laten we nu eerst eens nagaan wat we precies zouden moeten verstaan onder speciale preventie als grondslag voor de bestraffing, waarbij we nog in het midden laten of dit een noodzakelijke en/of voldoende functionele voorwaarde van straf is. Is speciale preventie, gesteld dat deze het leidende principe is voor de straftoemeting, gericht tegen recidive van een specifiek delict of tegen het recidiveren van een bepaalde dader betrekkelijk los van de aard van het delict dat deze gepleegd heeft? Ik zal betogen dat dit laatste het geval is als we de huidige praktijk als maatstaf nemen.

2.4 Het doel van speciale preventie

Crombag neemt aan dat er in het algemeen verband bestaat tussen de ernst van het feit en het voordeel voor de dader. Daar heb ik zo mijn twijfels over. Dat zal

13. Dit is het criterium dat als de dader ter bereiking van zijn doel kan kiezen uit strafbare handelingen met gevolgen van verschillende ernst, de strafmaten zodanig dienen te zijn, dat die met de minst ernstige gevolgen wordt gekozen.

14. Crombag, o.c., p. 17.

opgaan voor zuivere vermogensdelicten, maar niet of in veel mindere mate voor de meeste andere. Een meer fundamentele kwestie acht ik echter dat volgens onze rechtvaardigheidsintuïties bij een gegeven delict de mate van voordeel voor de dader juist strafverminderend kan werken. Iemand die, hoewel hij[15] daar weinig voordeel bij heeft, ernstige schade aanricht, nemen we dat kwalijker dan iemand die daar wel een duidelijk voordeel bij had. De dader vinden we in het eerste geval gevaarlijker en daarom is een zwaardere straf ook begrijpelijk. Dat we de straf laten corresponderen met de mate waarin iemand bereid is zich niets aan te trekken van andermans rechten, is niet te verklaren uit het op het delict in concreto gerichte belang van preventie. Vanuit dat belang zouden we immers juist mensen zwaarder dienen te bestraffen, naarmate hun voordeel bij het delict groter is.

Criminele gezindheid als criterium is ook realistisch in die zin dat zowel speciale als generale preventie maar in beperkte mate gekoppeld zijn aan de bijzondere aard van het delict waarvoor gestraft wordt. Uit de daad wordt een bepaalde mate van asociale gezindheid gelezen en daartegen keert de straf zich.

Op grond van Crombags betoog moet worden aangenomen, dat hij het niet eens is met de opvatting van schuld als de in een strafbaar feit tot uiting gebrachte criminele gezindheid. De kern van zijn betoog is namelijk, dat de categorieën die wij gebruiken ter vaststelling van 'mens rea', psychologisch onhoudbaar zijn. Crombag wijst het onderscheid tussen gewilde en ongewilde (gevolgen van) handelingen af. Zeggen dat een automobilist stopte, omdat hij de voetganger niet *wilde* overrijden, is volgens Crombag een beoordeling en geen beschrijving van gedrag. Dit is juist, maar dat impliceert niet, zoals Crombag ook erkent, dat dit taalgebruik zinloos is. Waarvoor we moeten oppassen, is willen niet gelijk te schakelen met 'bewust' willen. Iemand kan wel degelijk ook onbewust wensen koesteren, dat wil zeggen naar dingen streven die hij niet als voornemen en ook niet als eigen gedragsbeoordeling achteraf kan verbaliseren. Tot zover zijn Crombag en ik het nog wel met elkaar eens. Waarin ik Crombag echter niet kan volgen, is dat hij meent dat dit voldoende grond is ieder onderscheid in vormen van 'schuld' af te wijzen. Iemand kan crimineel handelen, omdat hij feiten verkeerd heeft beoordeeld, verkeerd geïnformeerd of onwetend was, zonder dat dit cognitieve manco weer werd ingegeven door een al dan niet bewuste wens de criminele (neven)gevolgen in het leven te roepen of het risico van het intreden ervan te nemen. Het oordeel of dit wel of niet het geval is, is soms moeilijk te geven bij gebrek aan kennis van de omstandigheden en de persoon van de dader, maar daardoor verschillen oordelen over motivaties niet principieel van andere oorzakelijke oordelen over het gedrag van een individu.[16]

15. Het mannelijk pronomen gebruik ik *niet* omdat de grote meerderheid van de delinquenten van het mannelijk geslacht is.

16. Gezien Crombags methodologische positie, het behaviourisme, begrijp ik ook niet goed hoe hij het onderscheid tussen wensen en kennis kan afwijzen. Dat de hond van Pavlov begint te likkebaarden, als de bel gaat, schrijven wij toe aan zijn kennis, dat de bel door eten gevolgd wordt. Dat hij daarmee ophoudt, als hij vaker in die verwachting wordt teleurgesteld, schrijven wij niet toe aan een verandering van 's honds wensen, maar van zijn kennis. Weliswaar kunnen wensen eveneens geconditioneerd zijn, maar uiteindelijk moeten ze op fundamentele, in het organisme verankerde strevingen kunnen worden teruggevoerd.

De op zichzelf genomen terechte afwijzing van het onderscheid tussen bewuste en minder of onbewuste schuldvormen kan mijns inziens niet rechtvaardigen, dat geen onderscheid gemaakt wordt tussen diverse vormen van de (al dan niet de dader zelf bewuste) 'frame of mind' als maatstaf voor de bepaling van de straf. Het is denkbaar dat bijvoorbeeld een milieudelict in doleuze vorm practisch niet voorkomt, in culpoze vorm relatief veel als gevolg van de onwetendheid van mensen. Om het delict in doleuze vorm binnen de maatschappelijk acceptabele grenzen te houden, zou dan wel eens minder strafdreiging nodig kunnen zijn dan voor het delict in culpoze vorm.[17] Iemand die het feit 'per ongeluk' gepleegd heeft, zou echter zeer verontwaardigd zijn, als een ander, die hetzelfde delict opzettelijk gepleegd had, minder zwaar zou worden gestraft. Deze laatste heeft immers duidelijk blijk gegeven van een veel gevaarlijker gezindheid. Iemand die er geen been in ziet schade opzettelijk aan te richten, zal zich in het algemeen ook wel minder druk maken om de vraag of zijn gedrag al dan niet schadelijk is. Zelfs als hij weet hoe gevaarlijk de stof is, pleegt hij het delict immers nog. Rechtvaardigheid en het doel van preventie, lijken hier te kunnen botsen. De verklaring is dezelfde als zojuist. Preventie is kennelijk gericht tegen daders met een bepaalde criminele gezindheid en niet zozeer op de preventie van een specifiek delict, even afgezien van de situatie waarin een bepaald delict snel om zich heen grijpt.

Nu we geconstateerd hebben dat criminele gezindheid datgene is waartegen de straf zich keert en dat oordelen daarover mogelijk zijn zonder in mentalistische valkuilen te trappen, lijkt de functie van de straf duidelijk: het tegengaan van toekomstige delicten, die het gevolg zouden kunnen zijn van de criminele gezindheid die de dader in het door hem gepleegde feit ten toon heeft gespreid. De vraag is vervolgens of het primair gaat om de preventie van criminaliteit van de dader (speciale preventie) of van anderen (generale preventie).

2.5 Speciale preventie en algemene leerstukken

Dat speciale preventie niet een noodzakelijke en evenmin een voldoende voorwaarde is voor strafoplegging, kan duidelijk worden gemaakt aan de hand van een aantal algemene leerstukken van strafrecht.

Als er sprake is van criminaliteit aan (absoluut) ondeugdelijke objecten (abortus op een niet-zwangere vrouw), criminaliteit met (absoluut) ondeugdelijke middelen (een vergiftigingspoging met wat later suiker bleek te zijn, afkomstig uit een potje waar 'strychnine' op stond) en van 'Mangel am Tatbestand' (de dief die, zonder het te weten, zijn eigen fiets steelt), wordt bij ons geen straf opgelegd. Leerpsychologisch lijkt er niet zo veel op tegen hier straf op te leggen voor een

17. Het gaat hier om een theoretische kwestie, want zelfs als het zwaarder straffen van een delict in culpoze vorm wel aanvaardbaar geacht werd, zou het practisch geen zin hebben. Iemand die culpoos heeft gehandeld, zou beweren dat hij het opzettelijk gedaan had om minder straf te krijgen. Dat iemand, die beweert opzettelijk gehandeld te hebben, in werkelijkheid niet-opzettelijk gehandeld heeft, is nauwelijks te bewijzen.

pogingsdelict, maar rechtens behoeft er geen sprake te zijn van een delict. Aanhangers van de subjectieve pogingsleer betogen dan ook dat niet is in te zien, waarom in deze gevallen iemand die getoond heeft tot misdaad in staat te zijn, niet ook gestraft zou mogen worden zonder enige vorm van strafvermindering. Waarom zouden er dan leerstoornissen ontstaan? De dader die zich uitleeft met een ondeugdelijk middel of op een ondeugdelijk doel, is immers meestal niet minder gevaarlijk dan degene die succesvoller was. De subjectieve leer, die in Duitsland bijvoorbeeld ook de heersende leer is, is mijns inziens echter niet goed vol te houden, omdat het argument ervoor ook opgaat in het geval van 'Mangel am Tatbestand'. Het argument van Hazewinkel–Suringa,[18] dat hier geen sprake kan zijn van poging, omdat de dader slaagt in wat hij wil, lijkt mij een petitio principii of, als het juist zou zijn, grond voor een argument a fortiori: zo iemand moet niet voor poging, maar voor de voltooide daad gestraft worden. Dat kan bij ons niet gezien de tekst van art. 310 W.v.Sr., maar dat is het punt niet. De tekst kan immers veranderd worden, zodanig dat het ook de situatie van 'Mangel am Tatbestand' dekt. Als generale preventie het doel is van het strafrecht, is er echter geen reden voor zo'n verandering van de tekst. Hoe zou immers het niet-bestraffen van mensen die een onmogelijk gebleken delict wilden plegen een extra aansporing kunnen zijn voor iemand met criminele plannen?[19] Integendeel, bestraffing van dergelijke delicten zou juist extra zorgvuldigheid in de voorbereiding van delicten kunnen uitlokken. Niet zelden zullen voorgenomen delicten ook 'onbewust-expres' mislukken.

De subjectieve leer is ook niet erg krachtig als het erom gaat te verklaren, waarom poging minder zwaar wordt bestraft dan het voltooide delict. Vanuit generaal-preventief gezichtspunt is het om de aangegeven reden wel duidelijk: er gaat minder voorbeeldwerking vanuit. Is de verminderde strafbaarheid van poging in de subjectieve leer dan niet te verklaren vanuit de gedachte, dat iemand die het delict niet heeft weten te voltooien, minder neiging tot herhaling zal hebben? Dit lijkt plausibel, omdat de dader immers ook door gebrek aan succes de ervaring heeft opgedaan dat misdaad niet loont. Maar deze overweging verklaart niet waarom de poging als enig criterium zou worden gehanteerd. Ook bij voltooid delict kan immers het materiële resultaat nihil zijn, bijvoorbeeld als de buit wordt teruggevonden of als schadevergoeding moet worden betaald. Dat is mogelijk nog frustrerender dan wanneer men de opbrengsten van het delict nooit in handen heeft gehad. Het verschil in strafmaat zou daarom, als men de subjectieve leer wil volgen, niet mogen worden gebaseerd op het pogingscriterium. Generaal-preventief is intussen wel duidelijk waarom aan dergelijke daderfrustraties geen strafverminderende betekenis kan toekomen. Minder straf zou de indruk wekken alsof de daders die hun buit goed verstopt hebben en daarvoor meer straf zouden krijgen, daardoor ook een 'recht' krijgen op de buit.

18. D. Hazewinkel-Suringa, Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht, 4e dr., p. 242.

19. Een potentiële tegenwerping: de vergeldingsdrang van degenen die bedreigd werden c.q. de bescherming van de dader daartegen, zijn dat niet goede redenen voor strafoplegging? Dit lijkt mij geen goed argument, aangezien deze situatie zich ook kan voordoen als het pogingsdelict nog niet voltooid is. Daarmee sluit ik overigens niet uit, dat er aanleiding kan zijn maatregelen te nemen. Maar die hebben met strafrecht niets uit te staan.

Twee andere fenomenen lijken moeilijk verenigbaar met een theorie waarin generale preventie als functionele grondslag van de strafrechtvaardiging wordt gehanteerd, namelijk de verjaring en de non-cumulatie van straffen bij (meerdaadse) samenloop. Geen van beide fenomenen is overigens universeel.[20] In de Angelsaksische landen verjaren ernstige misdrijven niet en cumuleren straffen, zij het dat vrijheidsstraffen in feite wel tegelijkertijd geëxecuteerd worden, zodat de lagere straffen geabsorbeerd worden door de hoogste, hetgeen in Frankrijk en België ook formeel het geval is.

Verjaring lijkt speciaal-preventief gemakkelijk te rechtvaardigen. De dader die na lange tijd niet gerecidiveerd heeft, heeft zich kennelijk 'vanzelf' gebeterd. Is dat niet het geval, dan kan hij voor nog niet verjaarde delicten worden vervolgd. Deze speciaal-preventieve rechtvaardiging is niettemin niet deugdelijk genoeg. Zij kan niet verklaren waarom de strafverhoging wegens samenloop van een verjaard en een niet-verjaard delict achterwege zou mogen blijven en ook geeft ze geen verklaring voor het abrupte karakter van de verjaring. Het is immers niet waarschijnlijk, dat iemand die nog net op tijd wordt vervolgd wel de volle straf nodig heeft uit het oogpunt van speciale preventie, en iemand bij wie de vervolging net te laat werd ingesteld niet. Vanuit het belang van de speciale preventie lijkt een geleidelijke verlaging van de maximale strafmaat meer voor de hand liggen. Omgekeerd is er vanuit speciaal-preventief gezichtspunt geen enkele rechtvaardiging te geven voor het niet laten verjaren van bepaalde delicten, waar dat mogelijk uit generaal-preventief perspectief nuttig is, zoals bij oorlogsmisdaden bijvoorbeeld.

Generale preventie kan wel een verklaring en een maatstaf geven voor verjaring. De grote massa van de delicten wordt immers binnen enkele jaren of helemaal niet meer opgehelderd. Ligt de verjaringstermijn ruim na die termijn, dan is daarvan ook nauwelijks een criminogeen effect te verwachten. Waar dat anders is, dat wil zeggen waar opsporing vaker pas na zeer lange termijn plaatsvindt of onverjaarbaarheid wel degelijk preventief werkt, zoals bijvoorbeeld mogelijk bij sommige oorlogsmisdaden, kan dat een goede reden zijn verjaring uit te sluiten.[21] Ook voor het abrupte karakter van de verjaring biedt generale preventie een goede verklaring. Weliswaar kan het vanuit dadersperspectief zuiver 'pech' zijn of men nog net voor het verstrijken van de verjaringstermijn gepakt wordt, uit generaal-preventief gezichtspunt is dit te rechtvaardigen onder de aanname, dat de termijn uit preventief oogpunt effectief is.

Daarbij is nog het volgende aan te tekenen. In de eerste plaats zal ik nog betogen dat strafoplegging een intrinsiek element van *rechtvaardigbare* willekeur in zich heeft. In de tweede plaats is het vanuit generaal-preventief gezichtspunt legitiem het relatief rendement van de inzet van de schaarse middelen van het strafrecht te betrekken bij de bepaling van de lengte van de verjaringstermijn. Naarmate het langer geleden is dat een delict is gepleegd, zal het onbestraft blijven van een delict het vertrouwen in de rechtsorde minder aantasten. In het algemeen

20. Dat geldt overigens ook voor de strafvermindering bij pogingsdelicten. Deze is in Nederland pas in het midden van de vorige eeuw ingevoerd.

21. Zoals Beccaria reeds leerde: Over misdaden en straffen, Zwolle 1981, p. 92.

zal opsporing en berechting van misdaden kostbaarder en lastiger zijn, naarmate het langer geleden is dat het feit gepleegd is.

Vervolgens dan de verhoging van de strafmaat bij samenloop. In de MvT is de verhoging met één-derde van de hoogste strafmaat bij meerdaadse samenloop met twee argumenten gerechtvaardigd. Het eerste argument, dat de marginale kosten van straf voor de dader zouden stijgen, noemde Hazewinkel-Suringa terecht niet sterk.[22] Onderzoek wijst eerder op het tegendeel. Het tweede argument, dat de dader door het uitblijven van straf na het eerste delict gestimuleerd kan zijn nog meer te plegen, vond Hazewinkel al evenmin overtuigend, omdat 'recidive en samenloop beide toch een tot misdaad neigende persoonlijkheid kunnen verraden'.[23] Uit speciaal-preventief gezichtspunt lijkt me het verschil echter duidelijk.[24] De recidivist heeft een ongevoeligheid voor straf getoond, bij meerdaadse samenloop moet dat nog maar blijken. Maar juist daarom is het niet zo duidelijk waarom in geval van meerdaadse samenloop strafverhoging zou moeten plaatsvinden. Waarom niet, zoals in Frankrijk en België, een absorptie-stelsel? Weliswaar zou men kunnen veronderstellen, dat iemand die meerdere delicten pleegt, gevaarlijker is dan iemand die alleen het zwaarste pleegt. Maar waarom als criminele gezindheid het criterium is? Het is toch niet verbazingwekkend, dat wie bereid is een ernstig delict te plegen, ook minder moeite zal hebben met een minder ernstig delict en dat het min op meer toevallig is, of iemand dat wel of niet doet, voordat hij gepakt wordt?

Dat absorptie in principe van de gekke is, is vanuit preventief gezichtspunt natuurlijk duidelijk. Iemand die een bepaald delict gepleegd heeft zou straffeloos lichtere delicten kunnen plegen, zolang hij niet wordt gepakt. In de praktijk werkt een absorptiestelsel dan ook alleen maar, doordat de maximale strafmaten bij enkelvoudig delict niet worden toegepast. De vraag is echter waarom uit generaal-preventief gezichtspunt niet cumulatie van straf de voorkeur zou verdienen. Daartegen pleit, dat de criminogene werking van delicten gedeeltelijk door de frequentie van de daad en gedeeltelijk door de hoeveelheid daders bepaald is. Het vertrouwen in de rechtsorde wordt minder aangetast als blijkt dat vijf delicten door één dader zijn gepleegd dan wanneer vijf delicten door vijf verschillende daders blijken te zijn gepleegd.

Mijn conclusie is derhalve dat ook verjaring en gematigde strafverhoging bij samenloop geen anomalieën zijn in een generaal-preventieve strafrechtvaardigingstheorie, integendeel: generale preventie lijkt juist de beste functionele rechtvaar-

22. Hazewinkel–Suringa, o.c., p. 488.

23. o.c., p. 489.

24. Ook al is het argument op z'n minst dubieus, omdat het van de premisse uitgaat, dat de delinquent een recht op straf heeft ter bescherming tegen zichzelf. Ik zal hieronder betogen dat een dergelijk recht wel bestaat, maar dat dit recht niet speciaal is. Het is hetzelfde recht dat de gemeenschap uitoefent ter bescherming van een ieder tegen eigen en andermans criminele neigingen. Dat de gemeenschap niet snel genoeg heeft kunnen straffen, kan de delinquent de gemeenschap echter niet verwijten. Hij had zichzelf immers kunnen aangeven, een handeling waarvan de beloning in de vorm van strafvermindering eveneens slechts op grond van overwegingen van generale preventie consistent kan worden verdedigd.

diging ervan. In de volgende paragraaf zal ik betogen dat speciale preventie ook niet verenigbaar is met de beginselen van strafrechtvaardigheid.

2.6 Speciale preventie en rechtvaardigheid

'Criminele gezindheid' is niet alleen een vage term, maar hij lijkt ook, gelet op onze strafrechtspraktijk, grotendeels te berusten op een fictie. Cognitieve fouten maakt immers iedereen en wie ze wel of niet maakt, zodanig dat een strafbaar feit het gevolg ervan is, is niet per se of uitsluitend afhankelijk van iemands neiging asociaal te zijn. Maar dat impliceert, dat de verdeling van straf alleen al om die reden betrekkelijk willekeurig is, en dat deze willekeur moet worden gerechtvaardigd. Waarom moet iemand die de door cognitieve factoren bepaalde 'pech' heeft gehad een delict te plegen c.q. er anders dan de meeste anderen voor te worden gepakt, het zich laten welgevallen als afschrikwekkend voorbeeld gebruikt te worden? Wat ik zojuist opmerkte naar aanleiding van niet door bijzondere asociale neigingen bepaalde cognitieve factoren van criminaliteit, geldt in feite ook in niet onbelangrijke mate voor asociale neigingen zelf. Wij weten dankzij het moderne psychologisch en sociologisch onderzoek, dat een groot deel van de criminaliteit bepaald is door omgevingsfactoren en door de particulariteiten van het opsporingsapparaat. Een groot deel van degenen die gepakt worden is niet 'intrinsiek' asocialer ingesteld dan degenen die niet crimineel worden of die er althans niet voor gepakt worden. Waarom dan straffen? Voor de speciale preventie zijn, geen behaviourist zal daaraan twijfelen, verandering van omstandigheden en voorwaardelijke beloningen veel effectiever.[25]

Een tweede reden om te betwijfelen dat speciale preventie een noodzakelijke voorwaarde is van straf, is dat soms de straf voor doeleinden van speciale preventie volstrekt overbodig is. Stel dat iemand door een onachtzaamheid een ander heeft gedood in het verkeer en dat de dader zich geen raad van wroeging weet, alle schade meer dan rechtens noodzakelijk vergoedt, z'n auto afschaft, enz. enz. Geen ander is zo goed speciaal preventief geprepareerd als deze persoon. Aan Crombags eis dat de dader tot leren door bestraffing in staat moet zijn,[26] is dan niet voldaan, want hij heeft al meer dan voldoende geleerd. Het enige doel dat de straf nog kan dienen is de generale preventie. Maar wat rechtvaardigt dan dat deze persoon, die al zo vreselijk gebukt gaat onder de gevolgen van zijn gedrag, deze dienst aan de gemeenschap bewijst? En waarom zou juist zo'n persoon onevenredig vaker strafbehoefte vertonen om te 'boeten' voor zijn daad. Wat betekent 'boeten' in zo'n geval? Is zo'n persoon het slachtoffer van valse retributie-metafysica? Of is het een heel begrijpelijke behoefte, die niet verklaard wordt door psychologische trivia als de (eventueel alleen verbeelde) angst voor de wraak en dergelijke?

Nu betoogd is waarom speciale preventie geen noodzakelijke voorwaarde kan zijn ter rechtvaardiging van straf, zal ik vervolgens beargumenteren, waarom het zelfs

25. De iets langere vrijheidsstraffen vergroten de kans op recidive zelfs.
26. Crombag, o.c., p. 28.

geen voldoende voorwaarde kan zijn. Kan speciale preventie namelijk enerzijds onvoldoende verklaren waarom en hoe we wel straffen, het schiet ook tekort als een verklaring van het achterwege laten van straf. Crombags leerpsychologische theorie van de speciale preventie maakt in principe[27] wel duidelijk waarom straf achterwege dient te blijven bij ontoerekeningsvatbaarheid. Een ontoerekeningsvatbare kan immers niet leren van straf. Een probleem ontstaat echter in het geval van een verminderd ontoerekeningsvatbare delinquent. Die kan immers wel leren van straf en zou, net als de recidivist, zwaarder gestraft moeten worden om hetzelfde leereffect te bewerkstelligen. Het beginsel van de evenredigheid tussen schuld en straf verbiedt dat echter en verplicht tot strafvermindering.

Laten we, nu alleen generale preventie in aanmerking lijkt te komen voor een op de preventiefunctie gebaseerde strafrechtvaardigingstheorie, onderzoeken of Hart gelijk heeft, dat ook generale preventie onverenigbaar is met het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel.

2.7 Generale preventie en de algemene beginselen van strafrecht

De opgave de stelling van Hart te weerleggen houdt in dat we moeten laten zien dat generale preventie a) wel in overeenstemming is te brengen met het rechtsgelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel en b) dat generale preventie als strafdoel als zodanig te rechtvaardigen is.

Het evenredigheidsbeginsel omvat in feite meerdere beginselen. Uit de eis van evenredigheid van schuld en straf is het beginsel geen straf zonder schuld af te leiden voor de grenssituatie van de schuldeloosheid. Dit beginsel impliceert weer een ander, namelijk geen straf zonder strafbaar feit. Het beginsel is bovendien dubbelzinnig als het gaat om de bepaling van de juiste strafmaat. Enerzijds verwijst het naar een intrinsieke relatie tussen delict en de zwaarte van de straf, anderzijds postuleert het een juiste verhouding tussen de zwaarte van de bestraffing van verschillende delicten. Aan die laatste eis kan voldaan zijn, zonder dat ook aan de eerste eis voldaan is, aangezien straffen in het algemeen te hoog of te laag kunnen zijn.

Als we een straf opvatten als het inbreuk maken op subjectieve rechten ten behoeve van de bestrijding van criminaliteit, dan is duidelijk dat een volledige strafrechtvaardigingstheorie ab ovo geïntegreerd dient te zijn in een theorie van poli-

27. In principe, omdat Crombag betoogt, dat ontoerekeningsvatbaren wel degelijk gestraft worden, aangezien ze meestal worden opgesloten en dan nog wel voor onbepaalde tijd. Crombag lijkt het feit dat opsluiting leed veroorzaakt, te verwarren met het beoogde effect ervan, dat niet onmiddellijk gericht is op speciale preventie, even afgezien van het mogelijke directe gevaar dat van een ontoerekeningsvatbare kan uitgaan en dat, ook als nog helemaal geen delict gepleegd is, opsluiting zou kunnen rechtvaardigen. De opsluiting vindt immers plaats met het oog op therapeutische maatregelen. Dat die eventueel leed veroorzaken, impliceert niet dat ze werken doordat ze leed veroorzaken. Dat Crombag hier post hoc-propter hoc redeneert, ligt waarschijnlijk aan het feit, dat hij niet gelooft dat therapie als zodanig enig effect heeft.

tiek en recht. Alleen in zo'n kader kan bijvoorbeeld de vraag worden beantwoord waarom de staat niet alom camera's en afluisterapparatuur mag opstellen, als dat ter preventie of opsporing van criminaliteit nuttig is. Een zuiver leerpsychologisch-utilitaristische fundering van de straf lijkt mij alleen om die reden al tekort te schieten.

Beperken we de discussie echter tot het reactieve deel van de preventie van criminaliteit, dan moeten we erkennen dat niet alleen, zoals in paragraaf 2.5 betoogd is, speciale preventie botst met de beginselen van gelijkheid en evenredigheid, maar dat dit ook lijkt op te gaan voor de generale preventie. Kan generale preventie bijvoorbeeld verklaren, waarom we ontoerekingsvatbaren niet straffen? Gegeven het feit, dat straf niet helpt tegen ontoerekeningsvatbaren, lijkt dat niet zo moeilijk. Toch lijkt er in verband met de ontoerekeningsvatbaarheid wel een probleem te bestaan voor de generaal-preventieve visie. Hart[28] werpt bij wijze van weerlegging van de utilitaristische afleiding van de strafrechtsbeginselen de vraag op of het niet waarschijnlijk is dat niet-bestraffing van dergelijke personen ertoe leidt, dat afbreuk wordt gedaan aan de afschrikkende werking van de straf, doordat toerekeningsvatbare daders hopen een beroep op ontoerekeningsvatbaarheid te kunnen doen. Crombag, die Harts bezwaar in dezen betrekt op de vraag van de grootte van de strafmaat in het algemeen,[29] antwoordt hierop, dat overmatig straffen kan leiden tot extra criminaliteit, omdat de te zwaar gestrafte z'n gram zal proberen te halen. Maar dat is een empirisch antwoord, waarvan de betekenis afhankelijk is van het vermogen de wraak van delinquenten, in casu: de ontoerekeningsvatbaren, te voorkomen. Dat gaat natuurlijk best, want ontoerekeningsvatbaren worden, zoals Crombag zelf zegt, meestal wel opgeborgen. Zelfs al zou er sprake zijn van wraak van de kant van degenen die 'misbruikt' zijn ten behoeve van de generale preventie, kan het nut van het generaal-preventieve effect groter zijn dan het nadeel van de wraak. Aan Crombags antwoord op de door Hart gestelde vraag heeft een theorie van de generale preventie daarom mijns inziens weinig. Ik meen dat op Harts vraag alleen maar kan worden geantwoord, dat zijn probleem een onwezenlijke bewijskwestie betreft. Een soortgelijke vraag kan immers worden opgeworpen ten aanzien van alle situaties waarin het bewijs aanleiding geeft tot twijfel. Een generaal-preventieve theorie van de straf hoeft de maatstaven voor de adequaatheid van strafrechtelijk bewijs echter niet rechtstreeks te laten afhangen van de vraag welke maatstaf het nuttigst is uit het oogpunt van generale preventie. De kosten van veroordeling bij onschuld zijn immers niet zonder meer verrekenbaar met de opbrengsten ervan in termen van generale preventie. Zelfs in een zuiver utilitair kader, dat geenszins het enig denkbare is voor een generaal-preventieve theorie van de straf, zou rekening moeten worden gehouden met andere mogelijke kosten. De kwestie is overigens wel oplosbaar in een zuiver utilitair, generaal-preventief kader. Simulatie en een te lichtvaardig beroep op ontoerekeningsvatbaarheid zou immers met straf bedreigd kunnen worden, waardoor de verzwakking van de preventie wordt gecompenseerd. Daarmee komt men echter al gauw in conflict met het beginsel van procesrecht, dat de verdachte alles ter zijner verdediging mag aanvoeren, wat hij nuttig acht, met

28. Hart, o.c., p. 19.
29. Crombag, Mens rea, o.c., p. 18.

uitzondering van het valselijk beschuldigen van anderen. Dat maakt nogmaals duidelijk hoe ingewikkeld een utilitaire calculus is.

Lijken deze kwesties nog redelijk gemakkelijk op te lossen, andere zijn aanzienlijk lastiger. Al eerder is gezegd dat Hart het een inbreuk op het gelijkheidsbeginsel acht, dat veelal harder gestraft wordt als een delict in sociale frequentie toeneemt. Op individueel niveau lijkt dat inderdaad onrechtvaardig, te meer daar naarmate een delict vaker voorkomt, het in mindere mate zal worden gezien als deviantie, dat wil zeggen als uiting van criminele gezindheid. Daarbij komt nog dat de kwestie van variatie van de strafmaat afhankelijk van de sociale frequentie van een delict, nauw verwant is aan die van de rechtvaardiging van verschillen in strafmaat voor verschillende delicten. Sommige delicten worden duidelijk zwaarder of lichter gestraft dan andere, hoewel ze niet duidelijk ernstiger of zelfs minder ernstige gevolgen lijken te hebben. De generaal-preventieve overwegingen hierbij kunnen zijn dat ze niet zo vaak voorkomen of navolging uitlokken of dat het gemakkelijker is zich ertegen te beveiligen, terwijl soms juist de omgekeerde overweging een rol lijkt te spelen, namelijk dat het moeilijker is een bepaald delict niet te plegen en dat het betrekkelijk veel voorkomt. In beide gevallen kan de achterliggende overweging zijn, dat strafverzwaring betrekkelijk ineffectief en kostbaar is.

Het is duidelijk dat we Hart vooralsnog gelijk moeten geven dat strikte overwegingen van utiliteit onverenigbaar zijn met het gelijkheids- en het evenredigheidsbeginsel. Maar daarmee is nog niet gezegd dat de restricties op die beginselen niet kunnen worden gerechtvaardigd op grond van dezelfde theorie waaruit ook die beginselen worden afgeleid. Hart zal dit overigens niet ontkennen, aangezien hij rechtsbeginselen in het algemeen in een utilitaire theorie meent te kunnen funderen. Dat Hart niettemin van een tegenstrijdigheid tussen doelmatigheid en rechtvaardigheid spreekt, hangt samen met het gegeven dat hij als strikte utilitarist voor de onmogelijke opgave staat een nuttigheidscalculus op tafel te leggen, die zelfs niet beperkt kan zijn tot het strafrecht, aangezien fundamentele rechtvaardigheidsnoties nauw samenhangen met structuurprincipes van het recht als geheel zijn. Zelfs als hij een dergelijke calculatie zou maken, zou het resultaat ervan afhankelijk zijn van empirische contingenties, die historisch variabel zijn. In een tijd waarin het onderscheid tussen science-fiction en werkelijkheid steeds waziger lijkt te worden, fundeert men de sociaal-politieke filosofie aldus op drijfzand. Waarom bijvoorbeeld zo veel gezeurd over rechtsbeginselen, als we met sociaal-, gedrags- en andere technologische middelen de massa van de mensen tot hun volle tevredenheid onder controle zouden kunnen houden?[30] Nog even verder en we zetten het betrekkelijk ineffectieve instrumentarium van het strafrecht helemaal opzij en vervangen het door via de informatietechnologie steeds goedkoper wordende preventieve controle gecombineerd met voorwaardelijke beloningen voor

30. Dat Crombag zich daar duidelijk van bewust is, blijkt uit zijn Leidse afscheidsrede 'De utopische paradox' (De Psycholoog 1988, nr. 23, p. 89–96).

goed gedrag.[31] Wie bezwaren heeft tegen dit soort ontwikkelingen staat op zuiver utilitaristische grondslag mijns inziens niet sterk.

Aangezien ook generale preventie niet onmiddellijk verzoenbaar is met het rechtsgelijkheids- en evenredigheidsbeginsel, is er geen andere mogelijkheid dan te onderzoeken of retributie-theorieën niet ondanks de schijn van het tegendeel ermee verenigbaar zijn. Weliswaar is er geen sprake van enig conflict tussen retributie-theorie en de genoemde beginselen, maar de vraag is of dat niet komt doordat het antwoord op de vraag naar de zin der vergelding nooit anders dan in termen van tamelijk duistere metafysische categorieën is gegeven. Dat geldt naar mijn mening ook voor de beste explicatie van de vergeldingstheorie, die van Leo Polak, die haar in een quasi-psychologisch jasje stak. Niettemin ga ik hieronder nader op zijn theorie en de gebreken daarvan in, omdat een kritiek ervan de weg kan wijzen naar een synthese van generale preventie en retributie in het kader van een algemene theorie van politiek en recht.

3. Straf als eer

3.1 De theorie van Hegel

'Straf als eer' is mijn aanduiding van alle strafrechtvaardigingstheorieën waarin straf in laatste instantie begrepen wordt vanuit het natuurrechtelijk beginsel van het individuele zelfbeschikkingsrecht. De eerste die dat deed was Beccaria, ook al treffen we de gedachte van 'straf als eer' als zodanig bij hem nog niet aan, maar pas in de retributieve straftheorie van Hegel. De opvatting van straf als eer lijkt paradoxaal. Is straf niet een vernedering? Hoe kan een vernedering een eer zijn? Volgens Hegel wordt de misdadiger, als hij gestraft wordt, geëerd als een vrij mens, aangezien hij wordt behandeld volgens de door hemzelf gestelde norm: 'misdaad mag'. Het toebrengen van het leed, dat bij een onschuldig persoon een misdaad zou inhouden, is in het geval van de misdadiger iets waarvoor deze door zijn misdaad zelf toestemming heeft verleend.

De belangrijkste Nederlandse filosoof op het terrein van de strafrechtsfilosofie, Leo Polak, heeft weliswaar straf als eer opgevat,[32] maar toch Hegels theorie verworpen, omdat het door Hegel aan Kant ontleende idee, dat de misdadiger een norm stelt, in feite een idealistische sublimatie van de talio-gedachte is. Polak had echter niet alleen kritiek op Hegel. Hegel zag de straf namelijk ook als het ongedaan maken van het onrecht, als negatief equivalent van het beginsel dat de zedelijke intentie beloning verdient. Volgens Polak anticipeerde Hegel aldus op de ontdekking van de fundamentele ethische wet door Polaks ambtsvoorganger, de vermaarde Groningse filosoof-psycholoog Heymans.

31. Hessing c.s. (zie noot 12) stellen bijvoorbeeld een systeem van voorwaardelijke beloningen voor om belastingfraude tegen te gaan. Een niet-instrumentalistisch denkend jurist zal daar moeite mee hebben, omdat het raar is iemand te belonen voor het feit dat hij de wet gehoorzaamt. Bovendien is de 'beloning' een koekje van eigen deeg, waarop de overheid geen fiscaaltheoretisch rechtvaardigbare aanspraak zou mogen maken, tenzij de beloning volledig betaald wordt uit de opbrengsten van de bestraffing van fraudeurs.

32. Polak, o.c., dl. 2, p. 321.

Wat Hegel volgens Polak ook deels juist gezien heeft als een juiste kern van het primitieve talio-principe, is dat de straf, het toebrengen van op zichzelf genomen onrechtmatig leed, een ironiserende techniek is, een belerende imitatie van het door de delinquent vertoonde gedrag, waardoor deze de ervaring opdoet dat misdaad niet loont: 'de talio kan het geslaagde misdrijf wel niet meer ongedaan maken, maar zij trekt althans het misdadig succes door... tot 's daders fiasco!'[33] Daarmee is echter nog niet duidelijk wat de vorm en inhoud van de straf dient te zijn, opdat aan dat doel adequaat inhoud kan worden gegeven, een onderwerp waarover Hegel in par. 234 van zijn 'Rechtsphilosophie' zegt, dat het eigenlijk geen onderwerp van filosofische reflectie is.

Talioniserende vergelding, zoals die bij Kant en Hegel (en hun talrijke volgelingen) is aan te treffen, lijdt volgens Polak aan twee grondfouten. In de eerste plaats wordt van de misdadiger gevraagd dat te derven, wat deze een ander derven deed. Daarmee wordt een eis van volmaaktheid gesteld, die geen algemene eis van het recht is. Men mag een ander bijvoorbeeld nadeel berokkenen door concurrentie. In de tweede plaats vereist de talio strikte equivalentie. Wat van rechthebbende genomen wordt, moet teruggegeven worden. Maar de waarde van het genomene zal subjectief variëren. Ook is niet duidelijk wat er nog te compenseren valt *boven* hetgeen al langs civielrechtelijke weg compenseerbaar is. De straf reageert bovendien niet op het specifieke karakter van een delict. Zowel diefstal als moord wordt met vrijheidsstraf gestraft. Vrijheidsstraf zou bij strikte equivalentie alleen toelaatbaar zijn na wederrechtelijke vrijheidsberoving. Als de overheid de norm van de misdadiger overneemt als grondslag van de bestraffing, zou deze bovendien na bestraft te zijn kunnen recidiveren, zonder dat hem daar op consistente wijze enig verwijt van zou kunnen worden gemaakt.

3.2 Heymans karakterpsychologie en het strafrecht

Volgens Polak is de enig juiste grondslag voor de rechtvaardiging van de straf de door Heymans geformuleerde psychologische wet der zedelijkheid, die zegt dat het goede beloning verdient, terwijl het kwade moet worden voorkomen of, als dat niet lukt, zoveel mogelijk ongedaan moet worden gemaakt. Het goede is de altruïstisch gemotiveerde handeling, het kwade de (uitsluitend) egoïstisch gemotiveerde handeling. Zedelijk handelen sluit egoïstische motieven niet uit, maar het dient transegoïstisch te zijn, dat wil zeggen dat handelen alleen zedelijk te billijken is, als de rechtvaardiging ervan onafhankelijk is van het bijzondere persoonlijke belang van de handelende. Heymans zag het (on)zedelijk gedrag, net als Polak, als uiting van een psychologisch verankerde karaktertrek. Aan de neiging tot onzedelijkheid is men overigens volgens Heymans niet zonder meer overgeleverd, omdat de psyche ook over andere, bijvoorbeeld meer of minder ontwikkelde verstandelijke middelen beschikt om die neiging te onderdrukken. Dit neemt echter niet weg, dat het gedrag volgens hen volledig gedetermineerd is.

Hoewel Polak de karakterpsychologie van Heymans heeft overgenomen, is Heijmans er zijns inziens niet in geslaagd haar te verzoenen met de specifieke

33. Polak, o.c., p. 222.

kenmerken van het strafrecht als typisch *vereffenende* rechtvaardigheid. Heymans had volgens Polak geen antwoord gegeven op de vraag waarom handelingen en niet reeds het karakter, dat tot crimineel gedrag aanleiding geeft, voldoende grond tot (preventieve) strafoplegging geeft. We kunnen iemand al haten of liefhebben om een bepaalde zedelijke karaktertrek, die niet in een handeling tot uiting is gekomen, maar bijvoorbeeld in een emotionele uitbarsting. Behoefte aan strafvergelding is er echter pas als iemand strafbaar handelt. Omgekeerd kan men iemand blijven haten om z'n slechte karakter, aldus Polak, ook als hij z'n straf heeft ondergaan. De vergeldingsbehoefte is echter gedelgd als de straf is ondergaan.

Zou Heijmans zich daarentegen op de vergeldingstheorie willen beroepen door de straf te beschouwen als een compensatie voor de bevrediging van onzedelijke verlangens, dan zou, aldus Polak, strafoplegging in geval van poging niet kunnen worden verklaard, omdat in dat geval van bevrediging geen sprake is. Bovendien reageert, bij het voltooide delict, de straf niet op de specifieke onzedelijke neiging. De straf zou daardoor hooguit preventie, maar niet vergelding kunnen dienen.

3.3 Polaks objectiveringstheorie

Polak knoopt in z'n eigen theorie van de straf aan bij het typisch economisch element dat in de vergeldingsgedachte zit, het idee dat de dader via de straf boete doet en dat daarmee het delict vereffend is. Wat is het dan dat de straf op een met schadevergoeding vergelijkbare wijze compenseert? Wat maakt de straf precies ongedaan? Welk voordeel heeft de dader genoten, dat hij aan de rechtsorde terug dient te betalen? De dader, aldus Polak, heeft behagen geschapen in een onrechtmatige handeling, die een normaal, fatsoenlijk mens, leed zou hebben doen ondergaan. De straf compenseert dit onrechtmatige voordeel, dat de dader zich meende te kunnen permitteren. De straf wil de dader duidelijk maken, dat hem een dergelijk voordeel rechtens niet toekomt. Niet de variabele subjectieve waarde van het delict is bepalend voor de strafmaat, maar dat wat een op het standpunt van de rechtsorde staand burger aan straf verdiend acht, het 'geobjectiveerde' leed: de hoeveelheid leed die de fatsoenlijke staatsburger zou ondergaan, als hij een dergelijk delict gepleegd zou hebben of anders geformuleerd: de hoeveelheid leed die hij bereid zou zijn te ondergaan om een delict *niet* te hoeven plegen.

Kisch heeft opgemerkt, dat Polak de indruk wekt dat zedelijke genoegdoening als gevolg van straf gebaseerd is op jaloezie: de dader mag niet gelukkiger zijn dan de rechtsgenoten, die wel gehinderd worden door zedelijke scrupules. Dit zou een mogelijke kritiek op Heymans kunnen zijn, maar niet op Polak.[34] Polak ziet straf namelijk als eer omdat de straf niet de dader iets afpakt, wat aan de rechtsgenoten

34. I. Kisch, (Bespreking van) De zin der vergelding, Algemeen Nederlands Tijdschrift voor Wijsbegeerte 44 (1952), p. 193–207. Ik vraag mij overigens af of bij Polak, die al op 12-jarige leeftijd het joods geloof was afgevallen, niet toch de joodse opvatting van de straf heeft doorgewerkt. Anders dan in de christelijke opvatting, waarin god alleen het individu verantwoordelijk stelt, heeft een jood een direct belang bij het zedelijk gedrag van z'n geloofsgenoten. De joodse wet mag soms onbegrijpelijk zijn, zij moet gehoorzaamd worden, omdat god daarmee de trouw van het uitverkoren volk op de proef stelt. Een ongehoorzaam individu brengt niet alleen zichzelf in gevaar, maar het hele volk.

behoort, maar hem iets afpakt, wat hem, als hij zich weer op het standpunt van de rechtsorde zou willen stellen, niet zou mogen toekomen. De straf bewijst de *dader* een dienst, doordat deze via de straf een quantum leed heeft ondergaan, dat een normaal burger zou ervaren als hij gedaan had wat de dader gedaan heeft. Het ondergaan van de straf maakt, met andere woorden, geloofwaardig dat de delinquent zich weer op het standpunt van de rechtsorde zou kunnen willen stellen. Als de straf is uitgediend, geeft de samenleving hem dit crediet.

Hoewel de kritiek van Kisch niet terecht is, is zij wel begrijpelijk. Waarom zijn de rechtsgenoten immers verplicht de delinquent weer te accepteren na afloop van de straf? Polak zegt dat door de 'betaling' van de straf een 'belangenharmonisering' optreedt. Maar welk concreet belang heeft de één erbij, dat de ander leed ondergaat? Op welke concrete wijze betaalt de delinquent iets aan de samenleving terug, door de straf te ondergaan? Volgens Polak wordt de onzedelijke vreugde van de delinquent via de straf gecompenseerd door de vreugde van de rechtsgenoten, dat de misdaad niet 'geloond' heeft. Maar welk nut heeft deze 'Schadenfreude'? Aan het verdriet over de concrete ellende die het (potentiële) gevolg is van het gepleegde feit verandert het niks. En nog belangrijker: welk recht heeft men op deze 'Schadenfreude'? Het door Heymans gepostuleerde bestaan van een psychologische zedewet, volgens welke onzedelijkheid blaam en straf, zedelijkheid beloning verdiend, is eventueel een *feit*, maar een psychologisch feit rechtvaardigt op zichzelf genomen niks. Door de vergeldingsbehoefte tot een psychische wetmatigheid te bombarderen, geeft men wetenschappelijk cachet aan iets, dat even ongerechtvaardigd blijft als tevoren.[35] Omgekeerd geeft Polak, die in zijn kritiek op Heymans terecht wijst op het handelingskarakter van het delict, geen enkele reden waarom niet ook andere uitingen van onzedelijke neigingen strafrechtelijk zouden *mogen* worden bestreden. Ook deze kunnen bij een fatsoenlijk mens leed veroorzaken. Polak merkte terecht op dat de talio-theorie eisen stelt aan de mens, die we overigens niet stellen in het recht. Verklaard moet echter worden, waarom we dat niet doen.[36]

Polaks theorie biedt ook geen verklaring voor de bestraffing van aan cognitieve factoren toe te schrijven delicten. Iemand die er ten onrechte van uitgaat dat een bepaald gevolg van z'n handelen wel niet zal intreden of er zelfs helemaal niet aan gedacht heeft, maakt primair een cognitieve en niet een zedelijke fout. Ook is zeer wel mogelijk dat de dader geen enkel voordeel had van z'n daad, doordat ook de beoogde, op zichzelf genomen niet onzedelijke gevolgen van de handeling

35. Beklijven gedachten aan plaatsen? Knigge betoogde in zijn in noot 3 vermelde Groningse oratie dat straf alleen maar als expressie van afkeuring te rechtvaardigen is. Van de vraag, waarom die afkeuring gekoppeld wordt aan leedtoevoeging, maakt hij zich af. Dat is de 'aard van het beestje' (p. 9), waarvan 'de essentie wordt gevormd door het irrationele' (p. 12). De leerling volgt kennelijk het spoor van de meester in de sprong van zijn naar behoren. Van Veen schreef in zijn dissertatie 'Generale Preventie' (Den Haag 1949, p. 227): 'Wij hebben onder generale preventie een functie van de straf verstaan, die inhaerent aan haar is en derhalve geen rechtvaardiging behoeft'.

36. Zo moeilijk is dat uiteraard niet: egoïstisch gedrag kan nuttig zijn, dat wil zeggen in het objectief belang van anderen, het toegebrachte leed kan niet-objectiveerbaar zijn of het is mogelijk zich ertegen te weren met andere dan juridische middelen. Dit zijn overwegingen van politieke en sociaal-economische aard, waar Polak zich niet mee heeft beziggehouden.

zijn uitgebleven, en dat hij gekweld wordt door een groot schuldgevoel, waarbij de verontwaardiging van de rechtsgenoten in het niet valt. Ik kan niet inzien welke goede grond de rechtsgenoten dan nog zouden hebben om op basis van de door Polak gestelde maatstaf straf te vorderen. Polak stelt dan ook dat met de wroeging van de dader in de strafmaat rekening dient te worden gehouden. De consequentie van dat standpunt lijkt te zijn, dat als de wroeging maar groot genoeg is, straf achterwege kan blijven. Daarmee wordt de objectiveringstheorie echter wel akelig subjectief van aard. Emotionele instabiliteit bijvoorbeeld zou aldus immers kunnen worden beloond op een wijze, die moeilijk verenigbaar is met het gelijkheidsbeginsel. Polak doet aldus ook geen recht aan de mogelijke functie van de straf voor juist de door wroeging gekwelde dader: zich van z'n schuldgevoelens enigszins te kunnen ontlasten, doordat hij er *publiekelijk* voor geboet heeft. Als het er alleen maar om zou gaan de dader leed toe te voegen, is niet in te zien welke speciale functie dit publieke element van de straf heeft.

Het psychologistische kader dat Polak van Heymans heeft overgenomen, blijkt te knellend om de sociaal-politieke elementen (vereffenende objectivering) te verantwoorden, die Polak bij wijze van kritiek op Heymans naar voren had gebracht. Daarbij komt, dat we tegenwoordig voor de verklaring van criminaliteit weinig betekenis meer toekennen aan psychologische factoren. Het al dan niet tot misdaad vervallen heeft in het algemeen weinig met 'de persoon' van de dader te maken. Nog veel minder geldt dat voor wie als zodanig wordt aangemerkt, want dat hangt niet alleen af van de toevalligheden van de situatie, maar ook van het al dan niet door beperkte vermogens uitgelokte selectief gedrag van opsporings- en berechtingsinstanties. Ook zijn wij ons meer dan ooit bewust van het de speciale preventie frustrerende effect van vrijheidsstraf.

Dit moderne inzicht in het onpersoonlijke karakter van de meeste criminaliteit, de betrekkelijke willekeurigheid van de distributie van straf en het criminogene effect van sommige vormen van strafoplegging, is in strijd met de karakterpsychologische benadering van de straf, die aansluit bij het idee van de tegenstelling tussen de – als zodanig min of meer geboren – fatsoenlijke burger en de immorele misdadiger. De beperkingen die we ons in het strafrecht opleggen, zijn in principe in ieders belang, want iedereen is potentieel crimineel. Als het betrekkelijk willekeurig is wie crimineel wordt en – nog meer – wie als zodanig wordt bestraft, wordt echter ook de vraag naar de rechtvaardiging van de straf klemmender. Polaks idee dat de dader met de straf een dienst wordt bewezen, komt op de tocht te staan, tenzij zijn idee van het economisch karakter van de straf, niet psychologisch-idealistisch, maar sociologisch-realistisch wordt geduid naar het inzicht van Durkheim, dat de misdadiger ook de samenleving een dienst bewijst. Die dienst bestaat in de reparatie van het op de afschrikkende werking van de straf gebaseerde vertrouwen in de rechtsorde, een vertrouwen dat door het gepleegde delict is aangetast. Wordt de straf op deze wijze opgevat, dan is er ook geen sprake meer van een principiële tegenstelling tussen retributie- en preventietheorie van de straf, aangezien de retributie nu juist de vorm aanneemt van een compenserende bijdrage aan de aan de preventie toegebrachte schade. Polaks besef van het economisch karakter van de straf was juist, zijn psychologische interpretatie ervan verkeerd.

We zullen dienen na te gaan of een dergelijke theorie, die ik in de volgende paragraaf verder zal uit- en onderbouwen, een antwoord geeft op de kwesties die boven bij wijze van zijn opgeworpen in verband met de mogelijkheid generale preventie als strafdoel te verenigen met de beginselen van gelijkheid en evenredigheid.

4. Strafrecht als element van recht als tweede orde moraal

4.1 Natuurrecht en sociale orde

De toegang tot dit terrein van de strafrechtvaardiging via de politieke filosofie (zie noot 2) leidde bij mij tot een rechtvaardiging van de straf, die in het kort op het volgende neerkomt: het strafrecht is één van de voor de handhaving van natuurlijke rechten noodzakelijke collectieve goederen, die zeker in een moderne samenleving alleen tot stand kunnen komen via een publiekrechtelijke orde.[37] De belanghebbenden zijn zowel daders als de andere rechtsgenoten, die potentiële daders zijn en dit laatste des te meer, naarmate de strafrechtsorde slechter functioneert. De dader boet voor z'n vergrijp door de generale preventie te versterken en in *ruil* daarvoor (vereffening) kan de samenleving hem weer als volledig rechthebbend burger accepteren. Het strafrecht, aldus opgevat, is een in economisch opzicht zinvol compromis tussen ieders belang bij bescherming tegen rechtsschending door anderen en de kosten van bestraffing, waaronder die van de kans dat men zelf gepakt zal worden voor het plegen van een delict. De sterkte van die neiging is door een reeks van factoren bepaald, waarvan een groot aantal niet in een psychologisch-wetenschappelijke zin aan de dader kunnen worden toegerekend. Het strafrecht kan daarom m.i. het beste begrepen worden als een collectieve verzekering met enig eigen risico (voor het geval men als dader gepakt wordt) tegen de gevolgen van (in ieder geval in objectieve zin) asociaal gedrag, waarbij ieder zowel als potentieel slachtoffer als als potentieel dader optreedt. De hier beschikbare ruimte laat niet toe nader te betogen, waarom de op het standpunt van de rechtsorde staande burger een dergelijk, door de overheid te administreren strafrecht dient te accepteren. De argumenten die ik daar in mijn in noot 2 vermelde publicatie voor aanvoer, zijn deels gebaseerd op een dialogisch afgeleid natuurrecht en deels op het mede speltheoretisch gemotiveerde inzicht, dat een sociale orde niet kan functioneren zonder bepaalde collectieve voorzieningen, waaronder het strafrecht.[38]

4.2 Preventie en strafmaat

Een probleem van theorieën die bouwen op de preventieve functie van straf is dat ze de door Nozick[39] gestelde vraag dienen te beantwoorden, waarom er dan maar niet altijd zo hard mogelijk dient te worden gestraft, opdat de preventie maximaal

37. Anders F. van Dun, Openbare orde, politie en anarchie: over de overbodigheid van gelegaliseerd onrecht, in: A.W. Heringa en N. Verhey, Publiekrechtelijke bewegingen, p. 1–28.
38. Men zie H. Kerkmeester, Recht en Speltheorie, Lelystad 1989.
39. R. Nozick, Anarchy, State and Utopia, Oxford 1974, p. 61.

zij. Afgezien van de mogelijkheid dat 'te zware' straf averechtse reacties kan oproepen, zijn er twee heel goede redenen, waarom wij er de voorkeur aan geven te zoeken naar enige beperking en 'evenredigheid' in de strafmaat. De eerste is dat straffen soms duur is, met name als de delinquent wordt opgeborgen, waarbij ook rekening gehouden moet worden met alle secundaire kosten voor de samenleving. Belangrijker is echter wederom het generale karakter van de strafdreiging in ogenschouw te nemen. Iedereen in een technologisch geavanceerde en door een hoge mate van sociale interdependentie en mobiliteit gekenmerkte maatschappij pleegt bijna onvermijdelijk misdaden, al is het maar in culpoze vorm. Zou straf mateloos zijn, dan zou er alras geen mens meer overblijven om te bestraffen en de samenleving zou als gevolg van angst voor straf desintegreren. Zo gezien is het strafrecht niet alleen een vereffening van de schuld van de dader, maar ook een verdiscontering van de natuur van de mens, een gevallen en regelmatig vallende engel, alsmede van het feit, dat de vraag wie valt of niet, in sterke mate situatief en sociaal bepaald is.

Daarmee is nog niets gezegd over het juiste niveau van de afschrikking. Ook daaromtrent lanceerde Polak een interessante gedachte: de strafmaat zou bepaald dienen te worden door wat de normale burger ervoor over zou hebben om een bepaald misdrijf *niet* te hoeven plegen. Volgens Polak was deze prijs bepaald door de zedelijkheidsgevoelens van de normale burger. In plaats er vanuit te gaan dat de 'normale' burger de niet of nauwelijks bestaande 'brave' burger is, is het realistischer de homo economicus van Hirshi's bindingstheorie[40] tot uitgangspunt te nemen. Dit is een in principe evenzeer tot daderschap als slachtofferschap geneigd persoon die de kosten van beide aspecten van criminaliteit tegen elkaar afweegt. De strafmaat dient te liggen op het punt waar voor de grote massa van de burgers het positief saldo van misdaad (de gemiddelde opbrengst van het delict minus de pakkans maal de primaire (het directe strafleed) en secundaire gevolgen ('opportunity-costs') van straf) duidelijk kleiner is dan de waarde van niet-gepakt worden en niet-slachtoffer worden (kans op slachtofferschap maal de schade). Daarbij dienen in de schade ook de maatschappelijke kosten van bestraffing te worden verdisconteerd en wel zodanig dat het strafrecht alleen gehanteerd wordt zolang alternatieve vormen van geoorloofde preventie van misdaad duurder zijn. Op individueel niveau dient dan nog rekening te worden gehouden met ziekelijke ongevoeligheid voor strafdreiging. Een delinquent die daaraan lijdt, geniet immers niet de bescherming tegen eigen criminele neigingen die de normale burger aan het strafrecht kan ontlenen. Pleegt hij een strafbaar feit, dan kan van hem ook slechts een retributie worden verlangd die evenredig is aan de eventueel nog resterende strafgevoeligheid.

De homo economicus die een effectieve rechtsorde wenst, zal de strafmaat bepaald willen zien op een niveau, waarop het saldo van het effect aan preventie minus de kosten van bestraffing maximaal is. Om dat te kunnen doen, moet de

40. Men zie voor een introductie: J. Junger-Tas, De theorie van de sociale controle of sociale binding, Tijdschrift voor Criminologie, 1985, p. 244–265. Voor een inleiding in de economische theorie van de straf kan verwezen worden naar H. Franken, Strafrecht en strafrechtspleging, in: R.W. Holzhauer/R. Teijl e.a., Inleiding rechtseconomie, Arnhem 1989, p. 203–226, alsmede naar J.J.M. Theeuwes e.a., Recht en economie, Amsterdam 1989, p. 161–200.

homo economicus uiteraard geïnformeerd zijn over z'n maatschappelijke positie. Aangezien die posities aanzienlijk verschillen kan als redelijke normatieve positie die als uitgangspunt genomen worden, waarin misdaad niet noodzakelijk is als – om met Crombag te spreken – 'een manier van overleven'. Deze maatstaf heeft een omgekeerd klasse-justitie effect, doordat de kans op dader- en slachtofferschap voor de lagere klassen, ook rekening houdend met de financiële mogelijkheden tot niet-strafrechtelijke preventie van criminaliteit en tot verzekering tegen criminaliteitsschade, hoger is. Het gezichtspunt van degene die op het sociaal-economisch minimum leeft, is ook daarom van speciaal belang, omdat deze een rechtsbelang heeft door de misdaad van anderen niet onder het welvaartsniveau te geraken, waarop het om redenen van overlevingskansen te moeilijk wordt de verleiding van misdaad te weerstaan.

Al deze theoretische bepalingen nemen uiteraard niet weg dat strafmaten in de praktijk gebaseerd zijn op nat vingerwerk. In de eerste plaats zijn er vele delicten van niet-vermogensrechtelijke aard, waarvan de preventiewaarde wat moeilijker te bepalen is. Principieel onmogelijk is het echter niet. De vraag bijvoorbeeld wat iemand er voor over heeft om de kans te verkleinen dat hij vermoord wordt, is goed te vergelijken met de vraag wat mensen er voor over hebben om geen dodelijk ongeluk in het verkeer te krijgen.[41] In de tweede plaats worden de maatstaven wazig, doordat het besef over pakkansen en de omvang van straffen, afgezien van min of meer professionele criminelen en in gevallen van triviale criminaliteit (parkeerbonnen bijvoorbeeld), erg diffuus is. Het belangrijkste is dat het idee blijft bestaan dat er een reële kans op straf is. Valt dat vertrouwen weg, dan breekt de hel los.[42] Naarmate oorzaken van criminaliteit in een samenleving sterker werken, zal enerzijds meer strafdreiging noodzakelijk zijn om deze tegen te gaan, anderzijds zullen de kosten daarvan stijgen. Het is duidelijk dat het hier in laatste instantie om een politiek oordeel gaat: met hoeveel criminaliteit is een samenleving bereid te leven? 'De' samenleving bestaat echter niet. De één zal meer bescherming gerechtvaardigd achten dan de ander. Rechtseconomisch gezien is het echter juist te stellen, dat iedere samenleving evenveel criminaliteit kent als zij 'verdient'. Het hangt van de individuele en collectieve preferenties af welk niveau van preventie als optimaal wordt ervaren. De enige maatstaf op grond waarvan de collectieve discussie over de investeringen in strafpreventie en -repressie kan worden geleid, is dat aan ieders door het strafrecht te beschermen belangen even-

41. De in de literatuur aan te treffen mening, dat 'irrationele' misdaad, zoals de 'crime passionel', zich niet zou lenen voor economische analyse, berust m.i. op de door Crombag terecht aangevallen verwarring van 'bewust' met 'rationeel'. Strafdreiging kan uiteraard wel degelijk verhinderen dat 'passies' iemand tot criminaliteit drijven. Zelfs is niet uitgesloten, dat strafdreiging het uitbreken van krankzinnigheid kan verhinderen, hoewel ook het omgekeerde mogelijk is, namelijk dat strafdreiging dit juist bevordert. Om deze reden moet de categorie 'ontoerekeningsvatbaarheid' in het strafrecht gehanteerd worden in termen van strafgevoeligheid.

42. Voorbeelden daarvan komen we tegen op het moment dat het licht in grote steden uitvalt, als de politie staakt of bepaalde criminaliteit min of meer categorisch negeert, zoals bij ons in het geval van fietsendiefstallen. Sommige strafrechtsgeleerden lijken de mening toegedaan te zijn, dat straffen niet helpen of het er eerder erger op maken. Dit komt doordat zij speciale en generale preventie verwarren of, als ze dat niet doen, doordat ze kennelijk niet weten dat de generaal-preventieve werking van straffen door onderzoek redelijk goed ondersteund wordt.

veel publieke middelen worden besteed en wel in verhouding tot de mate waarin ze worden bedreigd. Op die manier is weliswaar niet het absolute niveau, maar wel de rechtvaardigheid van de distributie bepaald.

Daarnaast is er uiteraard ook nog zo iets als een natuurlijk minimumniveau, dat zich manifesteert als het gebrek aan rechtsbescherming leidt tot toenemende eigenrichting. Eigenrichting is vanuit het gezichtspunt van de rechtsorde veelal dubbel onrecht: een gebrek aan rechtsbescherming van het slachtoffer gevolgd door een gebrek aan rechtsbescherming voor de dader. Grijpt het al te ver om zich heen, dan zijn we weer waar we in theorie begonnen waren: Hobbes' 'war of all against all'.

4.3 Rechtsgelijkheid en evenredigheid

Bezien we vervolgens de fundamentele beginselen van materieel strafrecht, zoals geformuleerd door Hart. Uit de door mij in navolging van Van Dun[43] dialogisch afgeleide natuurrechtelijke positie volgen de beginselen van gelijkheid en evenredigheid, die zich laten verenigen in het beginsel dat straf verdiend is naar de mate waarin deze noodzakelijk is voor de reparatie van de afschrikwekkende werking van straf, waardoor door het plegen van het delict afbreuk is gedaan. Zo opgevat kan de strafmaat ook variëren afhankelijk van de maatschappelijke omstandigheden (de omvang van de delinquentie van een bepaald soort in een bepaalde periode) en de bijzondere kenmerken van de dader, bijvoorbeeld bestaand in ontoerekeningsvatbaarheid. De grondslag van de strafrechtelijke aansprakelijkheid is de autonomie van het individu als algemeen rechtsbeginsel. Empirisch-wetenschappelijk heeft dit beginsel niet meer zin dan dat in individuele gevallen zelden sociale en psychische oorzaken zijn aan te wijzen, die voldoende verklaring geven voor het crimineel gedrag van een individu. Zolang de ratio en het gedragscontrole-vermogen van de dader niet gestoord is, kan het gedrag alleen aan hem en niet aan de omstandigheden of aan anderen worden toegerekend.

Het strafrecht is door z'n in z'n beginselen ingebouwde beperkingen echter een systeem van beperkte aansprakelijkheid, een ruilmechanisme, zoals Polak zo scherp gezien had. Het strafrecht verzekert iedereen tegen de mogelijkheid dat de situatie ertoe leidt, dat hij, al dan niet (mede) als gevolg van een cognitieve fout, een (in objectieve zin) asociale impuls niet kan onderdrukken en daarbij bovendien nog de 'pech' heeft, gepakt te worden. Dat niettemin straf wordt opgelegd, is te rechtvaardigen doordat alleen zo de rechtsorde in stand gehouden kan worden. Daartegenover staat het rechtsburgerlijk eerherstel van de delinquent via het ondergaan van de straf. De door mij verdedigde theorie knoopt aldus aan bij de contractstheoretische fundering van de straf door Beccaria. Hoewel de sociale contractstheorie als zodanig onhoudbaar is, is zij wel degelijk speltheoretisch-economisch reconstrueerbaar als een metaforische expressie van de rationaliteit van een sociale orde waarin de machtsverhoudingen zodanig zijn dat iedereen als vrij en gelijk voor de wet kan gaan gelden.[44]

43. F. van Dun, Het fundamenteel rechtsbeginsel, Antwerpen 1983.
44. Zie H. Kerkmeester, Recht en speltheorie, o.c.

Op deze basis kunnen ook anders dan bij Hart schijnbare afwijkingen van dit beginsel worden verklaard, zoals de variatie van de zwaarte van de straf binnen de daartoe de rechter gegeven grenzen afhankelijk van zowel de in het delict tot uitdrukking gekomen gevaarlijkheid van de dader én de actuele bedreiging die van een bepaald soort delicten uitgaat. Voor de individuele dader c.q. de speciale preventie is dit wellicht een onbelangrijk gegeven, maar de noodzaak de preventie van dat soort delicten op een bepaald niveau te houden is precies het theoretisch gelegitimeerde doel van het strafrecht. Objectief doet iemand meer afbreuk aan het vertrouwen in de rechtsorde als het delict toch al de pan uit dreigt te rijzen, dan wanneer het delict minder vaak voorkomt.

In mijn theorie is anders dan bij Crombag en Polak ook begrijpelijk, dat juist een reeds door grote schuldgevoelens gekwelde dader behoefte aan straf zou kunnen hebben. Door de afschrikwekkende werking van de straf te versterken door hem te ondergaan, compenseert hij de in dat opzicht door hem aangerichte schade. Ook het feit dat een dader die meer voordeel heeft bij eenzelfde delict, minder zwaar gestraft wordt, is begrijpelijk. Iemand die om frivoler redenen delinquent is, vertegenwoordigt immers een groter gevaar voor de rechtsorde. Het omgekeerde geldt voor de kwestie van de (verminderde) ontoerekeningsvatbaren. Van dezen gaat geen of minder de generale preventie schadende voorbeeldwerking uit, juist omdat de strafdreiging op hen niet of slechts in verminderde mate kan werken. Dat is dan ook de reden dat van hen geen of slechts een verminderde retributie ter instandhouding van de afschrikwekkende werking van de straf wordt gevorderd.

4.4 Strafmodaliteiten

De gegeven straftheorie heeft ook consequenties voor de strafmodaliteit: de straf mag niet meer kosten dan wat uit het oogpunt van generale preventie gerechtvaardigd is. Dit impliceert dat als boetes, mede gelet op secundaire gevolgen, goedkoper zijn dan vrijheidsstraffen en niet minder effectief uit het oogpunt van generale preventie, deze de voorkeur verdienen. Het omgekeerde geldt echter evenzeer en mutatis mutandis kan dezelfde redenering worden gevolgd voor alternatieve straffen. Speciaal-preventieve overwegingen zijn dus wel degelijk van groot belang als kostenfactor, hoewel ze niet het primaire doel van het strafrecht uitmaken. De kosten van toenemende recidive moeten steeds worden afgewogen tegen de eventuele baten van extra generale preventie. Speciale overwegingen zijn ook legitiem in die zin dat straffen mogen variëren met het oog op een gelijke zwaarte ervan gemeten aan het doel van de preventie. Een parkeerboete bijvoorbeeld betekent in termen van preventie voor een miljonair niks. De enige reden om dat soort tarieven niet inkomensafhankelijk te variëren is dat de kosten van de koppeling aan belastinggegevens te hoog zouden worden.

Ten strengste verboden zijn alle de fysieke en psychologische integriteit van de delinquent schadende dwangmaatregelen, voorzover deze niet strikt noodzakelijk zijn voor de beveiliging van anderen. Dit volgt uit het feit dat het doel van de straf niet alleen de generale preventie is, maar ook de herintegratrie van de delinquent in de samenleving. Preventie wordt door inhumane straffen mogelijk

wel gediend, maar ze dreigen de individuele autonomie blijvend aan te tasten, terwijl de kosten van dit soort straffen niet objectiveerbaar zijn, aangezien ze al gauw de waarde oneindig kunnen bereiken (voor geen som ter wereld zou ik mij bijvoorbeeld laten martelen[45]). De individuele autonomie is de grondslag van straf als eer,[46] en deze mag door de strafoplegging niet fundamenteel worden aangetast.[47]

45. Men trekke daaruit niet de verkeerde conclusie, dat iemand die iemand anders gemarteld heeft, niet (voldoende) zou kunnen worden bestraft. Adequate preventie vereist immers geen talio.

46. Deze verzet zich ook tegen maatregelen en voorwaardelijke beloningen, als deze daarop een inbreuk maken. Het beginsel van de indivuele autonomie fundeer ik niet utilitaristisch, maar dialogisch.

47. Hoewel, zoals Polak overtuigend heeft aangetoond, de doodstraf geen straf in eigenlijke zin is, volgt daaruit niet dat deze – als maatregel – altijd ongeoorloofd zou zijn. Als het geoorloofd is om spionnen en saboteurs in oorlogstijd te executeren, zie ik niet in op welke principiële gronden terroristen in 'vredestijd' dat lot niet zouden mogen delen. Ik betwijfel overigens of dat verstandig is, aangezien terroristen wel eens nog heel wat driester zouden kunnen optreden, als ze er toch het leven bij inschieten indien ze worden gegrepen.

P.J.P. Tak

DNA en Leijtens dilemma

Een van de centrale doelen van de bewijsgaring tijdens het onderzoek ter terechtzitting is de vaststelling van de identiteit van de dader van het telastegelegde strafbare feit.

In deze bijdrage wil ik enkele opmerkingen maken over de identiteitsvaststelling met behulp van technische identificatiemethoden, in het bijzonder over de betrouwbaarheid van die methoden. Het onderwerp van deze bijdrage is ingegeven door het feit dat op het moment dat ik dit schrijf (juni 1990) de commissie Herijking Wetboek van Strafvordering (commissie Moons) een voorstel voor een ontwerp van wet voorbereidt dat de strafvorderlijke bevoegdheid schept een inbreuk op de lichamelijke integriteit van een verdachte van een misdrijf te maken teneinde een DNA-onderzoek te laten plaatsvinden. Dit DNA-onderzoek is een geavanceerde methode voor daderidentificatie. Maar hoe betrouwbaar is die methode? Die vraag stelde Jan Leijten ook al, lang voordat het DNA-onderzoek in Nederland zich in een ruimere belangstelling mocht verheugen. In 1989 kwamen berichten in de pers dat het met die betrouwbaarheid tegenviel; in de Verenigde Staten van Amerika bleken regelmatig vals-positieve uitkomsten voor te komen.

Alleszins reden om eens na te gaan hoe het staat met de betrouwbaarheid van het DNA-onderzoek. Ter versiering, bij een verjaardag horen immers ook slingers, zeg ik ook nog iets over de voorgangers van het DNA-onderzoek, de leugendetector en de stemanalyse.

Veelal vindt een identificatie plaats door middel van getuigenbewijs. Getuigen verklaren dat zij de verdachte het strafbare feit hebben zien begaan. Door het verschaffen van nadere bijzonderheden over de verdachte, fysieke kenmerken, kleding, wijze van lopen, etc., dragen zij materiaal aan voor het identificatieproces dat afgerond wordt met het oordeel van de rechter dat de terechtstaande verdachte al dan niet de dader is.

Op het eerste oog lijken ooggetuigen bij uitstek aangewezen om bouwstenen voor dat identificatieproces te kunnen leveren. Toch leert de ervaring dat ooggetuigen lang niet altijd betrouwbare verklaringen afleggen, hoe eerlijk ze ook zijn. Ooggetuigen kunnen een vertekend beeld van de werkelijkheid geven door een foutieve interpretatie van de feiten.[1] In de strafvorderlijke literatuur en in tal van rapporten van commissies die zich bezighielden met methoden van daderidenti-

1. Voorbeelden daarvan zijn volop te vinden in G.L. Wells/E.F. Loftus (eds.), Eyewitness testimony; psychological perspectives, Cambridge University Press, Cambridge 1984.

ficatie zijn waarschuwingen inzake de vermeende betrouwbaarheid van getuigenverklaringen dan ook volop te vinden. Maar vooral ook van de kant van psychologen wordt wel stof tot twijfel aan de betrouwbaarheid aangedragen.[2] Zo oefende Wagenaar in zijn recente boek *Het herkennen van Iwan* kritiek uit op het gebruik van getuigenbewijs, omdat vanuit de psychologie van waarneming en geheugen bezien de betrouwbaarheid van ooggetuigen problematisch is. Hij somt een vijftigtal voorwaarden op waaraan zijns inziens zal moeten zijn voldaan, wil op een zorgvuldige wijze het identificatieproces afgewikkeld kunnen worden.[3]

Die kritiek richt zich niet alleen op verklaringen van ooggetuigen, maar ook op andere identificatievormen, zoals foto-identificatie of de keuzeconfrontatie via bijvoorbeeld de Oslo-methode.

In dit licht is het dan ook niet vreemd dat technische identificatiemethoden sterk in de belangstelling staan; daarvan wordt een meer objectieve en betrouwbare uitkomst verwacht.

Gaan we enkele decennia terug in de geschiedenis, dan zien we dat er vooral gewerkt werd met technieken die erop gericht waren de van een strafbaar feit verdachte persoon zelf actief te laten meewerken aan de identificatie van de dader. Met hulpmiddelen als de leugendetector, het toedienen van waarheidssera of het toepassen van narco-analyse werd getracht objectieve informatie te krijgen over die dader. Men trachtte op deze wijze in de vermoede ketting tussen verdachte en dader de ontbrekende schakel te vinden.

Vooral in de Verenigde Staten van Amerika hebben deze nieuwe methoden ingang gevonden, zij het niet zonder slag of stoot. Talloze publikaties over de al dan niet betrouwbaarheid van bijvoorbeeld de leugendetector hebben het licht gezien.[4] Ofschoon de laatste jaren met dit hulpmiddel grote ervaring is opgedaan – de methode wordt onder andere op zeer grote schaal gebruikt bij personen die werkzaam zullen zijn in geclassificeerde functies bij overheidsinstellingen – is de betrouwbaarheid in strafzaken[5] door het ontbreken van voldoende wetenschappelijke basis voor de methode nog zeer omstreden.[6]

Een andere identificatiemethode die op ruimere schaal gebruikt wordt, is die van de stemafdruk. Uitgangspunt daarbij is de veronderstelling dat iedere individu een uniek spraakpatroon heeft. Sinds het begin van de jaren zestig verkeerden deskundigen in de mening dat de technische mogelijkheden voor daderidentificatie door middel van stemafdrukvergelijking gelijk zouden zijn aan die door middel van de vingerafdruk; een stemafdruk gemaakt van een bandopname van bijvoor-

2. Zie o.a. E.F. Loftus, Eyewitness testimony, Cambridge Mass., Harvard University Press 1979.

3. W.A. Wagenaar, Het herkennen van Iwan: De identificatie van de dader door ooggetuigen van een misdrijf, Swets & Zeitlinger, Amsterdam 1989.

4. De meest recente publikatie is van Stan Abrams, The complete polygraph handbook, Lexinton Massachusetts/Toronto 1989.

5. Zie o.a. M. Delvo, Der Lügendetektor im Strafprozess der USA, (diss.) Athenäum Verlag, Königstein 1981.

6. Aldus het Office of Technology Assessment van het Amerikaanse congres, getiteld: Scientific Validity of Polygraph Testing; A research review and evaluation, Washington 1983, p. 102.

beeld een bommelding of kidnapping zou dan vergeleken kunnen worden met een stemafdruk van de aangehouden verdachte. In de van het stemgeluid gemaakte afdrukken – spectrogrammen of voice-prints – zouden punten van overeenkomst gevonden kunnen worden die, naarmate het aantal punten van overeenkomst groter zou zijn, met toenemende mate van zekerheid de verdachte als dader zouden kunnen identificeren.

Nadat het 'sound spectrogram' in 1966 voor het eerst in een Amerikaanse strafzaak ter identificatie van een dader was gebruikt, verschenen in de eerste helft van de jaren zeventig publikaties waarin de toelaatbaarheid van deze stemafdrukken voor het bewijs nader werd onderbouwd[7] of heftig werd bestreden.[8]

Een deskundige bij uitstek en auteur van een veel geciteerd standaardwerk op dit terrein, Oscar Tosi, waarschuwt ervoor kritiekloos de resultaten van identificatie via de stem voor het bewijs te bezigen: 'aural/spectrographic speech sample examination is not infallible and not foolproof'. Mits goed uitgevoerd door ervaren onderzoekers die zich houden aan de normen vastgesteld door de International Association of Voice Indentification is echter de kans op fouten, zo stelt hij, uitermate gering.[9]

In een officieel rapport[10] van de door de National Research Committee in juli 1976 ingestelde Comittee on Evaluation of Sound Spectrograms, waarin o.a. geharnaste voorstanders van de toelaatbaarheid van voice prints zoals Greene en Tosi zitting hadden, wordt echter onomwonden geconcludeerd dat het bewijs van betrouwbaarheid van stemidentificatie verkregen in laboratoriumsituaties niet zonder meer leidt tot dezelfde graad van betrouwbaarheid in forensische situaties. De mate van onzekerheid over de karakteristieke elementen die de ene stem van de andere onderscheiden en het gebrek aan inzicht in de spreiding van de aanwezigheid van deze karakteristieken over de verschillende bevolkingsgroepen maken de commissie huiverig positief te oordelen over de bruikbaarheid van de stem als identificatiemiddel in forensibus.[11]

Voor zover ik heb kunnen nagaan, zijn bovengenoemde technische identificatiemethoden niet of nauwelijks toegepast in het Nederlandse strafproces.[12] Al halverwege de jaren vijftig is er in Nederland sprake van een algemeen gevoelen dat afwijzend staat tegenover de toepassing van deze technieken. Dat gevoelen is enerzijds ontstaan onder invloed van de idee dat een delinquent geen object van onderzoek mag zijn,[13] anderzijds omdat van deskundige zijde reeds toen getwij-

7. Ik noem slechts E.B. Block, Voiceprinting; How the law can read the voice of crime, New York 1975; D.M. Greene, Voiceprint identification: The Case in favor of admissibility, American Law Review 1975, p. 171–200.

8. O.a. W. Jones, Danger... Voiceprints ahead, American Law Review 1973, p. 549–573.

9. O. Tosi, Voice Identification. Theory and legal applications, University Park Press, Baltimore 1979, p. 135–150.

10. On the theory and practice of voice identification, National Academy of Sciences, Washington 1976.

11. O.c., p. 38–49.

12. W. Froentjes, Hoofdstukken uit de Criminalistiek, Gouda Quint, Arnhem 1985, p. 120.

13. Zie hiervoor in het bijzonder Th.W. van Veen, In hoeverre en onder welke voorwaarden mag de delinquent object zijn van strafrechtelijk onderzoek en zorg, TvS 1958, p. 153–178.

feld werd aan de waarde van de fysio-psychologische bewijsvoering.[14] De jarenlange ervaring opgedaan met de onderscheiden technieken in de Verenigde Staten heeft niet tot een herziening van het afwijzende standpunt geleid.

Omtrent een van de nieuwste technieken om tot daderidentificatie te kunnen geraken, de zogenaamde DNA-vingerafdruk methode, is de meningsvorming over de toelaatbaarheid nog in volle gang.

De DNA-vingerafdruk methode is een uiterst complexe en zeer geavanceerde manier om, aan de hand van een vergelijking van de DNA-structuur van het op de plaats van het delict of op het slachtoffer achtergelaten celmateriaal van de dader met de DNA-structuur van het door de verdachte afgestane celmateriaal, vast te kunnen stellen of het op de plaats van het delict gevonden celmateriaal van hem afkomstig is.

In iedere cel, met uitzondering van de rode bloedcel, zit DNA. DNA is het materiaal waarvan onze chromosomen zijn gemaakt, het materiaal dat de genetische code in zich draagt dat ieder mens tot een uniek individu maakt.

De DNA-molecule bestaat uit een paar miljard basenparen, waarvan de opbouw combinaties van basenparen te zien geeft, die telkens in verschillende aantallen herhaald worden (zgn. tandemsequentie). In het DNA van persoon A bijvoorbeeld komt op een bepaalde plaats in de DNA-keten een bepaalde combinatie 13 keer voor, iets verder 250 maal, weer iets verder 380 keer, etc. Bij persoon B is dat bijvoorbeeld resp. 29 keer, 190 keer en 560 keer. Die herhalingsfrequentie is bij ieder mens anders.

Voor het DNA-onderzoek wordt allereerst de DNA uit het celmateriaal gehaald. Vervolgens wordt met een restrictie-enzym, een soort gen-technologisch schaartje, de DNA-keten op een dusdanige manier geknipt, dat de tandemsequentie intact blijft. Deze DNA-fragmenten worden op een gel gebracht die onder spanning wordt gezet en aangezien basen negatief geladen zijn, worden zij naar de positieve pool getrokken waarbij de langere fragmenten zich in de gel trager voortbewegen dan de korte, omdat ze groter zijn. Dit proces heet electroforese. Door middel van een techniek die bekend staat als Southern Blotting worden alle DNA-fragmenten van de gel overgebracht op een nylon membraan. Met een radioactieve probe worden uit al die DNA-fragmenten bepaalde fragmenten gekozen voor het vergelijkend onderzoek. Deze fragmenten geven na ontwikkeling van een daarvan gemaakte film een bandenpatroon te zien. Door de fragmentverdeling (die op een streepjescode lijkt) van twee patronen met elkaar te vergelijken door middel van meting van de afstanden tussen de banden, kan vastgesteld worden of de DNA-structuur van het ene celmateriaal gelijk is aan die van het andere celmateriaal.

Naast deze methode van DNA-fingerprinting zijn er nog andere. Een aantal Amerikaanse laboratoria heeft een methode ontwikkeld waarin niet gekeken wordt naar tandem-herhaalde DNA-fragementen, maar juist naar combinaties die

14. Zie o.a. J.E. Jonkers, Juridische aspecten van de fysio-psychologische bewijsvoering, en B. Stokvis, Medische aspecten van de fysio-psychologische bewijsvoering, resp. in TvS 1956, p. 29–44 en 45–58.

maar één keer in de DNA-keten voorkomen. Dat onderzoek levert dus minder banden op.

In het licht van de geschiedenis van de hierboven behandelde identificatiemethoden zal het geen bevreemding wekken dat een centraal punt bij de DNA-methode de vraag vormt in hoeverre die DNA-methode betrouwbaar is. Het valt daarom des te meer op dat die vraag in de Europese landen die de resultaten van het DNA-onderzoek als bewijs in strafzaken toelaten en gebruiken, niet of nauwelijks werd gesteld.[15] In Engeland bijvoorbeeld, waar tot nu toe enkele duizenden DNA-vingerafdrukken voor forensisch gebruik zijn gemaakt – alleen al in de geruchtmakende Pitchfork case[16] werden van meer dan drieduizend personen DNA-vingerafdrukken gemaakt voordat men de werkelijke dader van twee kort na elkaar gepleegde moorden kon traceren – vinden we in de strafrechtelijke literatuur tot nu toe geen enkele kanttekening inzake de betrouwbaarheid.

Dit geldt niet voor de Nederlandse literatuur en dat is mede te danken aan de jarige, aan wie deze bundel wordt opgedragen. Aan het prille begin van het gebruik van bewijs ontleend aan deze methode in de Nederlandse stafprocedure uitte Leijten reeds twijfels omtrent de absolute betrouwbaarheid van dit onderzoek. Ik laat hem even aan het woord: 'hoewel ik dat helaas niet kan beantwoorden, lijkt me zo'n zekerheid bijna niet van deze aarde en ik wacht de komst af van de eerste hooggeleerde publikatie die het absolute waarheidsgehalte van de DNA-proef op de tocht stelt'.[17]

Leijten schreef dat omstreeks november 1988. Nog geen jaar later lijkt hij op zijn wenken te worden bediend. Wederom blijken het de Verenigde Staten te zijn waar de DNA-identificatiemethode aan een uiterst kritisch en zeer langdurig onderzoek door deskundigen is onderworpen. Volgens de Amerikaanse rechtspraak – Frye vs the United States, 293 F 1013 – mag de rechter resultaten van nieuwe en geavanceerde onderzoeksmethoden slechts voor het bewijs laten meetellen wanneer die methode algemeen geaccepteerd is in wetenschappelijke kringen. 'The thing from which the deduction is made must be sufficiently established to have gained general acceptance in the particular field in which it belongs.' Deze zgn. Frye Standard, geformuleerd door het Supreme Court in een zaak waarin het OM het bewijs dat aan onderzoek met een leugendetector was ontleend wilde gebruiken, geldt ook in geval het OM het bewijs ontleend aan een DNA-onderzoek ter zitting wil gebruiken.

Sinds 1987 zijn in de Verenigde Staten in meer dan 1000 strafzaken DNA-prints gemaakt. Dat wil evenwel niet zeggen dat ook in even zovele zaken de resultaten van dat DNA-onderzoek ter zitting voor de bewijsvoering zijn gebruikt. In het merendeel van de gevallen leidde de uitkomst van de DNA-test ertoe dat

15. Zie mijn DNA en Strafproces, Gouda Quint, Arnhem 1990.

16. Een uitvoerige beschrijving van deze cause célèbre is te vinden in J. Wambaugh, The Blooding, New York, Bantambooks 1988.

17. J. Leijten, Inverzekeringstelling, afgeknipte haren en DNA-onderzoek, NJB 1988, p. 1481–1482.

de verdachte tot een *guilty plea* kwam en de rechter op de zitting niet aan de Frye test toekwam. Dat was anders in de geruchtmakende Castro case.[18]

Op 5 februari 1987 werden Vilma Ponce en haar twee jaar oude dochtertje in hun appartement in de Bronx door messteken om het leven gebracht. Naar aanleiding van binnengekomen tips ondervroeg de politie een in de buurt wonende klusjesman, Jose Castro. Tijdens die ondervraging ontdekte een rechercheur op het horloge van Castro enkele bloedvlekjes. Castro beweerde dat dit zijn eigen bloed was. Het horloge werd in beslag genomen en voor een onderzoek opgestuurd naar een van de commerciële laboratoria, Lifecodes Corporation, met de vraag te onderzoeken of de DNA-structuur van het op het horloge aangetroffen bloed overeenkwam met die van het bloed van Vilma Ponce. Op 22 juli 1987 berichtte het laboratorium aan de District Attorney dat de kans dat de DNA-structuur van het bloed op het horloge niet identiek was aan dat van het slachtoffer een op de honderdmiljoen was. Het rapport maakte in het geheel geen melding van enige moeilijkheid of twijfel bij de interpretatie van de gegevens. Castro bekende echter geen schuld. Aangezien de Officier van Justitie niet ter zitting en ten overstaan van de jury geconfronteerd wilde worden met twijfels over de vraag of de DNA-methode gezien kan worden als 'generally accepted as reliable by the scientific community' en de raadsman er evenzeer belang bij had dat de jury niet beïnvloed zou worden door de resultaten van het onderzoek, ook al zou komen vast te staan dat deze onbetrouwbaar waren, vond een zgn. pre-trial Frye hearing plaats voor de Bronx County Supreme Court Justice, Mr Gerald Sheindlin. In een twaalf weken durend onderzoek werden van de zijde van het OM en de verdediging eindeloze hoeveelheden schriftelijke stukken voor en tegen DNA-onderzoek geproduceerd en werden ettelijke deskundigen gehoord, die zich moesten uitspreken over de betrouwbaarheid van resultaten van het DNA-identificatie-onderzoek in het algemeen en over de betrouwbaarheid van het resultaat van onderzoek in de Castro-zaak in het bijzonder.

Tijdens de Frye hearing werd zonneklaar dat bij de laboratoriumtest en bij de interpretatie van de resultaten grote fouten waren gemaakt. Zo kwamen bijvoorbeeld op de DNA-print van het bloed op het horloge vijf banden voor waarvan er maar drie gelijk waren aan die van het slachtoffer. De aanwezigheid van de twee overige banden kon door het laboratorium niet verklaard worden. Iets soortgelijks was het geval in de vergelijking van de DNA-print van bloed op het horloge en bloed van het dochtertje. Ook dit werd in het rapport van het laboratorium niet vermeld en leidde zelfs niet tot controletests. De kansberekening was alleen gebaseerd op banden die in beide prints voorkwamen. Daarbij was geen rekening gehouden met banden die op de ene print wel en op de andere niet voorkwamen.

18. Over deze zaak en alles wat daarbij mis gegaan is, is reeds een stortvloed van publikaties verschenen. Ik heb gebruik gemaakt van de volgende publikaties: E.A. Lander, DNA fingerprinting on trial, Nature, Vol. 339, 1989, p. 501–505; A. Anderson, Judge backs technique, Nature, Vol. 340, 1989, p. 582; R.M. White, Developments and DNA, Fingerprinting and the Law, Scolag 1990, p. 24–28; W.C. Thompson/S. Ford, Is DNA fingerprinting ready for the courts?, New Scientist, 31 March 1990, p. 38–43; en P.J. Neufeld/Neville Colman, When science takes the witness stand, Scientific American, May 1990, p. 18–25. Lander was in de Castro-zaak de kroongetuige–deskundige van de verdediging. Neufeld was een van de verdedigers.

Dat leidde tot een kansberekening die door de deskundigen als volstrekt absurd werd getypeerd. Voorts bleek Lifecodes de vergelijking van de banden niet via algemeen aanvaarde meetmethoden te hebben uitgevoerd, maar via visuele vergelijking. Justice Sheindlin oordeelde dan ook 'that the testing laboratory failed in its responsibility to perform the accepted scientific techniques and experiments in several major respects'.[19] Hij accepteerde het door Lifecodes aangedragen bewijs dat het op Castro's horloge gevonden bloed *niet* van Castro was, maar achtte de conclusie dat het bloed van de slachtoffers zou zijn, niet acceptabel als bewijs.

Van groot belang is echter dat Sheindlin eveneens vaststelde 'that there is unanimity amongst all scientists and lawyers as well that DNA identification is capable of producing reliable results'.[20] Dit laatste betekent dat de DNA-test als identificatiemethode de toets van de Frye test naar het oordeel van de rechter heeft kunnen doorstaan.[21]

Uit het voorgaande mag wel volgen dat Leijten zich niet geheel ten onrechte onbehaaglijk voelt bij het feit 'dat degenen die met deze proef moeten werken: advocaten, leden OM en rechters, die absolute betrouwbaarheid op gezag van anderen moeten aannemen, terwijl zij daaraan strafrechtelijke consequenties moeten verbinden'.[22]

Uit de Castro-zaak zal de Nederlandse wetgever, zo hij van mening is dat het DNA-onderzoek een plaats moet krijgen in onze strafprocedure, lering moeten trekken. Niet volstaan zal kunnen worden met een wettelijke regeling van de gronden waarop en de gevallen waarin het van een verdachte gevraagd zal kunnen worden een inbreuk op zijn lichamelijke integriteit toe te laten en een regeling van waarborgen, die moeten garanderen dat die inbreuk zorgvuldig plaatsvindt. Voor de acceptatie van resultaten van DNA-onderzoek voor het bewijs zal onder meer moeten worden geregeld welke onderzoeksmethode moet worden gebruikt, welke controlemechanismen moeten worden ingebouwd, welke kwaliteitseisen moeten worden gesteld aan het laboratorium dat voor justitie die onderzoeken gaat uitvoeren, op welke wijze de resultaten van het onderzoek moeten worden gemeten en welke factoren bij de kansberekening moeten worden meegeteld.

De wetgever zal bij het opstellen van die uitvoeringsregeling hoofdzakelijk moeten steunen op het gezag van deskundigen op het terrein van het DNA-onderzoek. De inbreng van juristen zal daarbij gering zijn.

Leijtens dilemma zal daarmee niet geheel opgelost zijn, maar met die wettelijke waarborgen zal hij hopelijk in lengte van jaren kunnen leven.

19. New York Supreme Court, County of Bronx, Indictment 1508/87, Judgment of 16 August 1989.

20. Judgment, p. 8.

21. Overigens pleitte Castro op 15 september 1989 alsnog schuldig aan de moord op Vilma Ponce en haar dochtertje en gaf hij toe dat het bloed op het horloge niet van hem was.

22. Inverzekeringstelling, afgeknipte haren en DNA-onderzoek, o.c., p. 1481.

Nawoord

In januari 1991 verscheen een rapport van de commissie Herijking Wetboek van Strafvordering met een voorstel van wet waarin een regeling voor het gebruik van DNA-onderzoek in strafzaken is uitgewerkt.[23] Uit de toelichting op het voorstel blijkt dat intussen het gerenommeerde Office of Technology Assessment van het Amerikaanse Congres een omvangrijk rapport heeft gepubliceerd waarin een groot aantal technische en juridische aspecten van het DNA-onderzoek voor forensische doeleinden zijn behandeld.[24] Voor zover het de vraag van de validiteit en de betrouwbaarheid van het DNA-onderzoek betreft stelt het rapport dat 'The OTA finds that forensic uses of DNA tests are both reliable and valid when properly performed and analysed by skilled personnel'. Aan deze constatering wordt evenwel in een adem toegevoegd dat 'Standards (voor dat gebruik, PT) are necessary if high quality DNA forensic analysis is to be ensured'. In het voorstel van wet van de commissie Moons is voorzien dat de methode van DNA-onderzoek bij of krachtens AMvB zal worden vastgesteld (art. 195a lid 5 Sv).

23. Het DNA-onderzoek in strafzaken. Een rapport van de commissie Herijking Wetboek van Strafvordering, 's-Gravenhage 1991.

24. Genetic Witness. Forensic uses of DNA tests, p. 7 en 10.

7

Civiele rechtspleging

S.C.J.J. Kortmann

Onrechtmatige civiele rechtspraak

Rechterlijke 'blunders'

1. 'Het is niet direct een voor de hand liggende fout of vergissing maar wie onzer, ouder geworden, niet minstens een vergelijkbare blunder heeft gemaakt is volmaakt of heeft niet veel aan de weg getimmerd'.

Dit citaat is niet afkomstig van een politicus of een ondernemer. Het zijn de woorden van A-G Leijten in een conclusie uit 1987 naar aanleiding van een geval waarin een politierechter onbevoegd – in strijd met art. 376 lid 1 Sv – een gevangenisstraf van zeven maanden, waarvan twee voorwaardelijk, had opgelegd.[1] Rechters zijn niet volmaakt en aangezien zij gehouden zijn recht te doen – art. 844 e.v. Rv regelen hun aansprakelijkheid in geval van rechtsweigering – moeten zij ook aan de weg timmeren. Vergelijkbare 'blunders' worden dus door rechters gemaakt. Een arrest uit 1985[2] betrof een zaak waarin de rechtbank appellant niet-ontvankelijk had verklaard, omdat zijn vordering beneden de toenmalige appelgrens van *f* 1500 bleef. De rechtbank had echter over het hoofd gezien dat ter zake van een ongesplitst in conventie en reconventie gewezen vonnis de appellabiliteit wordt bepaald door de optelsom van de vorderingen in conventie en reconventie. Deze was hoger dan *f* 1500, zodat Leijten het cassatiemiddel gegrond achtte. Als een rechtbank een rode blos op de wangen kan krijgen, zal dit na lezing van Leijtens conclusie ongetwijfeld zijn gebeurd. Hij schrijft over de 'optelsom': 'dit is zó gangbare leer, dat ik mij veroorloof niet al de vindplaatsen in de gebruikelijke handboeken op te sommen, die daaromtrent hetzelfde vaststellen. Wel vermeld ik HR 14 februari 1935, NJ 1935, p. 1484 e.v. waar het allemaal helder bij elkaar staat.' En in een opiniebijdrage in het NJB[3] vergelijkt Leijten de fout van deze rechtbank met een soortgelijke misser van een advocaat. De laatste werd veroordeeld de proceskosten uit eigen beurs te voldoen. Leijten denkt niet dat de rechters in genoemd geval uit eigen beurs in de kosten zijn veroordeeld of eigener beweging aandrang hebben gevoeld deze kosten te betalen.

In de gepubliceerde jurisprudentie kan men zonder veel moeite andere gevallen vinden waarin sprake is van rechterlijke misslagen. Bij wijze van voorbeeld noem ik enige willekeurig gekozen civielrechtelijke uitspraken: het niet naar de eis der wet motiveren van een beslissing;[4] fouten van de rechter dan wel de griffie,

1. HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 841, nt. MS en C.
2. HR 18 oktober 1985, NJ 1986, 70.
3. NJB 1986, p. 222.
4. HR 4 maart 1988, NJ 1989, 4, nt. WHH; HR 25 maart 1988, NJ 1989, 3, nt. WHH.

waardoor justitiabelen de toegang tot de appelinstantie wordt onthouden;[5] veronachtzaming van de beginselen van hoor en wederhoor.[6] Pikant is een voorbeeld uit de Belgische rechtspraak dat ik niet onvermeld wil laten. Door verwarring van twee vennootschappen, waarvan de namen sterk op elkaar leken, werd de verkeerde vennootschap in staat van faillissement verklaard.[7] Van hetzelfde kaliber is het geval waarin het hof per abuis een in de vorm van een 'uitspraak' vastgelegde beslissing aan de pers toezendt, maar het voor partijen bestemde exemplaar vóór verzending heeft teruggenomen; vervolgens doet het hof uitspraak in tegengestelde zin.[8] Als laatste voorbeeld van een rechterlijke fout noem ik hier het geval dat de rechter niet binnen een redelijke termijn uitspraak doet. Volgens het Europese Hof voor de rechten van de mens levert dit schending van art. 6 EVRM op.[9]

2. Naar mijn indruk levert de Nederlandse rechter in de regel goed werk. Niettemin heeft Leijten gelijk wanneer hij stelt dat wij allemaal – ook de rechter – wel eens een forse steek laten vallen. 'Blunders' – of liever wat neutraler: fouten – van de rechter kunnen schade voor de justitiabele veroorzaken. Moet de benadeelde deze schade zelf dragen of kan hij de Staat of de rechter persoonlijk aanspreken? Lange tijd was er in literatuur en rechtspraak sprake van een grote eensgezindheid bij de beantwoording van deze vraag. Op uiteenlopende gronden werd de aansprakelijkheid van de Staat van de hand gewezen. Bij de rechter maakt de burger met een schadevergoedingsactie vrijwel geen kans. Ruim vijf jaar geleden heb ik mij geschaard in de korte rij van schrijvers die aansprakelijkheid van de Staat voor rechterlijke fouten niet zo streng willen uitsluiten.[10] Deze rij is intussen langer geworden.[11] In zijn 940 pagina's tellende dissertatie besteedt de Belgische auteur Van Oevelen uitvoerig aandacht aan het Engelse, het Nederlandse, het Belgische en het

5. HR 17 december 1953, NJ 1954, 78; Hof 's-Hertogenbosch 21 januari 1965, NJ 1966, 73; HR 26 juni 1981, NJ 1982, 450; HR 25 september 1981, NJ 1982, 451; HR 25 september 1981, NJ 1982, 452; HR 27 november 1981, NJ 1982, 577; HR 11 december 1981, NJ 1982, 578; HR 2 april 1982, NJ 1982, 579, nt. WHH; Rb. Arnhem 17 maart 1984, NJ 1984, 663, nt. WLH; HR 13 oktober 1989, NJ 1990, 495; HR 17 november 1989, NJ 1990, 496, nt. JBMV.

6. HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242.

7. Zie hierover de Belgische dissertatie van A. van Oevelen, De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht, Antwerpen–Apeldoorn/Brussel 1987, nr. 200.

8. HR 18 april 1990, RvdW 1990, 83.

9. EHRM 25 juni 1987, NJ 1990, 231, nt. EAA.

10. S.C.J.J. Kortmann, De civielrechtelijke aansprakelijkheid voor onjuiste wetsuitleg, oratie Nijmegen, Deventer 1985; tot de voorstanders behoorden tevens onder meer: C.J. van Zeben, Van Opstall-bundel, 1972, p. 207 e.v.; A-G Berger in zijn conclusie bij HR 3 december 1971, NJ 1972, 137; J.R. Stellinga, TBP 1972, p. 155 e.v., Militair Rechtelijk Tijdschrift 1978, nr. 11/12; C.A.J.M. Kortmann, bundel Rechtspleging 1972, p. 95 e.v.; T. Hoogenboom, Duk-bundel, 1984, p. 91 e.v.; J.W.H. Blomkwist, AA 1972, p. 281–288.

11. J. Spier, Onrechtmatige overheidsdaad, Studiepocket privaatrecht nr. 28, 1987, p. 60 e.v.; idem, Onrechtmatige rechtspraak?, NJB 1990, p. 65/66; P. van Gorkum, Niet toewijzen kosten dagvaarding een onrechtmatige daad, De Gerechtsdeurwaarder 1987, p. 115–119; J.E.F.F.M. Duynstee, Rechtspraak en aansprakelijkheid, TREMA 1989, p. 21/22; idem, Civiele bespiegelingen naar aanleiding van de zaak Capuano, TREMA 1990, p. 203 e.v.; A. Hammerstein, Aansprakelijkheid voor fouten van de rechter, TREMA 1990, p. 136 e.v. Vgl. ook Michiels van Kessenich–Hoogendam, Onrechtmatige daad (losbladig), VIII, nrs. 147 e.v. en VII, nr. 266. Anders J.M. Polak, WPNR 5817 (1987), die niet 'gelooft in' aansprakelijkheid van de Staat voor fouten van de rechter en zeer twijfelt aan de noodzaak van een wettelijke regeling.

Franse recht, en behandelt iets minder uitgebreid het Duitse en Italiaanse recht. Zijn conclusie is 'dat, behalve in Engeland, in de onderzochte rechtsstelsels het beginsel van de niet-aansprakelijkheid van de Staat voor het onrechtmatig optreden ofwel niet (meer) bestaat ofwel heel wat minder absoluut wordt geformuleerd dan in België het geval is'.[12] Ten aanzien van het Belgische recht komt hij tot de slotsom dat een principiële afwijzing van overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht niet alleen op technisch-juridische gronden, maar ook vanuit maatschappelijk oogpunt niet (langer) houdbaar is.[13]

Hierna wil ik aandacht besteden aan de aansprakelijkheid naar Nederlands recht voor schade ten gevolge van fouten van de burgerlijke rechter. Aansprakelijkheid voor fouten van de strafrechter komt elders in deze bundel aan de orde. Aldus wordt een bijdrage geleverd aan de verwerkelijking van Leijtens voorspelling dat de aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige rechtspraak in de toekomst mogelijk een 'hot item' zal worden.[14] Voordat ik aan dit 'hot item' toekom, zal ik eerst enkele kanttekeningen maken bij de overheidsaansprakelijkheid in het algemeen en die voor daden van bestuur en wetgeving.

Grondslag overheidsaansprakelijkheid

3. De buiten-contractuele aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatig handelen wordt in ons land algemeen erkend. Men kan daarbij onderscheid maken al naar gelang de staatsfunctie waarom het gaat (trias politica). Onrechtmatige handelingen van de uitvoerende macht – de administratie – genieten reeds lange tijd ruime belangstelling. De aandacht voor het leerstuk van onrechtmatige wetgeving is van recentere datum, terwijl de onrechtmatige rechtspraak nog een 'hot item' moet worden. In alle drie de gevallen gaat het om een vraagstuk van overheidsaansprakelijkheid, om de vraag of de Staat – al dan niet naast degene die persoonlijk heeft gehandeld – aansprakelijk is voor een daad van respectievelijk bestuur, wetgeving of rechtspraak.

Indien de gedraging van de feitelijk handelende – al dan niet een orgaan van de Staat – een fout inhoudt, kan het zijn dat deze fout aan de Staat moet worden toegerekend – er is sprake van vertegenwoordiging – en dat de Staat aansprakelijk is uit hoofde van onrechtmatige daad. Rechtens gaat het dan om een aansprakelijkheid voor een eigen onrechtmatige gedraging. Op de Staat kan voorts een kwalitatieve aansprakelijkheid rusten uit hoofde van art. 1403 lid 3 BW/6:170 NBW, indien de feitelijk handelende een ondergeschikte van de Staat is. Bovendien kan de Staat volgens het nieuwe recht kwalitatief aansprakelijk zijn voor fouten van zijn vertegenwoordiger (art. 6:172 NBW).

Aansprakelijkheid van de Staat en/of de handelende persoon

4. Voor de eventuele aansprakelijkheid van de Staat is nodig dat de handelingen

12. O.c., nr. 850.
13. O.c., nr. 854.
14. Zie conclusie van A-G Leijten bij HR 26 februari 1988, NJ 1989, 2.

van de handelende persoon – hierna ook: functionaris – kunnen worden toegerekend aan de Staat of dat er op de Staat voor deze handelingen een kwalitatieve aansprakelijkheid rust. Toerekening van handelingen aan de Staat vindt plaats indien zij in het maatschappelijk verkeer hebben te gelden als handelingen van de Staat.[15] Het in de rechtspraak gehanteerde orgaan-criterium[16] dient niet naast het criterium van het maatschappelijk verkeer te worden gesteld, maar kan onder dit laatste criterium worden gebracht.[17] Gedragingen van organen van de Staat gelden in de regel als gedragingen van de Staat, zeker wanneer de organen deze binnen de formele kring van hun bevoegdheid hebben verricht.[18]

Indien er sprake is van vertegenwoordiging – de fout van de feitelijk handelende geldt als fout van de Staat – vindt er een zekere vereenzelviging plaats van de Staat met zijn vertegenwoordiger. Het overgrote deel van de schrijvers wil deze vereenzelviging niet zover doorvoeren dat de aansprakelijkheid van de vertegenwoordiger zelf daardoor in beginsel vervalt.[19] De – schaarse – rechtspraak zit op hetzelfde spoor. Beslissend daarbij is of de benadeelde de functionaris onbehoorlijk persoonlijk gedrag kan verwijten.[20] In oudere rechtspraak was de rechter terughoudender met het aannemen van persoonlijke aansprakelijkheid van een natuurlijke persoon, wiens handelen rechtens gold als handelen van de rechtspersoon.[21] Deze rechtspraak heeft mijn voorkeur. Zij is dogmatisch aantrekkelijker en sluit beter aan bij de maatschappelijke realiteit. Volgens een algemene regel van vertegenwoordigingsrecht treft de voor de vertegenwoordigde verrichte handeling in haar gevolgen de vertegenwoordigde (vgl. art. 3:66 lid 1 jo. art. 3:78 NBW). In geval van toerekening van een vertegenwoordigingshandeling aan de vertegenwoordigde valt de vertegenwoordiger er als het ware tussenuit. Er zijn mijns inziens onvoldoende redenen om reeds van deze regel af te wijken indien een onrechtmatige gedraging van de vertegenwoordiger wordt toegerekend aan de vertegenwoordigde en aan de vertegenwoordiger onbehoorlijk gedrag kan worden verweten. De heersende opvatting heeft te weinig oog voor de maatschappelijke eenheid die de rechtspersoon, in casu de Staat, vormt. Slechts zelden wordt de functionaris aansprakelijk gesteld voor daden die rechtens gelden als daden van het vertegenwoordigde overheidslichaam. Is het in overeenstemming met de

15. Vgl. HR 6 april 1979, NJ 1980, 34, nt. CJHB, AA 1980, p. 250, nt. PvS.

16. Dit criterium wordt ontleend aan HR 10 juni 1955, NJ 1955, 552, nt. LEHR, AA 1955/1956, p. 145, nt. CP. Dit arrest handelt over de toerekening aan een privaatrechtelijke rechtspersoon, maar bij overheidslichamen heeft de Hoge Raad het orgaan-criterium bij herhaling gebezigd.

17. In dezelfde zin Asser–Van der Grinten I (De vertegenwoordiging, 1990), nr. 171 en vermoedelijk ook Asser–Hartkamp III (1990), nr. 258.

18. Terzijde merk ik op dat het begrip 'orgaan' bepaald niet eenduidig is; liever zou ik spreken over 'ambt'.

19. Vgl. Asser–Van der Grinten I (De vertegenwoordiging, 1990), nrs. 177–178; Asser–Hartkamp III (1990), nrs. 26 e.v.; ook de Tweede Kamer was bij de beantwoording van de vraagpunten 14 en 14a – die voorafgaand aan het voorontwerp van het Nieuw BW aan haar waren voorgelegd – van oordeel dat geen redelijke grond kon worden aangegeven om af te wijken van de hoofdregel dat de dader zelf aansprakelijk is.

20. HR 6 januari 1933, NJ 1933, 593, W 12559; zie voor rechtspraak inzake vertegenwoordigers van privaatrechtelijke rechtspersonen Asser–Van der Grinten I, (De vertegenwoordiging, 1990), nrs. 178 en 179.

21. Bijv. HR 2 april 1880, W 4516 en HR 12 januari 1883, W 4868.

maatschappelijke realiteit de leden van een college van B & W persoonlijk aansprakelijk te achten, indien B & W in strijd met een op hen rustende zorgvuldigheidsplicht hebben gehandeld door een voorlopige overeenkomst van ruil niet aan de raad voor te leggen?[22] En zou de doorsnee burger werkelijk externe persoonlijke aansprakelijkheid aannemen van de ambtenaar die door onvoldoende kennis van de laatste rechtspraak van de Afdeling rechtspraak ten onrechte namens B & W een vergunning heeft geweigerd? Dergelijke handelingen die zich binnen de – voor de buitenwereld vaak ondoorzichtige – organisatie van de gemeente afspelen, gelden naar verkeersopvatting als handelingen van de gemeente. In beginsel zijn de handelingen van de functionaris als zodanig ingevolge de toerekening aan de gemeente niet relevant. Voor de eventuele aansprakelijkheid van de functionaris is mijns inziens pas plaats, als zijn handeling meer inhoudt dan het louter gebrekkig verrichten van de vertegenwoordigingshandeling. De vertegenwoordiger is pas persoonlijk aansprakelijk, indien hem tenminste bewuste roekeloosheid (grove schuld) kan worden verweten.[23]

De hier verdedigde – verdergaande – vereenzelviging van het onrechtmatig handelen van de vertegenwoordiger met dat van de vertegenwoordigde heeft ook gevolgen voor de kwalitatieve aansprakelijkheid. Indien men aanneemt dat in geval van toerekening de vertegenwoordiger 'ertussenuit valt', komt men niet meer toe aan de kwalitatieve aansprakelijkheid als bedoeld in art. 6:170 NBW (ondergeschikte) of art. 6:172 NBW (vertegenwoordiger). Beide artikelen veronderstellen immers een aan de ondergeschikte respectievelijk de vertegenwoordiger toerekenbare onrechtmatige gedraging.

Bestuur en wetgeving

5. De aansprakelijkheid van de overheid voor foutieve handelingen bij bestuur of wetgeving heeft de laatste jaren een stormachtige ontwikkeling doorgemaakt. Anders dan in het verleden maakt de burger die schade heeft geleden ten gevolge van fouten van de overheid, een goede kans dat de rechter een vordering tot vergoeding van schade toewijst.[24] Voor zover niet door bijzondere wetgeving in een andere met voldoende waarborgen omklede rechtsgang is voorzien, kan de burgerlijke rechter worden geadieerd ter zake van fouten van de overheid. Art. 1401 BW/art. 6:162 NBW geldt voor de overheid onverkort. Het overheidshandelen kan derhalve niet alleen onrechtmatig zijn wegens inbreuk op eens anders recht of strijd met een wettelijke plicht, maar ook wegens strijd met hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt. Dit houdt echter niet in dat het handelen van de overheid geheel op één lijn kan worden gesteld met het handelen van private personen. Binnen de samenleving heeft de overheid een

22. Vgl. HR 13 februari 1981, NJ 1981, 456, nt. CJHB.

23. Vgl. S.C.J.J. Kortmann, Misslagen van gemeenten, Symposiumverslag KU Nijmegen 1989, p. 80 en Asser–Van der Grinten I (De vertegenwoordiging, 1990), nr. 180; zie ook de artt. 138 en 248 Boek 2 BW waarin voor aansprakelijkheid van bestuurders van een n.v. of b.v. tegenover de failliete boedel een kennelijk onbehoorlijke taakvervulling wordt vereist.

24. Zie voor de voorgeschiedenis Asser–Hartkamp III (1990), nrs. 266 e.v. en de daar genoemde literatuur.

eigen rol op grond waarvan zij enerzijds bevoegdheden heeft ten aanzien van personen en zaken die andere personen niet hebben, maar voor haar anderzijds beperkingen gelden waaraan anderen niet gebonden zijn. Zo kan de overheid woonruimte vorderen, huiszoeking doen, een openbaar vaarwater afsluiten of een persoon in hechtenis nemen. Bij het uitoefenen van deze bevoegdheden zal de overheid echter binnen de door art. 1401 BW/art. 6:162 NBW gestelde normen moeten handelen. Zij zal zich ook aan de normen van ongeschreven recht, waaronder de beginselen van behoorlijk bestuur, moeten houden.[25] Dit laatste volgt blijkens de wetsgeschiedenis ook uit art. 3:14 NBW.[26] De specifieke positie van de overheid houdt overigens in dat de overheid een zekere vrijheid heeft met betrekking tot het door haar te voeren beleid. De burgerlijke rechter zal zich in de regel terughoudend moeten opstellen bij de beoordeling van de beleidskeuzen die de overheid maakt; de doelmatigheid van het overheidsbeleid behoort de burgerlijke rechter niet te toetsen. Tegelijkertijd gelden voor de overheid beperkingen die voor de gewone burger niet gelden. Terwijl de burger persoonlijke belangen mag nastreven, zal de overheid zich moeten richten op het algemeen belang en (mede) op het belang waarvoor een bepaalde overheidsorganisatie is ingesteld. Haar vrijheid van handelen wordt daardoor beperkt.[27] In dit verband kan in het bijzonder worden gewezen op de zogenaamde klassieke grondrechten en rechtsbeginselen.

6. Door de sterke toeneming van de bestuurlijke rechtsbescherming – met name ten aanzien van onrechtmatige beschikkingen – heeft de taak van de burgerlijke rechter bij de bescherming van de burger tegen de overheid deels een aanvullend karakter gekregen. Indien een met voldoende waarborgen omklede bestuurlijke rechtsgang openstaat, zal de burger deze moeten volgen en kan hij zich niet, althans niet onmiddellijk, tot de burgerlijke rechter wenden. De laatste is in de regel echter wel de rechter die moet beslissen over de (volledige) vergoeding van de schade die de burger ten gevolge van het overheidshandelen heeft geleden. Dergelijke gevallen kunnen zich vooral voordoen na vernietiging van beschikkingen. In een procedure voor de burgerlijke rechter houdt deze zich aan het (on)rechtmatigheidsoordeel van de administratieve rechter of het administratieve beroepsorgaan. Staat de onrechtmatigheid van de daad van bestuur of die van wetgeving vast, dan is daarmee, aldus de Hoge Raad, de schuld in beginsel gegeven. Voor een beroep van de overheid op rechtsdwaling is in de regel geen plaats. Hoewel de Hoge Raad formeel nog vasthoudt aan het schuldvereiste, lijkt hij materieel ook niet verwijtbare fouten die bij het bestuur of de wetgeving worden gemaakt, voor rekening van de overheid te brengen.[28] Deze benadering past bij de in art. 6:162 lid 3 NBW neergelegde regeling. De onrechtmatige daad kan, ook bij ontbreken van verwijtbaarheid, in beginsel aan de overheid worden toegerekend,

25. Zie o.a. HR 23 november 1984, NJ 1985, 604; HR 26 juni 1986, NJ 1987, 726; HR 27 maart 1987, NJ 1987, 727.

26. Zie voor de ruime uitleg die de minister aan deze bepaling geeft, de MvA op wetsvoorstel 17 496. Vgl. over deze bepaling H.J. Vetter, AA 1987, p. 297.

27. Zie bijv. HR 27 januari 1989, NJ 1990, 89, AA 1989, 572, nt. SK.

28. Zie o.a. HR 9 mei 1986, NJ 1987, 252; HR 26 september 1986, NJ 1987, 253; HR 30 januari 1987, NJ 1988, 89 en 90.

omdat deze volgens de in het verkeer geldende opvattingen voor zijn rekening komt. In het moderne aansprakelijkheidsrecht is verwijtbaarheid niet langer een onmisbaar element voor aansprakelijkheid. Bij het antwoord op de vraag of de billijkheid om toerekening vraagt, spelen elementen als gevaarzetting, profijt, de maatschappelijke en financiële positie van partijen, verzekerbaarheid en macro-economische overwegingen een rol. Gaat het om een tekortkoming van de overheid als bestuurder of wetgever, dan vindt toerekening doorgaans plaats. Vooral de bijzondere positie van de overheid lijkt hierbij een rol te spelen. Kortom: indien de overheid tekortschiet bij de uitvoering van haar bestuurlijke of wetgevende taak, heeft de burger een gerede kans zijn dientengevolge geleden schade op de overheid te kunnen verhalen; dit geldt ook indien de overheid geen verwijt ten aanzien van een tekortkoming kan worden gemaakt.[29]

Onrechtmatige rechtspraak, status quo

7. De kans dat de burger met een vordering ex art. 1401 BW/art. 6:162 NBW vergoeding kan verkrijgen van de door hem geleden schade ten gevolge van fouten van de overheid–burgerlijke rechter, is daarentegen blijkens vaste rechtspraak vrijwel nihil. Volgens de Hoge Raad volgt uit het gesloten stelsel van in de wet geregelde rechtsmiddelen dat een actie op grond van onrechtmatige daad slechts bij uitzondering kan worden ingesteld. Hij overweegt:[30]

> 'dat de vraag of een partij die in een rechtsgeding in het ongelijk wordt gesteld, de gelegenheid moet worden geboden om tegen de in zijn nadeel uitgevallen beslissing op te komen, door de wetgever bij de regeling van de voor het betreffende geding voorgeschreven procedure bewust en met zorg onder ogen pleegt te worden gezien en dat daarom de te dien aanzien gegeven wettelijke regelingen, hetzij deze tegen de beslissingen rechtsmiddelen ter beschikking stellen, hetzij bepalen dat daartegen generlei voorziening is toegelaten, geacht moet worden uitputtend te hebben voorzien in de bescherming van de belangen die voor de partijen bij de verkrijging van een juiste beslissing zijn betrokken;
> dat hiermee onverenigbaar is dat de in het ongelijk gestelde partij de gelegenheid zou hebben langs de weg van een vordering tegen de Staat op grond van art. 1401 BW de juistheid van een rechterlijke beslissing nogmaals tot onderwerp van een nieuw geding te maken en deze daardoor op andere wijze dan in de wet is voorzien ter toetsing te brengen;'

Volgens de Hoge Raad is voor een uitzondering slechts plaats

> '(...) indien bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van

29. Uiteraard is voor de toekenning van schadevergoeding wel een voorwaarde dat ook aan de andere vereisten voor aansprakelijkheid uit onrechtmatige daad, zoals relativiteit en causaal verband, is voldaan.

30. HR 3 december 1971, NJ 1972, 137, nt. GJS, AA 1973, p. 156, nt. PAS. Vgl. ook HR 27 januari 1989, NJ 1989, 588, nt. WHH.

de zaak niet kan worden gesproken, en tegen die beslissing geen rechtsmiddel openstaat en heeft opengestaan, de Staat terzake van de schending van het in art. 6 van het Europese Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden gewaarborgde recht voor de daaruit voortvloeiende schade aansprakelijk zou kunnen worden gesteld ...'

Dezelfde uitzondering herhaalt de Hoge Raad in een uitspraak uit 1978, waarin de Staat wordt aangesproken, omdat de Centrale Raad van Beroep onrechtmatig zou hebben gehandeld. Met het toelaten van deze uitzondering heeft de Hoge Raad de aansprakelijkheidsdeur op een kleine kier gezet. Bij het antwoord op de vraag wanneer voldaan is aan het uitzonderingscriterium, mag ook in aanmerking worden genomen de rechtspraak betreffende het openstellen van rechtsmiddelen die de wet niet kent. Volgens de Hoge Raad is het openstellen van zo'n rechtsmiddel mogelijk indien 'bij de voorbereiding van een rechterlijke beslissing zo fundamentele rechtsbeginselen zijn veronachtzaamd dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet kan worden gesproken.' Hier wordt derhalve hetzelfde criterium gebruikt als voor het maken van een uitzondering op de regel van niet-aansprakelijkheid, met dien verstande dat in laatstbedoeld geval er bovendien geen rechtsmiddel meer mag openstaan of hebben opengestaan. Nadere beschouwing van de rechtspraak levert het volgende beeld op ten aanzien van het criterium 'veronachtzaming van zo fundamentele rechtsbeginselen dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet kan worden gesproken':

- veronachtzaming van het beginsel van hoor en wederhoor kan betekenen dat aan het criterium is voldaan;[31]
- voor een uitzondering is echter geen plaats indien de rechter de partij die met een pleidooi is aangevangen, verhindert dit voort te zetten en te voltooien, en de rechter kennis kan nemen van de inhoud van de pleitnotities, terwijl die partij niet voornemens was mondeling zaken naar voren te brengen die niet in de pleitnotities zijn vermeld;[32]
- het niet naar de eisen der wet motiveren van een rechterlijke uitspraak betekent niet dat een zo fundamenteel beginsel is veronachtzaamd dat niet meer van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak kan worden gesproken;[33]
- evenmin mag een dergelijke veronachtzaming worden aangenomen, indien er sprake is van een van de volgende fouten of een cumulatie daarvan:[34]
  a. de rechter beslist in strijd met de wet niet tijdig;
  b. de rechter verzuimt in strijd met de wet na afloop van de mondelinge behandeling de datum van de beschikking mee te delen;
  c. de rechter doet in strijd met de wet of het recht geen uitspraak in het openbaar;

31. HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242; HR 25 maart 1988, NJ 1989, 3, nt. WHH; HR 4 maart 1988, NJ 1989, 4, nt. WHH; het gaat hier om drie uitspraken betreffende het openstellen van een rechtsmiddel.

32. HR 26 februari 1988, NJ 1989, 2, nt. WHH (het betreft hier een ambtenarenzaak).

33. HR 25 maart 1988, NJ 1989, 3, nt. WHH; HR 4 maart 1988, NJ 1989, 4, nt. WHH.

34. HR 13 oktober 1989, NJ 1990, 495; HR 17 november 1989, NJ 1990, 496; zie ook de noot van Vranken onder dit laatste arrest.

d. de griffier stuurt de beschikking niet tijdig voor het verstrijken van de appeltermijn aan de betrokkene toe.

8. De conclusie is gewettigd dat de rechter slechts bij hoge uitzondering aanneemt dat er sprake is van veronachtzaming van een zo fundamenteel rechtsbeginsel dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak niet meer kan worden gesproken. Maar er is meer aan de hand. Naast veronachtzaming van zo'n rechtsbeginsel stelt de Hoge Raad als voorwaarde voor een schadevergoedingsactie op grond van onrechtmatige daad wegens een rechterlijke fout dat er geen rechtsmiddel meer openstaat of heeft opengestaan. Indien een dergelijk rechtsbeginsel wordt veronachtzaamd, is het mogelijk een rechtsmiddel in te stellen, hoewel de wet dit niet kent. In de visie van de Hoge Raad zal er bij schending van een fundamenteel rechtsbeginsel derhalve evenmin plaats zijn voor schadevergoeding, indien de fout van de rechter via deze bijzondere weg in hoger beroep of cassatie kan worden hersteld. Doordat de rechter een bijzonder rechtsmiddel kan 'openstellen', heeft hij de mogelijkheid te bepalen of de Staat al dan niet kan worden aangesproken voor door rechterlijke fouten veroorzaakte schade. De ketting op de op een kier gezette schadevergoedingsdeur is dan ook zo stevig dat deze in feite niet open kan. Ik betwijfel of dit gerechtvaardigd is. Tegen de opvatting van de Hoge Raad heb ik een aantal ernstige bedenkingen, zowel ten aanzien van de hoofdregel als ten aanzien van de uitzondering. Deze zal ik hierna uitwerken.

Volledigheidshalve merk ik nog op dat art. 50 EVRM de mogelijkheid biedt van een door het Europese Hof toe te kennen 'billijke genoegdoening', indien de rechter een verdragsverplichting heeft geschonden en het nationale recht onvoldoende rechtsherstel biedt.[35]

Bezwaren tegen de bestaande rechtspraak

9. De hoofdregel van niet-aansprakelijkheid baseert de Hoge Raad op het gesloten stelsel van de in de wet geregelde rechtsmiddelen die door de wetgever met zorg zouden zijn uitgekozen. Met dit stelsel zou niet verenigbaar zijn dat langs de weg van een vordering tegen de Staat op grond van art. 1401 BW de juistheid van een rechterlijke beslissing nogmaals wordt getoetst. Tegen handelingen en beslissingen van het bestuur heeft de wetgever in een aantal gevallen ook een met waarborgen omklede rechtsgang opengesteld. Toch voert niemand aan dat op grond daarvan een vordering tegen de overheid wegens onrechtmatig bestuur uitgesloten is.[36] Voorts is het op zijn minst dubieus of de keuze der rechtsmiddelen door de wetgever steeds zo zorgvuldig is gemaakt.[37] Wat daarvan ook zij, het gesloten stelsel der rechtsmiddelen houdt in dat een uitspraak waartegen geen gewoon

35. Zie voor een recent voorbeeld EHRM 25 juni 1987, NJ 1990, 231, nt. EAA.

36. Vgl. noot Stellinga onder HR 3 december 1971, AB 1972, 27; TBP 1972, p. 157.

37. Van Zeben, Van Opstall-bundel, 1972, p. 207 e.v. wijst er terecht op dat er niet van uitgegaan kan worden dat de bewustheid en zorg bij de keuze der rechtsmiddelen bij de wetgever steeds aanwezig zijn. Zie ook de conclusie van A-G Berger voor HR 3 december 1971, NJ 1972, 137.

rechtsmiddel meer openstaat, tussen partijen gezag van gewijsde heeft. Partijen zijn aan de uitspraak gebonden, ongeacht het waarheidsgehalte van de uitspraak. Het erkennen van een eventuele art. 1401-actie tegen de Staat of de rechter persoonlijk wegens een gemaakte fout doet echter niet af aan het gezag van gewijsde van de rechterlijke uitspraak.[38] De schadevergoedingsprocedure wordt ook gevoerd tussen andere partijen.

10. Niet duidelijk is of de niet-aansprakelijkheidsregel ook geldt in de gevallen waarin de taak van de rechter oneigenlijke rechtspraak behelst. Voor wat betreft de civiele rechter denke men aan de homologatie van een faillissementsakkoord, de handelingen van de rechter-commissaris in surséance en faillissement; bepaalde handelingen van de rechter op het terrein van het personen- en familierecht, zoals toezicht op de bewindvoerder, voogd of curator, het verlenen van handlichting aan minderjarigen; handelingen op het terrein van het rechtspersonenrecht, bijv. in het kader van de geschillenregeling. Tegen een deel van deze rechterlijke beslissingen stelt de wet rechtsmiddelen open. Staat ook bij oneigenlijke rechtspraak het stelsel der rechtsmiddelen aan aansprakelijkheid in de weg? Of kan de Staat wel aansprakelijk worden gesteld op grond van het bestuurlijk karakter van deze handelingen? Ikzelf zou de laatste vraag bevestigend willen beantwoorden.[39] Het enige mij bekende arrest wijst niet in de richting dat de Hoge Raad ter zake ruimhartig denkt.[40] De Hoge Raad moest in deze zaak beslissen over vorderingen tot schadevergoeding, ingesteld tegen de rechter-commissaris in een faillissement en de Staat, op de grond dat de rechter-commissaris de in art. 64 Fw vervatte verplichting tot het houden van toezicht op het financiële beheer van de curator geheel niet was nagekomen. De Hoge Raad wijst de vorderingen af, omdat art. 64 Fw niet bedoelt de rechter-commissaris tegenover de belanghebbenden een rechtsplicht op te leggen. Art. 64 Fw bevat derhalve volgens de Hoge Raad geen waarborgnorm, maar een instructienorm. Juridische techniek biedt hier de Hoge Raad de mogelijkheid de aansprakelijkheid voor oneigenlijk rechterlijk handelen af te wijzen. Anders dan de Hoge Raad had het hof – mijns inziens terecht – overwogen dat de omstandigheid dat de wetgever een onafhankelijke rechter, die door de uitvoerende macht niet ter verantwoording kan worden geroepen, belast heeft met de uitoefening van een Staatstaak, bestaande in het houden van toezicht op het beheer en de vereffening van failliete boedels, de Staat niet kan ontheffen van zijn aansprakelijkheid voor de schade voortvloeiende uit een onjuiste uitoefening van die taak of het verzuim in de nakoming van die verplichting. Een andere uitleg van art. 64 Fw dan die van de Hoge Raad is zeker denkbaar. Ik volsta hier met een verwijzing naar de conclusie van de A-G Langemeijer bij dit arrest. Bovendien acht ik het verdedigbaar dat op de rechter-commissaris tegenover de be-

38. Aldus vrijwel alle schrijvers; zie o.a. C.A.J.M. Kortmann, o.c.; S.C.J.J. Kortmann, o.c., nr. 42; Leijten, conclusie bij HR 16 oktober 1987, NJ 1988, 841 en bij HR 8 mei 1987, NJ 1988, 1016; anders Scheltema in zijn noot onder laatstgenoemd arrest; vgl. ook HR 27 januari 1989, NJ 1989, 588, nt. WHH, waarin de Hoge Raad beslist dat ook een onjuiste uitspraak in beginsel alleen door het aanwenden van een rechtsmiddel kan worden aangetast.

39. Vgl. hiervoor, nr. 9.

40. HR 17 april 1959, NJ 1961, 573, AA 1959/1960, p. 32, nt. WFP.

langhebbenden een zorgvuldigheidsplicht rust tot het houden van toezicht en dat hij aansprakelijk is, indien hij deze plicht niet nakomt.

11. De uitzondering die de Hoge Raad op de hoofdregel van niet-aansprakelijkheid formuleert, heeft, zoals wij hiervoor zagen, de benadeelde weinig te bieden. Op de eerste plaats neemt de Hoge Raad vrijwel nooit aan dat zich een geval voordoet waarin fundamentele rechtsbeginselen zodanig veronachtzaamd worden, dat niet meer kan worden gesproken van een eerlijke en onpartijdige behandeling van de zaak. Bovendien is er – als ik de Hoge Raad goed begrijp – geen plaats voor schadevergoeding indien de mogelijkheid bestaat of heeft bestaan via een rechtsmiddel de rechterlijke fout te herstellen. Deze aanvullende eis is bepaald niet vanzelfsprekend. Door een blunder van de rechter kan ernstige schade zijn veroorzaakt die niet wordt 'hersteld' via een correctie van de rechterlijke fout in appel. Men denke bijv. aan de Belgische casus waarin de verkeerde vennootschap in staat van faillissement werd verklaard, of aan gevallen waarin de foutieve uitspraak bij voorraad ten uitvoer is gelegd.

12. De uitzondering beperkt zich bovendien tot procedurele fouten van ernstige aard. Indien de rechter de zaak eerlijk en onpartijdig behandelt, maar een volstrekt onjuiste beslissing neemt, waartegen geen beroep openstaat, is er in de visie van de Hoge Raad nimmer grond voor een vordering tot schadevergoeding. Zo'n beperking tot procedurele fouten acht ik onjuist. Onder omstandigheden moeten onmiskenbare rechtsschendingen tot schadevergoeding kunnen leiden. Ter toelichting ontleen ik het volgende voorbeeld aan de praktijk.

Bij beschikking van 29 september 1982 heeft de kantonrechter te Apeldoorn op grond van art. 1639w BW de arbeidsovereenkomst ontbonden tussen een werkgever en een buitenlandse werkneemster.[41] Aan het ontbindingsverzoek had de werkgever blijkens zijn verzoekschrift overwegingen met een duidelijk discriminerend karakter ten grondslag gelegd. De desbetreffende passage uit het verzoekschrift kwam erop neer dat een Nederlandse vrouw die trouwt en een baby krijgt, stopt met werken. Buitenlandse werkneemsters daarentegen zouden hun kind naar buren of familie brengen en zich bij het minste of geringste ziek melden, terwijl zij een dergelijk gedrag eindeloos zouden herhalen. In zijn beschikking waarbij de ontbinding wordt uitgesproken, rept de kantonrechter met geen woord over de discriminerende passage uit het verzoekschrift. De werkneemster voelt zich gegriefd en vindt – na bij de nodige instanties bot te hebben gevangen[42] – uiteindelijk gehoor bij het Comité Uitbanning Rassendiscriminatie, dat op grond van het Internationaal Verdrag tot uitbanning van alle vormen van rassendiscriminatie bevoegd is individuele klachten in behandeling te nemen. Nederland heeft deze bevoegdheid erkend. Het Comité is van oordeel dat art. 5(e)(i) van het verdrag, dat

41. Ktr. Apeldoorn 29 september 1982, req.nr. 694/82, voor zover mij bekend niet gepubliceerd.

42. De P-G bij de Hoge Raad ging niet in op een verzoek tot het instellen van cassatie in het belang der wet. Het OM achtte het niet opportuun de werkgever te vervolgen. De minister van Justitie wenste het OM geen bevel te geven tot vervolging over te gaan en ook het Hof Arnhem achtte een beklag ingevolge art. 12 Sv niet gegrond.

een garantie van gelijkheid voor de wet ten aanzien van het recht op werk bevat, is geschonden.[43] Het Comité besluit met de volgende aanbeveling:

> 'The Committee on the Elimination of Racial Discrimination, acting under article 14, paragraph 7, on the Convention, is of the opinion that the information as submitted by the parties sustains the claim that the petitioner was not afforded protection in respect of her right to work. The Committee suggests that the State party take this into account and recommends that it ascertain whether Mrs. Yilmaz-Dogan is now gainfully employed and, if not, that it use its good offices to secure alternative employment for her and/or to provide her with such other relief as may be considered equitable.'

Partijen hebben na deze uitspraak een minnelijke regeling getroffen, op grond waarvan de Staat aan de werkneemster – ex gratia – een financiële vergoeding heeft betaald.

De motivering van het Comité is erg summier. Aangenomen mag worden dat naar zijn oordeel de kantonrechter in zijn uitspraak aandacht had moeten besteden aan de gewraakte passage uit het verzoekschrift. Mogelijk is het Comité ervan uitgegaan dat de discriminerende opvatting die de werkgever in zijn verzoekschrift naar voren heeft gebracht, (mede) de grond heeft gevormd voor de toewijzing van het ontbindingsverzoek door de kantonrechter. Indien dit laatste zo is, moet mijns inziens worden aangenomen dat de Staat met het doen van een dergelijke uitspraak een onrechtmatige daad pleegt en is gehouden tot schadevergoeding.

13. In de visie van de Hoge Raad heeft de wetgever welbewust en met zorg de rechtsmiddelen gekozen. Daarom kan in zijn ogen in beginsel alleen via door de wet erkende rechtsmiddelen tegen foutieve handelingen van de rechter worden opgekomen. Maar als door fouten van de rechter rechtsmiddelen aan de justitiabelen worden onthouden, kan men de niet-aansprakelijkheid niet langer baseren op het gesloten systeem van rechtsmiddelen. De justitiabelen missen dan immers de door dit systeem beoogde rechtsbescherming. Toch lijkt een schadevergoedingsactie ook in die gevallen weinig kans van slagen te hebben. Bij herhaling heeft de Hoge Raad immers beslist dat er in dergelijke gevallen geen sprake is van schending van fundamentele rechtsbeginselen.

14. Uit de rechtspraak van de Hoge Raad is niet met zekerheid af te leiden of de niet-aansprakelijkheidsregel alleen betrekking heeft op fouten van rechters bij de uitoefening van hun ambt of ook op fouten van bijv. het griffiepersoneel. Zo werd bijv. in een zaak waarover de Hoge Raad recent een beslissing gaf,[44] onder meer de fout gemaakt dat de griffie naliet de uitspraak aan een der partijen toe te zenden. Pas na een door de procureur gedaan verzoek om inlichtingen werd de uitspraak ruim één maand na de dag waarop de beschikking is gegeven, aan de betreffende partij toegezonden. Deze werd vervolgens in het door haar ingestelde hoger be-

43. Opinion d.d. 10 augustus 1988, Communication No. 1/1984, Rechtspraak Vreemdelingenrecht 1988, 100, nt. C.A. Groenendijk; NJCM-Bulletin 1988, p. 687 e.v., nt. C. Flinterman.
44. HR 13 oktober 1989, NJ 1990, 495.

roep door het hof niet-ontvankelijk verklaard wegens overschrijding van de appeltermijn. Het hof overwoog daarbij dat de termijnoverschrijding waarschijnlijk buiten de schuld van appellant plaatsvond. Het cassatieberoep werd door de Hoge Raad verworpen. Van schending van een fundamenteel rechtsbeginsel was zijns inziens geen sprake. Ik zie geen reden de niet-aansprakelijkheid van de Staat ook in dit geval aan te nemen. De redenering betreffende de uitputtende regeling van de rechtsmiddelen gaat hier niet op. Het is een fout van overheidspersoneel, waarvoor de Staat aansprakelijk is overeenkomstig de regels die gelden voor daden van bestuur.[45] Het merkwaardige feit doet zich nu voor dat de justitiabele de Staat wel kan aanspreken tot schadevergoeding indien de toegang tot de appelrechter aan hem wordt onthouden door een fout van griffiepersoneel, terwijl de Staat – althans in de visie van de Hoge Raad – niet aansprakelijk is indien een rechterlijke fout de oorzaak is van de niet-ontvankelijkheid in hoger beroep. Een voorbeeld van dit laatste biedt een uitspraak van de rechtbank Arnhem.[46] De Arnhemse kantonrechter gaf in een beschikking als overweging ten overvloede dat hoger beroep van zijn beschikking mogelijk was binnen twee maanden na verzending van de uitspraak. Voor de aanvang van de appeltermijn was echter de dagtekening van de beschikking bepalend. De appellant, die was afgegaan op de uitspraak van de kantonrechter, werd in appel niet-ontvankelijk verklaard. Ik acht een dergelijk verschil onbevredigend. Voor de justitiabele zal het vaak onmogelijk zijn uit te maken of de appelmogelijkheid hem is onthouden door toedoen van de rechter, de griffier of beiden. Mede op grond van mijn in het vorige nummer geformuleerde bezwaar zou ik in beide gevallen aansprakelijkheid van de Staat voor eventuele schade willen aanvaarden.

15. Het laatste bezwaar dat ik hier wil opwerpen tegen de bestaande rechtspraak, is dat deze niet spoort met de ontwikkeling van het schadevergoedingsrecht en die van de overheidsaansprakelijkheid in de afgelopen decennia. Waarom heeft het slachtoffer van een misslag van de rechter geen verhaal op de Staat, terwijl schade ten gevolge van misslagen van de overheid–bestuurder en de overheid–wetgever snel tot een vergoedingsplicht van de overheid aanleiding geeft? Brengt de bijzondere positie van de Staat op grond waarvan fouten van bestuur en wetgeving aan hem worden toegerekend, ook niet mee dat fouten van de rechtsprekende functionaris tot aansprakelijkheid van de Staat leiden? Moet de rechter zich niet evenals de bestuurder en de wetgever zorgvuldig tegenover de burger gedragen? Of anders gezegd, behoort de rechter bij de uitoefening van zijn taak niet de beginselen van behoorlijke rechtspleging in acht te nemen?[47] Een ontkennend antwoord op deze laatste vragen is nauwelijks mogelijk. Maar als de rechter de beginselen van behoorlijke rechtspleging met voeten treedt, waarom moet de burger de daaruit voortvloeiende schade dan steeds zelf dragen? Hierna zal blijken dat ik niet voel voor een volledige gelijkschakeling van de hier bedoelde gevallen.

45. In dezelfde zin A. van Oevelen, o.c., nr. 67 en J. Spier, NJB 1990, p. 65.

46. Rb. Arnhem 17 maart 1984, NJ 1984, 663, nt. WLH.

47. Zie over deze beginselen B.W.N. de Waard, Beginselen van behoorlijke rechtspleging, diss. Utrecht, 1987; t.a.v. de mogelijkheid tot schadevergoeding wegens schending van deze beginselen door de rechter verwijst schrijver op p. 417 e.v. naar de rechtspraak van de Hoge Raad; hij acht een procedure op grond van art. 1401 BW niet in alle gevallen kansloos.

Een en ander neemt echter niet weg dat het verschil tussen de aansprakelijkheid van de rechter enerzijds en die van de wetgever en de bestuurder anderzijds naar huidig recht wel erg groot is.

Aansprakelijkheid van de Staat voor onrechtmatige rechtspraak

16. Aan een aantal klassieke argumenten tegen aansprakelijkheid van de Staat voor het optreden van de rechterlijke macht – o.a.: de bijzondere aard van de rechterlijke functie, de onafhankelijkheid van de rechter, de regeling van de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter in geval van rechtsweigering, het procederen op eigen risico – ga ik hier voorbij. Ik besteedde daaraan reeds aandacht in mijn oratie uit 1985[48] en zij worden in recente literatuur op overtuigende wijze bestreden.[49] De Hoge Raad stoelt de niet-aansprakelijkheid voor rechterlijke misslagen ook niet op deze argumenten, maar op het in de wet neergelegde gesloten stelsel der rechtsmiddelen en het daarmee samenhangende gezag van gewijsde. Deze staan echter niet in de weg aan aansprakelijkheid.[50] Betekent dit dat de Staat voor schade ten gevolge van rechterlijke fouten in gelijke mate aansprakelijk is als voor schade ten gevolge van misslagen van de bestuurder of wetgever?[51] En volgt hieruit dat de rechter, zoals andere overheidsfunctionarissen, persoonlijk aansprakelijk is indien hij de fout opzettelijk heeft gemaakt of deze aan grove schuld te wijten is?[52] Het probleem bij onrechtmatige rechtspraak is niet de vraag waarop de aansprakelijkheid van de Staat of de rechter persoonlijk moet worden gebaseerd, maar is veeleer hoe een beperking van de aansprakelijkheid kan worden verklaard. Op grond van het beginsel van een adequate rechtsbescherming van de burger is er veel voor te zeggen de Staat aansprakelijk te stellen voor fouten van de rechter, gelijk de Staat aansprakelijk is voor fouten van bestuurders en wetgevers. Aldus wordt aan de burger het instrument gegeven de rechterlijke macht te (doen) controleren, of – in de woorden van Leijten – de bewakers te bewaken.[53] Bovendien wordt de burger niet opgescheept met de schade die door de overheidsfout is veroorzaakt, maar kan hij deze afwentelen op de Staat. Daar staat tegenover dat het beginsel dat aan rechtsgedingen een einde behoort te komen – lites finiri oportet – zich verzet tegen een onverkorte overheidsaansprakelijkheid. De rechtsvrede en de rechtszekerheid vergen dat een rechtsstrijd op zeker moment wordt afgesloten. Weliswaar betekent een aansprakelijkheidsprocedure tegen de Staat niet dat het gezag van gewijsde van de rechterlijke uitspraak kan worden aangetast, maar de vragen die bij de rechter aan de orde waren, moeten wel opnieuw door de rechter worden getoetst. Ook uit het oogpunt van doelmatigheid is dit tot op zekere hoogte bezwaarlijk. Aldus strijden verschillende be-

48. Zie hiervoor noot 10.

49. Zie C.A.J.M. Kortmann, o.c.; Van Oevelen, o.c., nrs. 526–531 en de daar genoemde schrijvers.

50. Zie hiervoor nr. 9.

51. Van Oevelen, o.c., nr. 771, geeft een bevestigend antwoord op deze vraag voor wat betreft op fouten gebaseerde aansprakelijkheid.

52. Zie hiervoor nr. 4.

53. Zie zijn conclusie bij HR 26 februari 1988, NJ 1989, 2.

ginselen om voorrang. Vijf jaar geleden heb ik het omslagpunt van niet-aansprakelijkheid naar aansprakelijkheid gelegd bij fouten die aan opzet of grove schuld van de rechter zijn te wijten.[54] Thans zou ik een stap verder willen gaan. Ook fouten die 'slechts' aan schuld van de rechter zijn te wijten, kunnen van een zodanige aard zijn en/of zo grote schade veroorzaken dat de schade in de gegeven omstandigheden in redelijkheid niet voor rekening van de burger mag blijven. Men denke aan het voorbeeld van de per vergissing failliet verklaarde vennootschap. Ik zou daarom thans het omslagpunt enigszins anders willen formuleren. De Staat is niet aansprakelijk voor de schade die door rechterlijke fouten is veroorzaakt, tenzij deze in de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet voor rekening van de burger mag blijven. Dit laatste is mijns inziens onder meer het geval bij opzet of grove schuld van de rechter en indien door een rechterlijke fout aan de justitiabele het hem door de wet toegekende rechtsmiddel is onthouden.

Indien de taak van de rechter oneigenlijke rechtspraak of voluntaire jurisdictie betreft, d.w.z. niet strekt tot bepaling van een rechtsbetrekking tussen partijen in geschil – vgl. art. 429b Rv – is er geen grond de hiervoor verdedigde beperking van de aansprakelijkheid van de Staat aan te nemen. De werkzaamheid van de rechter heeft dan een overwegend bestuurlijk karakter. In dat geval zijn van toepassing de aansprakelijkheidsregels die gelden voor bestuurlijk handelen van de overheid.[55]

17. De door de wet of het recht toegekende rechtsmiddelen zijn voor de aansprakelijkheidsvraag zeker van belang. Zij bieden immers aan de justitiabelen de geeigende weg om fouten van de rechter te corrigeren en – veelal – om schade te voorkomen of te herstellen. Op grond van het wettelijk systeem en de functie der rechtsmiddelen zal dan ook eerst gebruik moeten worden gemaakt van openstaande rechtsmiddelen, alvorens de Staat op grond van onrechtmatige daad tot vergoeding kan worden aangesproken.[56] Dit zal anders zijn, indien het rechtsmiddel niet tot voorkoming of herstel van de schade kan leiden. Correctie van een rechterlijke fout in verzet of hoger beroep zal veelal tevens tot herstel van de schade leiden. Noodzakelijk is dit echter niet.[57] Indien de schade niet of niet geheel wordt hersteld, kan de justitiabele deze verhalen op de Staat, mits aan de vereisten voor aansprakelijkheid is voldaan.

Indien de rechterlijke fout in hoger beroep – of na aanwending van een ander rechtsmiddel – wordt gecorrigeerd, heeft dit in de regel tot gevolg dat de uiteindelijk in het ongelijk gestelde partij in de proceskosten van beide instanties wordt veroordeeld. Naar mijn idee bestaat daarvoor geen rechtvaardiging. In een dergelijk geval zou het mogelijk moeten zijn de proceskosten van de procedure die nodig was ten gevolge van de fout van de rechter, ten laste van de Staat te brengen. De rechterlijke fout – die in de sfeer van de Staat ligt – heeft deze 'extra' kosten

54. O.c., nr. 44.
55. Zie hiervoor nrs. 3 t/m 6.
56. Vgl. Van Oevelen, o.c., nr. 793.
57. Zie hiervoor nr. 11.

immers veroorzaakt. Een wetswijziging die een dergelijke veroordeling mogelijk maakt, is mijns inziens gewenst.[58]

18. Leden van de (eigenlijke) rechterlijke macht zijn organen van de Staat. Hun handelingen gelden in beginsel als handelingen van de Staat, zeker voor zover zij binnen de formele kring van hun bevoegdheid worden verricht. Of de griffier en ambtenaren ter griffie ook als orgaan moeten worden geduid, is minder zeker. Niettemin hebben hun handelingen mijns inziens doorgaans te gelden als handelingen van de Staat. Men denke bijvoorbeeld aan oproepingen, mededelingen of zendingen in het kader van verzoekschriftprocedures.[59] Zoals ik hiervoor onder nr. 4 heb verdedigd, heeft de toerekening van fouten van de rechter en die van de griffier en het griffiepersoneel aan de Staat tot gevolg dat deze functionarissen in beginsel niet persoonlijk door de benadeelde burger kunnen worden aangesproken. Bij bestuur en wetgeving maakte ik echter een uitzondering indien aan de functionaris opzet of bewuste roekeloosheid (grove schuld) kan worden verweten. Voor de griffier en ter griffie werkzame functionarissen geldt mijns inziens dezelfde uitzondering. Ten aanzien van de rechter aarzel ik. Enerzijds is moeilijk te verteren dat een rechter ten opzichte van de benadeelde zelfs immuniteit geniet, indien hij opzettelijk onrecht spreekt of zijn misslag aan grove schuld is te wijten. Door deze immuniteit ontbreekt bovendien de preventieve werking van een mogelijke aansprakelijkheid. Anderzijds is het van groot belang dat de rechter zijn werk onbevangen kan verrichten. De aansprakelijkheidsdreiging kan hieraan afbreuk doen. Hiervoor haalde ik Leijten aan die aangaf dat iedere rechter wel eens een blunder maakt. De rechter die 'normaal zijn best doet', kan toch een misslag overkomen die de kwalificatie grove schuld verdient. Alles afwegend kies ik – zij het met aarzeling – voor een systeem waarin slechts de Staat kan worden aangesproken.[60] Deze kanalisering dient door de wetgever te worden bewerkstelligd. Naar mijn idee zou de wetgever tevens moeten voorzien in een speciale procedure die dient te worden gevolgd bij aansprakelijkheidstelling van de Staat voor rechterlijke fouten. De bijzondere wettelijke voorschriften voor een actie wegens rechtsweigering kunnen daarbij model staan. Tot slot kan de wetgever tevens aangeven of de Staat, indien hij de schade aan de burger heeft vergoed, een regresvordering heeft op de rechter. Voor een dergelijke regresvordering zou mijns inziens vereist moeten zijn dat de rechter in de gegeven omstandigheden zijn taak kennelijk onbehoorlijk heeft vervuld.[61]

Tot besluit

19. Ook rechters begaan blunders. Leijten zegt het zelf en hij kan het weten; hij

58. Vgl. W.L. Haardt, De veroordeling in de kosten van het burgerlijk geding, 1945–1985, AA 1985, p. 704 e.v.

59. Zie hierover Besluit van 14 november 1986, S. 578.

60. Vgl. mijn oratie, o.c., nr. 46.

61. De rechter moet tegenover de Staat ernstig verwijtbaar hebben gehandeld (vgl. HR 4 februari 1983, NJ 1983, 543); het criterium 'kennelijk onbehoorlijke taakvervulling' is daarom beter dan de in art. 6:170 lid 3 NBW neergelegde toetssteen 'opzet of bewuste roekeloosheid'.

was rechter en zit thans dicht bij het vuur. De schade die door rechterlijke fouten wordt veroorzaakt, laat de Hoge Raad in feite steeds voor rekening van de burger. De opvatting van de Hoge Raad is niet bevredigend. Tegen de daaraan ten grondslag liggende motivering zijn ernstige bedenkingen aan te voeren, terwijl de uitkomst niet strookt met de ontwikkelingen in het aansprakelijkheidsrecht. De Staat dient de schade ten gevolge van rechterlijke fouten te vergoeden, indien deze onder de gegeven omstandigheden naar maatstaven van redelijkheid en billijkheid niet voor rekening van de burger mag blijven. Bovendien dient de mogelijkheid te worden gecreëerd dat de Staat wordt veroordeeld in de kosten van de 'correctieprocedure' die noodzakelijk was ten gevolge van de misslag van de rechter. Deels is ingrijpen van de wetgever nodig, deels behoeft hierop niet te worden gewacht. Het is tijd dat de Hoge Raad omgaat. Aan Leijten zal het niet liggen. Wie zijn conclusies leest weet dat hij aan de weg timmert.

E.L. Schaafsma-Beversluis

De verzoekschriftprocedure als model voor de toekomst?

Inleiding

In de colleges burgerlijk procesrecht die Jan Leijten in Nijmegen geeft aan de derdejaars rechtenstudenten, worden hooguit twee colleges besteed aan de verzoekschriftprocedure terwijl de bespreking van de dagvaardingsprocedure zeker 5 tot 6 colleges in beslag neemt. Afgezien van het feit dat te weinig tijd in de studie vrijgemaakt wordt voor de bestudering van het burgerlijk procesrecht, is deze verdeling eigenlijk onlogisch, omdat een zeer groot deel van de procedures die voor de civiele rechter gevoerd worden, verzoekschriftprocedures zijn. Maar de dagvaardingsprocedure neemt nu eenmaal in het onderwijs aan studenten een belangrijke plaats in. Wanneer ik dan vervolgens zelf aan de vierdejaars studenten onderwijs geef in een keuzevak waarin zij als advocaat moeten procederen in familie-, arbeids- en huurzaken en diverse processtukken moeten produceren, blijkt dat de dagvaardingsprocedure in veel mindere mate aan de orde komt en dat de verzoekschriftprocedure overheerst.

De wetgever is op vele rechtsgebieden overgeschakeld van dagvaardingsprocedure naar verzoekschriftprocedure en nieuw in te voeren procedures zijn veelal verzoekschriftprocedures. Dat daaraan, naast allerlei andere argumenten waarop ik in mijn betoog nog terug zal komen, mede een kostenaspect ten grondslag ligt, in de hand gewerkt door de algemene tendens van de overheid om zoveel mogelijk te bezuinigen, lijkt mij niet voor enige twijfel vatbaar. Of deze ontwikkeling echter een juiste is wordt door mij betwijfeld. In tegenstelling tot Vranken[1] die zou willen bezien of de verzoekschriftprocedure niet tot enige soort civiele procedure kan uitgroeien, acht ik overschakeling van dagvaardings- naar verzoekschriftprocedure geen goede zaak. Ik zal trachten dat in onderstaand betoog uiteen te zetten.

Verband onderscheid dagvaardings-/verzoekschriftprocedure met onderscheid eigenlijke/oneigenlijke rechtspraak?

Artikel 1 Rv bevat weliswaar de hoofdregel dat elke rechtsingang met een dagvaarding aanvangt, maar daarop bestaan talloze uitzonderingen. Eén van deze uitzonderingen is het verzoekschrift als inleiding tot de verzoekschriftprocedure.

1. Deformalisering in de rechtspraktijk, Jonge Balie Congresbundel 1984, Zwolle, blz. 25; noot J.B.M. Vranken bij HR 21 september 1990, NJ 1991, 36.

Bij de invoering van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering op 1 oktober 1838 waren er nog niet veel rekestzaken. De wetgever had de dagvaardingsprocedure zeer nauwkeurig geregeld, maar voor de verzoekschriftprocedure was geen algemene regeling gegeven. Wel bestond er een algemene regel voor appel op beschikkingen en in 1876 werd een cassatieregeling ingevoerd. Een algemene regeling voor de verzoekschriftprocedure (de twaalfde titel van boek I Rv, art. 429a e.v.) werd pas in 1971 ingevoerd, maar deze regeling geldt niet onverkort voor alle verzoekschriftprocedures. Resultaat is dan ook dat er nu – zeer verwarrend – vier soorten verzoekschriftprocedures zijn:

- procedures waarop alleen de twaalfde titel van toepassing is;
- procedures waarop naast de twaalfde titel een eigen regeling van toepassing is die vóór de twaalfde titel gaat;
- procedures die alleen een eigen regeling hebben;
- procedures die geen enkele regeling hebben.[2]

Kennelijk was de wetgever wel gecharmeerd van de verzoekschriftprocedure, want Zuidema[3] geeft in 1917 in zijn proefschrift al aan dat de voornaamste uitzondering op de regel dat een procedure met een dagvaarding aanvangt, de rechtspraak op verzoekschrift is, mede omdat ze in veel meer gevallen voorkomt.

Hoewel het helaas niet altijd duidelijk is wanneer een procedure met een verzoekschrift dan wel met een dagvaarding ingeleid moet worden, maar op de verkeerde keuze van rechtsingang de sanctie van niet-ontvankelijkheid[4] is gesteld, beide procedures niet gecombineerd kunnen worden[5] en men tussentijds niet mag overschakelen van verzoekschriftprocedure op dagvaardingsprocedure en vice versa,[6] moet men concluderen dat beide procedurevormen strikt van elkaar gescheiden zijn.

Naast dit onderscheid in procedure bestaat er een ander onderscheid, en wel in werkzaamheden van de rechter. Dit verschil wordt o.a. aangeduid met de termen eigenlijke tegenover oneigenlijke rechtspraak.

Het onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak wordt in verband gebracht met het verschil tussen dagvaardings- en verzoekschriftprocedure. Voor de eigenlijke rechtspraak zou dan de dagvaardingsprocedure en voor de oneigenlijke rechtspraak de verzoekschriftprocedure gevolgd moeten worden. In de praktijk blijkt dat voor vele gevallen inderdaad op te gaan, maar de uitzonderingen namen in aantal toe omdat in veel gevallen van eigenlijke rechtspraak de verzoekschriftprocedure is voorgeschreven.

Criteria onderscheid eigenlijke/oneigenlijke rechtspraak

In de litteratuur heeft men geprobeerd inhoudelijke criteria te formuleren voor het

2. Zie hieromtrent S. Boekman, Het procesrecht van de rekestprocedure als gevormd door de Hoge Raad, Haardtbundel, Deventer 1983, blz. 36.

3. J.H.J. Zuidema, Rechtspraak op verzoekschrift, 1917, diss. Utrecht, blz. 1.

4. Zie o.a. HR 21 oktober 1977, NJ 1978, 382 en 383 en HR 10 oktober 1985, NJ 1986, 106 en 107.

5. Zie o.a. HR 10 maart 1989, NJ 1989, 490.

6. Zie de arresten vermeld in noot 4.

onderscheid eigenlijke/oneigenlijke rechtspraak opdat duidelijk zou zijn wat het verband was tussen de werkzaamheden van de rechter en de daarbijbehorende procedurevorm. Ik acht het belangrijk aandacht te besteden aan een *inhoudelijk* criterium voor het onderscheid eigenlijke/oneigenlijke rechtspraak in verband met de vraag of al dan niet voor een verzoekschrift- of dagvaardingsprocedure gekozen moet worden.

Zuidema[7] spreekt over eigenlijke rechtspraak wanneer de rechter vast moet stellen wat recht is in een aan hem onderworpen geschil. De oneigenlijke rechtspraak omvat alle werkzaamheden die niet bestaan in de vaststelling van wat recht is in een geschil, dus in hoofdzaak medewerking bij rechtshandelingen of bij uitvoering van de wet.

Röder[8] beschouwt het berechten van geschillen als eigenlijke rechtspraak en stelt dat 'oneigenlijke rechtspraak een deel vormt van het terrein dat zich tussen rechtspraak en bestuur bevindt en waarin men die overheidsverrichtingen aantreft die naast een rechtspraakkarakter ook een bestuurskarakter vertonen'. Maar hij constateert dat een scherpe grens niet te trekken is.

Zuidema, Röder en ook Star Busmann[9] verbinden aan het onderscheid eigenlijke/oneigenlijke rechtspraak gevolgen voor de (keuze van de) te voeren procedure.

Ook Struycken[10] is van mening dat men aan het onderscheid eigenlijk/oneigenlijk niet voorbij kan gaan omdat 'het een te oud en te wijd verbreid verschijnsel is dan dat het aan toevalligheden zou mogen worden toegeschreven'.

Na geconstateerd te hebben dat de verzoekschriftprocedure geschikt is voor gevallen van verhoogde intensiteit van rechtsmacht concludeert hij vervolgens dat de beslissingen in geschillen waarvan het onderwerp ter vrije dispositie van partijen staat, vallen onder eigenlijke rechtspraak en alle andere, ongeacht of daardoor een geschil wordt beslecht, onder oneigenlijke rechtspraak. Ook hij legt verband tussen het onderscheid in rechtspraak en de vorm van de procedure.

Anderen daarentegen, zoals Meijers en Ten Kate,[11] hechten geen belang aan het onderscheid eigenlijke/oneigenlijke rechtspraak voor beantwoording van de vraag of een verzoekschriftprocedure of een dagvaardingsprocedure gevoerd moet worden. Het onderscheid in procedure vloeit voort uit de wet zelf die aangeeft welk soort procedure gevolgd moet worden.

---

7. J.H.J. Zuidema t.a.p., blz. 59, 60.

8. J.G.L. Röder, De grondtrekken van het procesrecht der vrijwillige rechtspraak, 1939, diss. Purmerend.

9. J.H.J. Zuidema t.a.p., blz. 67; J.G.L. Röder t.a.p. legt in hoofdstuk III en IV direct verband tussen vrijwillige rechtspraak en rekestprocedure; Zie hierover ook S. Boekman, Preadvies N.J.V. 1961, blz. 131 en Th.B. ten Kate, Het request-civiel, 1962, diss. Groningen, blz. 53 en 54; C.W. Star Busmann, Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering, derde druk, Haarlem 1972, blz. 10 e.v.

10. A.V.M. Struycken, De gracieuse jurisdictie in het internationaal privaatrecht, diss., Deventer 1970, blz. 16, 17.

11. Th.B. ten Kate t.a.p. blz. 57; E.M. Meijers, Verzamelde Privaatrechtelijke Opstellen, tweede deel, Leiden 1955, blz. 268 e.v.

Volgens Boekman[12] kan men wel een formulering voor het essentiële element van oneigenlijke rechtspraak vinden, maar het trekken van een duidelijke scheidslijn is onmogelijk en haar conclusie is dan ook dat men voor het antwoord op de vraag welk soort procedure gevoerd moet worden, aangewezen is op een formeel criterium.

De inhoudelijke criteria die de verschillende schrijvers aanleggen voor het onderscheid eigenlijke/oneigenlijke rechtspraak zijn zeker voor kritiek vatbaar, maar het is hier niet de plaats om daar uitvoerig op in te gaan omdat het niet mijn bedoeling is om te trachten nieuwe criteria te vinden.

Ik ben het echter niet eens met Meijknecht[13] die zegt dat dit onderwerp een gepasseerd station is en acht het zeker zinvol om te proberen na te gaan waarin het verschil tussen eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak gelegen is. Immers niet alleen blijkt niet altijd duidelijk uit de wet welk soort procedure gevolgd moet worden (niet voor niets heeft de wetgever in art. 429b onder b Rv een materieel criterium opgenomen ondanks de vele bezwaren die daartegen bestonden), maar bovendien lost het standpunt dat men aangewezen is op een formeel criterium, waarmee men de keuze van de procedure aan de wetgever overlaat, niets op. De wetgever moet toch een bepaald criterium hebben op grond waarvan hij kiest voor een bepaald soort procedure. En de wetgever hanteert daarbij het onderscheid eigenlijke/oneigenlijke rechtspraak. Dit blijkt bijvoorbeeld uit de toelichting op het ontwerp bewijsrecht en recent nog uit de toelichting op het ontwerp voor de nieuwe kantongerechtprocedure.[14] Toch heeft de wetgever vele verzoekschriftprocedures voorgeschreven voor zaken die tot het gebied van de eigenlijke rechtspraak behoren; dat moet dus een andere verklaring hebben.

Vergelijking verzoekschrift- en dagvaardingsprocedure

Meijers en Zuidema[15] wezen er al op dat de wetgever in verschillende gevallen van eigenlijke rechtspraak gekozen heeft voor de verzoekschriftprocedure, omdat er het verlangen bestond naar een kortere, eenvoudigere wijze van behandeling, waarbij de rechter meer directe invloed op de procesgang heeft en meer vrijheid van ingrijpen in het bewijs enz. dan in de dagvaardingsprocedure.

In de litteratuur wordt al heel lang gesproken over de verschillen tussen beide procedures. Funke[16] gaf als kenmerken ten voordele van de verzoekschriftprocedure: sneller, elastischer, goedkoper, eenvoudiger, soepeler, vrijer, informeler, meer kans op een regeling in der minne of verzoening en als kenmerken ten na-

12. S. Boekman, preadvies NJV 1961, blz. 135 e.v.

13. P.A.M. Meijknecht, Heeft de verzoekschriftprocedure (de) toekomst?, oratie, Zwolle 1987, blz. 14.

14. Wet van 3 december 1987 (wetsontwerp 10 377) houdende nieuwe regeling van het bewijsrecht in burgerlijke zaken, MvA blz. 11 e.v., nadere MvA, blz. 31; Wetsontwerp 19 976 tot wijziging van de civiele kantongerechtprocedure, MvA blz. 5.

15. E.M. Meijers t.a.p. blz. 268; J.H.J. Zuidema t.a.p., blz. 67; Zie ook S. Boekman, preadvies NJV 1961, blz. 14 e.v., die deze ontwikkeling niet juist vindt en de MvA bij het wetsontwerp tot wijzing van de civiele kantongerechtprocedure, blz. 4.

16. A.P. Funke, preadvies NJV 1961, blz. 214, 215; W.L. Haardt, De verzoekschriftprocedure, NJB 1961, blz. 503.

dele: minder waarborgen, aanleiding tot rechtsonzekerheid, rechter te vrij ten aanzien van het bewijsrecht, geen motiveringsvereiste en bevoegdheid tot het uitspreken van een kostenveroordeling.

Een groot deel van de bezwaren tegen de verzoekschriftprocedure is inmiddels ondervangen door de algemene regeling van art. 429a e.v. Rv. Wesseling-van Gent[17] vat alles nog eens samen door te stellen dat er in de litteratuur drie voordelen voor de dagvaardingsprocedure genoemd worden:
- door de grotere hoeveelheid voorschriften meer waarborgen, meer zekerheid, minder kans op ongelukken;
- door de regeling van het verstek is het mogelijk snel een titel te verkrijgen;
- de rechter is niet 'al te bemoeiziek'.

Als voordelen van de verzoekschriftprocedure vermeldt zij:
- procedure verloopt sneller;
- rechtsgang minder kostbaar;
- procedure minder formeel;
- rechter heeft grote vrijheid van handelen en treedt actief op.

Toepassing hoofdbeginselen van burgerlijk procesrecht

Alvorens na te gaan of de voordelen van de verzoekschriftprocedure zoveel zwaarder wegen dat inderdaad de conclusie gerechtvaardigd is dat aan de verzoekschriftprocedure de voorkeur gegeven moet worden, is het van belang na te gaan of ook voor de verzoekschriftprocedure de hoofdbeginselen van burgerlijk procesrecht in even grote mate gelden. Dat wil zeggen: die beginselen die zo fundamenteel zijn dat, wanneer ze ontbreken, een behoorlijk proces niet kan worden gevoerd of in gevaar gebracht wordt en de procedure niet ten volle aan zijn doel kan beantwoorden.[18] Ik beperk mij thans tot die verzoekschriftprocedures die onder de twaalfde titel vallen.

Van Boneval Faure[19] introduceerde in 1871 zeven hoofdbeginselen. Bij het opstellen van deze beginselen heeft hij waarschijnlijk alleen het oog gehad op de dagvaardingsprocedure en niet op de verzoekschriftprocedure.

Wesseling-van Gent[20] komt bij het bespreken van minimumvereisten voor een civiele procedure tot vijf, deels andere beginselen en die beginselen zou ik als uitgangspunt willen nemen: hoor en wederhoor (gelijkheidsbeginsel), openbaarheid van behandeling en uitspraak, motivering van de beslissing, beslissing binnen redelijke termijn.

Men mag aannemen op grond van de jurisprudentie, dat hoor en wederhoor – naar mijn mening één van de belangrijkste beginselen, hoewel men bij vijf mini-

17. E.M. Wesseling-van Gent, Het civiele geding in de toekomst, diss., Arnhem 1987, blz. 127 e.v.

18. Hugenholtz–Heemskerk, Hoofdlijnen van het Nederlands Burgerlijk Procesrecht, 15e druk, Den Haag 1988, nr. 5.

19. R. van Boneval Faure, Het Nederlandsche Burgerlijke Procesrecht, deel I, Leiden 1871, blz. 68–77.

20. E.M. Wesseling-van Gent, Minumum vereisten voor een civiele procedure, WPNR 5742 (1985), blz. 394 e.v.

mumvereisten eigenlijk niet meer over meer of minder belangrijk kan spreken – erkend is voor alle civiele procedures.[21]

In 1932 beschouwde Röder[22] de openbaarheid van burgerlijke zaken nog als een lastige formaliteit zonder de minste reden van bestaan, waaraan men zich echter diende te houden omdat de wet dat zo voorschreef, maar die in verzoekschriftprocedures helemaal niet hoefde te gelden.

In de algemene regeling van de verzoekschriftprocedure was aanvankelijk het uitgangspunt dat de behandeling niet in het openbaar was. Maar bij wet van 10 maart 1984, Stb. 97, is dit uitgangspunt verlaten. De behandelingen zijn openbaar tenzij er sprake is van bijzondere omstandigheden.[23] De uitspraak hoeft echter niet in het openbaar gedaan te worden, wederom enkele uitzonderingen daargelaten.[24] Het zou overigens een goede zaak zijn om ook beschikkingen, zeker als het gaat om vaststelling van burgerlijke rechten en verplichtingen in de zin van art. 6 EVRM, in het openbaar uit te spreken.[25]

Ook de motiveringplicht werd wettelijk vastgelegd in de algemene verzoekschriftregeling.[26] Op de onpartijdigheid van de rechter en de afdoening van zaken binnen een redelijke termijn zal ik hier verder niet ingaan. Het lijkt mij dat deze vereisten vanzelfsprekend gelden.

Als men de minimumvereisten voor een civiele procedure van Wesseling-van Gent beschouwt met betrekking tot de verzoekschriftprocedure, dan is mijn conclusie dat deze voor het overgrote deel aan die eisen voldoet. Aanvankelijk waren er zeker verschillen tussen beide procedures te constateren maar deze zijn in de loop der tijd door de wetgever en de jurisprudentie steeds kleiner geworden en uiteindelijk praktisch volledig weggewerkt. Reden daarvoor was dat de verzoekschriftprocedure steeds meer gebruikt werd voor eigenlijke rechtspraak, zodat ook deze procedure, evenals de dagvaardingsprocedure, aan de hoofdbeginselen van burgerlijk procesrecht diende te voldoen. In ieder geval kan men thans niet meer spreken over aanmerkelijke verschillen op dit gebied tussen verzoekschrift- en dagvaardingsprocedure.

Wanneer men dan vervolgens naar het rijtje voordelen opgesomd door Wesseling-van Gent kijkt dan springen er twee begrippen in het oog: snelheid van de procedure en activiteit van de rechter.

Zij houden niet alleen nauw met elkaar maar ook met de overige door haar genoemde voordelen verband. Uitzondering is de mogelijkheid tot het verkrijgen van een verstekvonnis, die ik in deze beschouwing onbesproken laat.

Snelheid

Vanaf het begin van haar ontstaan is de dagvaardingsprocedure steeds onderwerp

21. Zie noot WHH onder HR 7 april 1989, NJ 1989, 607, waarin ook enkele uitzonderingen op dit beginsel vermeld worden.
22. Röder t.a.p., blz. 22.
23. Art. 429g, lid 1 Rv.
24. Zie o.a. art. 828h, lid 1 Rv.
25. Zie ook E.J. Dommering, preadvies NJV 1983, blz. 170.
26. Art. 429k, lid 2 Rv.

van kritiek geweest. De procedure was te formeel, te duur en duurde te lang. Dit heeft ertoe geleid dat sinds de invoering van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering vele pogingen zijn gedaan om de procedure vooral te versnellen, waarbij de taak van de rolrechter onder de loep genomen werd.

Om deze versnelling te bevorderen (hetgeen met zich meebrengt dat ook de kosten lager zullen worden) zijn in de loop der tijden een aantal voorstellen gedaan. Het gaat te ver om in het kader van dit opstel al die voorstellen volledig te bespreken en ik zal dan ook alleen een aantal van deze voorstellen alsmede enkele commentaren langsgaan voor zover deze van belang zijn in verband met het naast elkaar stellen van verzoekschriftprocedure en dagvaardingsprocedure.[27]

Het voorontwerp van de Nederlandse Juristenvereniging uit 1911 en het voorontwerp van de Vrijzinnig Democratischen Bond uit 1912[28] legden beide de nadruk op een mondelinge behandeling en een vaste termijn voor het nemen van conclusies. De NJV wilde deze termijnen wettelijk vastleggen, de VDB wil deze termijnen door de rechter laten vastleggen. Met name van de kant van de balie kwam veel kritiek op het fixeren van de termijnen om te concluderen. Door de balie werd aangevoerd dat de advocaat niet langer meer onafhankelijk en zelfstandig zou zijn maar dat hij afhankelijk zou worden van de rechter. Handhaving van een drukke praktijk zou bij strenge handhaving van termijnen niet meer mogelijk zijn.[29] Daarentegen waren er ook advocaten die erkenden dat vertraging van de procedure zijn oorzaak vond in het feit dat de balie het concluderen in veel zaken uitstelde met als gevolg dat ook de rolrechter niet meer keek op een paar weken meer of minder.[30]

Ook de staatscommissie Gratama[31] in 1911 legde nadruk op een snelle informelere procesgang waarbij wettelijke termijnen opgenomen werden voor het verrichten van proceshandelingen.

Al deze voorstellen die tamelijk radicaal ingrepen gezien ook de overige voorgestelde maar hier niet besproken veranderingen, zijn uiteindelijk niet tot wet verheven, terwijl men maar bleef klagen over de te trage procedure. Een kleine wetswijziging met betrekking tot artikel 143 Rv in 1924 bracht een lichte verbetering hierin.

---

27. Zie voor een meer volledig overzicht: G.J. Boon en F.S.P. van der Wal, De rol (van de) rechter, Deventer 1990, hoofdstuk III.

28. Het ontwerp van wet regelende het burgerlijk proces in eersten aanleg, samengesteld door de commissie benoemd krachtens besluit der algemene vergadering van de Nederlandsche Juristen Vereniging van 29 juni 1907, gereed oktober 1911, bijlage bij de Handelingen NJV 1911, blz. 34, art. 112, 115; Herziening van het Burgerlijk Proces, Verslag aan het Hoofdbestuur van den Vrijzinnig-Democratischen Bond, uitgebracht door de commissie benoemd tot het ontwerpen eener herziening van het burgerlijk proces, gereed in februari 1912, art. 46, 47, 48; Beide ontwerpen worden beproken door J.G.L. Nolst Trenité, Procesherzormingsplannen, Themis 1914, blz. 239 e.v. en in het verslag van een commissie uit de Haagse Balie van mei 1914, Themis 1916, blz. 43 e.v.

29. Verslag van de commissie uit de Haagse Balie t.a.p., blz. 43 e.v.

30. Zie o.a. J.G.L. Nolst Trenité t.a.p., blz. 25: G. Kirberger, Uitstel voor het nemen van conclusie, Themis 1919, blz. 104 e.v. en de reacties van Van Kuyk, Advocatenblad 1919, blz. 104 e.v. en Nolst Trenité, Advocatenblad 1919, blz. 159 e.v.

31. Staatscommissie Gratama, Ontwerp tot vaststelling van een Wetboek van Burgerlijke rechtsvordering, gereed 31 juli 1920, deel I, blz. 31, art. 153.

In 1947 werd weer een staatscommissie ingesteld, de staatscommissie Dorhout–Mees[32] en weer werd de nadruk gelegd op een mondelinge behandeling en wettelijke termijnen voor het nemen van conclusies, maar ook na het verslag van deze staatscommissie gebeurde er eigenlijk niets.

In 1965 kwam een commissie benoemd uit de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten met haar verslag, waarin wederom als kernpunt naar voren kwam het fixeren van de termijnen.[33] Ook hier kwam weer veel kritiek op.[34]

Nivard en Brunner[35] spraken in hun preadvies voor de Nederlandse Orde van Advocaten de voorkeur uit voor een mondelinge behandeling, maar wezen wettelijke termijnen voor het nemen van conclusies af. Dit laatste deed ook de zogenaamde kleine commissie[36] die wel voor gefixeerde termijnen was, maar dan in overleg met de balie en de rechtbank ter plaatse.

Het contact tussen partijen werd benadrukt door Bellaart[37] in zijn preadvies voor diezelfde Orde, waarin hij pleitte voor een comparitie na antwoord. Ik verwijs verder nog in dit kader naar de voorstellen van Meijknecht en Wedekind[38] die naar aanleiding van hun onderzoek naar het Stuttgarter Modell en de Vereinfachungsnovelle de nadruk leggen op een verkorte voorbereidende fase en indien nodig een geconcentreerde mondelinge behandeling.

Comparitie na antwoord

Al deze voorstellen hebben er – in dit kader – slechts toe geleid dat met ingang van 1 december 1989 de comparitie na antwoord (art. 141a Rv) is ingevoerd. Deze heeft het grote voordeel dat rechter en partijen reeds in een vroeg stadium contact met elkaar hebben, waardoor niet alleen voor de rechter de mogelijkheid geschapen wordt om actief op te treden, maar ook advocaten de mogelijkheid hebben te controleren of de rechter wel op het goede spoor zit, of hij de essentie van de procedure wel begrijpt. De mogelijkheid van deze comparitie, waarbij de rechter kan bevelen stellingen toe te lichten en bescheiden over te leggen, zal ertoe bijdragen dat de advocaten in hun eerste processtukken, dagvaarding en conclusie

32. Staatscommissie Dorhout–Mees, Richtlijnen voor de herziening van de civiele procedure en in verband daarmee van de rechterlijke organisatie, gepubliceerd in Advocatenblad 1948, blz. 135 e.v.

33. Rapport inzake de versnelling van de civiele procedure, Advocatenblad 1968, blz. 477 e.v.

34. Zie voor een overzicht van deze kritiek G.J. Boon en F.S.P. van der Wal t.a.p., blz. 54.

35. F.J.M. Nivard, Is reorganisatie van de burgerlijke rechtspleging noodzakelijk?, Advocatenblad 1968, blz. 477 e.v.; C.H.J. Brunner, Modernisering van het burgerlijk proces, Advocatenblad 1968, blz. 501; J.F. Bellaart, Taakopvatting van rechter en advocaat in de civiele procedure, Advocatenblad 1976, blz. 358.

36. Verslag van de Kleine commissie benoemd door de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak en de Nederlandse Orde van Advocaten voor nader onderzoek van het rapport genoemd in noot 33, Advocatenblad 1968, blz. 758 e.v.

37. J.F. Bellaart, Taakopvatting van rechter en advocaat in de civiele procedure, Advocatenblad 1976, blz. 358.

38. P.A.M. Meijknecht en W.G.Ph.E. Wedekind, Geconcentreerde procesgang, Trema 'exclusief', september 1982.

van antwoord, veel uitgebreider zullen zijn in hun stellingen. De houding van de advocatuur was in de dagvaardingsprocedure vaak te zeer erop gericht om niet meteen het achterste van de tong te laten zien en eerst eens de kat uit de boom te kijken. Een dagvaarding is dan net geen obscuur libel en ook in een conclusie van antwoord stond vaak niet meer dan het hoog nodige.

Pas in re- en dupliek begon de zaak zich uit te kristalliseren en soms was zelfs appel nodig om eindelijk te begrijpen hoe de zaak feitelijk in elkaar zat.

Heel anders gaat het toe in een verzoekschriftprocedure, waarin advocaten, in de wetenschap dat zij slechts éénmaal de gelegenheid hebben om hun standpunt schriftelijk uiteen te zetten, er belang aan hechten de rechter zo goed mogelijk in te lichten ten behoeve van de mondelinge behandeling in een uitgebreide, goed gedocumenteerde schriftuur. Bovendien als men dat niet doet dan wordt men daar, in een directe confrontatie met de rechter en in het bijzijn van de eigen cliënt, meer of minder fijnzinnig op gewezen. De comparitie na antwoord zal er derhalve toe kunnen leiden dat in een dagvaardingsprocedure veel meer duidelijkheid komt in een vroeg stadium van de procedure zodat schikkingsmogelijkheden ter tafel liggen, bewijsverdelingen bekend zijn, afgezien kan worden van verdere conclusies enz.

Fixeren van termijnen

Het vastleggen van wettelijke termijnen voor proceshandelingen zou naar mijn mening een enorme aanzet zijn tot het versnellen van de procedure. Maar wegens het ingrijpend karakter hiervan in de procedure en de principiële bezwaren van de balie is dit nooit gerealiseerd. Het argument dat de advocaat, gezien zijn drukke werkzaamheden, niet in staat zou zijn te concluderen binnen vastgestelde termijnen acht ik van minder belang. Men hoeft alleen maar te kijken naar de termijn van drie weken voor het indienen van een verweerschrift in een alimentatiezaak,[39] diverse beroeps- en cassatietermijnen in verzoekschrifprocedures – waarin de Hoge Raad onverbiddellijk is,[40] – om te bedenken dat dit een kwestie van aanpassen is. Niets is menselijker dan uit te stellen datgene op het nalaten waarvan geen sanctie staat. Bovendien zal een advocaat zich er wel voor hoeden om bij zijn wederpartij problemen te maken wanneer die uitstel vraagt voor een conclusie, want wat gij niet wilt dat U geschiedt... enz. En wat te denken van het niet te verwaarlozen belang van de cliënten die in zeer veel gevallen zich wanhopig afvragen waarom er in hun zaak weer niets is gebeurd naast het belang van de 'onafhankelijke en zelfstandige' balie. Overigens kan het natuurlijk zowel in een dagvaardingsprocedure als in een verzoekschriftprocedure van groot belang zijn om, wanneer men in een fase van onderhandelen zit, een conclusie, een verweerschrift of een mondelinge behandeling uit te stellen.

Inmiddels is het de vraag of wij niet in het kader van artikel 6 EVRM en daarmee samenhangend de jurisprudentie van het Europese Hof van de Rechten

39. Art. 828b, lid 2 Rv.

40. Zie o.a. HR 25 september 1981, NJ 1982, 451 en 452; HR 8 juli 1987, NJ 1988, 105; HR 3 maart 1989, NJ 1989, 493.

van de Mens[41] in de nabije toekomst daadwerkelijk zullen moeten overgaan tot het wettelijk fixeren van termijnen. Desondanks valt ook zonder het fixeren van de termijnen te verwachten dat ten gevolge van het invoeren van de comparitie na antwoord, sneller in de dagvaardingsprocedure geprocedeerd zal gaan worden, waardoor het voordeel van de snelheid van de verzoekschriftprocedure minder zwaar zal gaan wegen. Als er in de dagvaardingsprocedure sneller geprocedeerd kan worden mag verwacht worden dat ook goedkoper geprocedeerd kan worden. De discussie over de kosten die gemoeid zijn met het uitbrengen van de dagvaarding door de deurwaarder ten opzichte van het kosteloos bij de griffie af te geven verzoekschrift acht ik minder relevant dan de veel pricipiëlere discussie over de vraag hoe men een procedure moet beginnen: wel of niet met behulp van de deurwaarder die dagvaardt.[42] Deze discussie over de rechtsingang staat echter los van de vraag hoe er vervolgens geprocedeerd moet worden (daarbuiten gelaten natuurlijk die verzoekschriftprocedures waarin geen wederpartij gedagvaard kan worden omdat die er niet is of niet bekend is).

De snelheid van een procedure kan ook geblokkeerd worden door het instellen van formele voorschriften. In de dagvaardingsprocedure worden deze voorschriften echter meer en meer geïnterpreteerd met het oog op het doel van die voorschriften: het regelen van de procedure zodanig dat beide partijen in de gelegenheid gesteld worden op gelijkwaardige wijze hun rechten naar voren te brengen. Voorschriften zijn er niet voor om voor partijen zoveel mogelijk barrières op te werpen.[43] Voor bekende voorbeelden van deze deformaliseringstendens verwijs ik naar de jurisprudentie met betrekking tot het probleem van de verlopen rechtsdag en de verlopen geanticipeerde rechtsdag, maar ook met betrekking tot de nietigheden in (bij het uitbrengen van) de dagvaarding.[44] Aan de kant van de verzoekschriftprocedure ziet men overigens juist weer een sterke formalisering wanneer men kijkt naar bijvoorbeeld de recente jurisprudentie van de HR met betrekking tot de inhoud van het verzoekschrift in de appel- en cassatieprocedure.[45]

Activiteit van de rechter

Het meer of minder formele karakter van een procedure houdt ook verband met de graad van activiteit van de rechter. Zijn er weinig voorschriften dan kan de

41. Europese Hof voor de Rechten van de Mens 25 juni 1987, NJ 1990, 231; zie ook J.E. Bosch-Boesjes, De rechter en de duur van de procedure, enige beschouwingen naar aanleiding van de zaak Capuano, WPNR 5978, blz. 665 e.v.

42. Deze discussie is o.a. gevoerd naar aanleiding van het wetsontwerp strekkende tot wijziging van de kantongerechtprocedure (19.976) en de oratie van G.R. Rutgers, Over dagvaardingen, deurwaarders en wat verder ter sprake komt, Deventer 1982.

43. Zie hieromtrent de bijdrage van Th.B. ten Kate, Procesregels naar de kern genomen, Haardt-bundel, 1983, blz. 71 e.v.

44. Zie o.a. HR 9 december 1988, NJ 1989, 242; HR 3 juli 1989, NJ 1990, 76; HR 9 juni 1989, NJ 1990, 106 en 107. Zie ook A.P. Funke, Deformaliseringstendensen in het Burgerlijk Procesrecht, Haardt-bundel, 1983, blz. 63 e.v.

45. Zie o.a. HR 22 oktober 1982, NJ 1982, 645; HR 10 oktober 1986, NJ 1987, 121; HR 13 oktober 1989, NJ 1990, 495; HR 17 november 1989, NJ 1990, 496.

rechter veel actiever optreden. Ik kom dan toe aan het tweede begrip dat in het oog springt in het rijtje voordelen van Wesseling-van Gent.

In de verzoekschriftprocedure wordt de activiteit van de rechter als een voordeel gezien, terwijl in de dagvaardingsprocedure juist de 'niet al te bemoeizieke rechter' als een voordeel gezien wordt. De keuze voor de al dan niet actieve rol van de rechter is een principiële keuze die op grond van vele uiteenlopende redenen gemaakt kan worden. Maar, met Meijknecht[46] ben ik van mening dat deze keuze in de eerste plaats een politieke keuze is. Hoeveel vrijheid wil de wetgever aan de rechter toekennen in procesrechtelijk opzicht? Vindt men dat de vrijheid die de rechter thans heeft in verzoekschriftprocedures ook in dagvaardingsprocedures dient te gelden? Is die vrijheid als een zo groot voordeel te beschouwen dat dat een reden is om over te stappen van dagvaardingsprocedure naar verzoekschriftprocedure?

In de verzoekschriftprocedure komt de actieve rol van de rechter tot uiting in de omstandigheid dat hij de loop van de procedure bepaalt. Hij bepaalt hoe de procedure ingericht wordt. De wet geeft aan partijen geen bescherming tegen een te overheersende invloed van de rechter en geeft aan de rechter geen (nauwelijks) regels waaraan hij bij het inrichten van de procedure houvast heeft. De rechter kan al dan niet met een vermeerdering van eis instemmen, kan een kostenveroordeling uitspreken, kan uitvoerbaar bij voorraad verklaren. Hij bepaalt de dag van behandeling.[47]

In de dagvaardingsprocedure zijn hiervoor duidelijke regels gegeven aan de rechter. De rechter kan eigen initiatief ontplooien en daarmee de procedure sturen, maar er zijn voor hem veel meer wettelijke regels waar hij rekening mee dient te houden, die waarborgen voor partijen bieden en een controlefunctie op de rechter hebben.

De activiteit van de rechter in de verzoekschriftprocedure blijkt ook heel duidelijk uit het feit dat de regels van bewijsrecht alleen van toepassing zijn verklaard waar het gaat om het in acht nemen van een aantal formele vereisten met betrekking tot een getuigenverhoor, deskundigenonderzoek, plaatsopneming of bezichtiging.[48] Wanneer men alle regels van bewijsrecht van toepassing verklaard had, zou volgens de minister het karakter van de verzoekschriftprocedure veranderen en dat wilde hij niet.[49] Het gevolg is dat er in de verzoekschriftprocedure veel onzekerheden zijn, omdat, zoals Boekman[50] zegt, de essentiële regels van procesrecht niet van toepassing zijn verklaard. Natuurlijk kunnen de overige regels van bewijsrecht bij analogie van toepassing zijn. Meijknecht[51] knoopt daaraan de gevolgtrekking dat het enige wezenlijke verschil met de dagvaardingsprocedure blijft dat de rechter nooit verplicht is het bewijsrecht toe te passen, het bewijsrecht *kan* dus gelden. Maar daar ligt nu juist het meest belangrijke verschil dat er bestaat. Partijen zijn wat betreft het bewijs afhankelijk van de rechter. Aanbod van getuigenbewijs mag worden gepasseerd en er hoeft geen gelegenheid tot het le-

46. P.A.M. Meijknecht t.a.p., blz. 15.
47. Art. 429i lid 1 Rv; 429k lid 2 Rv; 429f lid 1 Rv.
48. Art.182 Rv.
49. Memorie van antwoord ontwerp bewijsrecht, blz. 12.
50. S. Boekman, Haardt-bundel, 1983, t.a.p., blz. 45.
51. P.A.M. Meijknecht t.a.p., blz. 11, 12.

veren van tegenbewijs worden gegeven. Die afhankelijkheid van de actieve rol van de rechter bestaat niet in de dagvaardingsprocedure. Een voorbeeld daarvan is de uitgebreide jurisprudentie van de Hoge Raad met betrekking tot de bewijslastverdeling, die aanwijzingen voor de rechter en waarborgen voor partijen met zich meebrengt.[52] Wel is de rechter in het nieuwe bewijsrecht in de waardering van het bewijs veel vrijer geworden. Overigens gaat Meijknecht, nog los van de kwestie van het al dan niet toepasselijk zijn van het bewijsrecht, er naar mijn mening te snel aan voorbij dat alleen al ten gevolge van het verschil in activiteit van de rechter, er een duidelijk verschil is tussen dagvaardings- en verzoekschriftprocedure.

Vrijheid van de rechter gaat, en dat is onvermijdelijk, gepaard met minder waarborgen voor partijen, minder controle op de rechter. Het is terecht dat ook in de dagvaardingsprocedure voor een zekere mate van vrijheid voor de rechter is gekozen en die vrijheid is groter geworden ten gevolge van het invoeren van de comparitie na antwoord en het nieuwe bewijsrecht. Ik zie echter geen reden om de vrijheid die de rechter in de verzoekschriftprocedure heeft van zo groot belang te achten dat om die reden overgeschakeld zou moeten worden van dagvaardingsprocedure naar verzoekschriftprocedure. Integendeel, ik zet bij een te grote vrijheid van de rechter in procesrechtelijk opzicht vraagtekens. Het RAIO-congres in 1985 had als titel 'de rechter als dictator' en Brenninkmeijer[53] leidde daaruit af dat kennelijk de vrees bestaat dat de rechter te veel ongecontroleerde macht krijgt of al heeft. In materieel opzicht moet de rechter in vele gevallen waarin de wetgever het heeft laten afweten, beslissingen geven die een sterk normerend karakter hebben. De legitimiteit van dergelijke uitspraken berust niet, zoals een wettelijke norm, op een democratische wijze van totstandkomen. Toch worden die normen door de rechtsgenoten aanvaard. In onze maatschappij staat de rechterlijke macht in hoog aanzien en de kwaliteit van onze rechtspraak wordt mede bepaald door formele en procesrechtelijke aspecten.

Die kwaliteit wordt het beste gewaarborgd met een procedure waarin de rechter weliswaar actief optreedt, maar niet als enige de procedure stuurt en bepaalt hoe de procedure ingericht wordt. Ook partijen hebben daar een belangrijke rol in. Er dienen derhalve behoorlijk gewaarborgde procedureregels te zijn, waaraan zowel de rechter als partijen zich moeten houden. En zoals Sterk[54] zegt: 'Regels omtrent de procesgang maken de rechter allerminst tot een slaaf van gedetailleerde voorschriften. Er is ruimte voor eigen creativiteit, beleid en toepassing van goed vakmanschap.'

Die regels acht ik bovendien van belang omdat steeds meer gebruik gemaakt wordt van enkelvoudige rechtspraak (overigens is ook de iudex-unus-rechtspraak ingevoerd onder druk van de bezuinigingen). De kans dat eigengereide rechters in alle vrijheid zonder gebonden te zijn aan regels en zonder controle door partijen

52. Zie o.a. HR 21 april 1989, RvdW 1989, 114; HR 12 mei 1989, RvdW 1989, 128. Zie ook het uitgebreide artikel over de bewijslastverdeling van H.C.F. Schoordijk, De bewijslastverdeling onder het nieuwe bewijsrecht, WPNR 5937, 1989, blz. 680 e.v.

53. A.F.M. Brenninkmeijer, De plaats van de rechter in onze constitutionele rechtsorde, De rechter als dictator, RAIO-congresbundel 1987, blz. 51.

54. T.A.W. Sterk, Vrijmoedige procesvoering, diss., Deventer 1977, blz. 20.

hun grenzen uit het oog verliezen en slecht gemotiveerde beslissingen geven, moet tot het minimum beperkt worden. En dit geldt des te sterker voor de appelprocedure. Zijn de gerechtshoven nog tegen iudex-unus-rechtspraak in hoger beroep, de kans is zeer wel aanwezig dat ook daar, ten gevolge van de verhoging van de werkdruk, met enkelvoudige kamers gewerkt moet gaan worden. Nu zal men zeggen: kijk naar het kort geding dat in aantal onevenredig stijgt ten opzichte van het aantal gewone civiele procedures; ook daar is toch sprake van een iudex unus die in alle vrijheid, zonder toepassing van het bewijsrecht, rechtspreekt. Het grote verschil is echter wel dat het hier gaat om een rechtsgang die leidt tot een voorlopige voorziening waar partijen in alle vrijheid voor kiezen terwijl men kennelijk vrede heeft met de gegeven beslissing.

In de door mij geschetste situatie gaat het om een verplicht gestelde rechtsgang in een bodemprocedure voor (in vele gevallen) een rechter die in grote vrijheid een beslissing neemt. En zelfs al geeft dit nog helemaal geen problemen en kan men zich op dit moment niet voorstellen dat dit enige problemen zal gaan geven, dan toch moet men zich heel goed realiseren wat de consequenties zijn als het verloop van de procedure grotendeels aan de rechter overgelaten wordt. Ook Leijten[55] waarschuwt met betrekking tot het voorontwerp van familieprocesrecht – en dan gaat het zelfs alleen om verzoekschriftprocedures – voor de tendens dat de 'rechter–koning' te veel kans krijgt. Voor een dagvaardingsprocedure geldt dit naar mijn mening nog veel sterker. Ook in het recente wetsvoorstel tot wijziging van de kantongerechtprocedure, dat onder meer tot doel had een grotere vrijheid voor de rechter te creëren, is men zich van dit gevaar bewust geworden en heeft men de vrijheid van de rechter in het bepalen van het verloop van de procedure ingedamd.[56] Een voorstel van Duynstee,[57] om de rechter in kort geding de bevoegdheid te geven rechtsposities vast te stellen en de bodemprocedure als overbodig en uit de tijd te laten verdwijnen, stuit bij mij op grond van de hiervoor uiteengezette redenen op grote bezwaren.

Conclusie

Dagvaardings- en verzoekschriftprocedure zijn in de loop der tijd naar elkaar toegegroeid. De voordelen van de verzoekschriftprocedure, voor zover die de snelheid, het kostenaspect en het minder formele karakter betreffen, lijken mij niet doorslaggevend meer te zijn om overschakeling van dagvaardingsprocedure naar verzoekschriftprocedure te overwegen. Deze voordelen zijn, voor zover mogelijk, binnen het eigen karakter van de dagvaardingsprocedure reeds opgenomen. De grote activiteit van de rechter acht ik geen voordeel, maar zelfs een nadeel, omdat die kan leiden tot een procedure met minder waarborgen voor partijen en

55. J.C.M. Leijten, '... die goeie, ouwe dagvaardingsprocedure...', Tijdschrift voor Familie- en Jeugdrecht 1989, nr. 3, blz. 54.

56. Wetsontwerp tot wijziging van de civiele kantongerechtsprocedure, MvA blz. 11; aanvankelijk was aan de rechter overgelaten of re- en dupliek was toegestaan indien geen comparitie na antwoord had plaatsgevonden, maar nu is er in die situatie recht op re- en dupliek.

57. J.E.F.F.M. Duynstee, Civiele bespiegelingen naar aanleiding van de zaak Capuano, Trema 1990, blz. 204 e.v.

minder waarborgen voor een goede rechtspraak. Aan de andere kant heeft de rechter in de dagvaardingsprocedure terecht een actievere rol gekregen. Die vergroting van activiteit is echter niet ten koste gegaan van de waarborgen en procesbeginselen die in de dagvaardingsprocedure door de jaren heen ontwikkeld zijn en waarvan het bewijsrecht als een van de belangrijkste beschouwd kan worden. Beide procedures hebben hun eigen karakter en zij dienen dan ook naast elkaar te functioneren. Bij de keuze van de procedurevorm moet naar mijn mening getracht worden aansluiting te zoeken bij de criteria voor het onderscheid tussen eigenlijke en oneigenlijke rechtspraak.

A. Hammerstein

Hoger beroep in civiele zaken

Inleiding

1. In februari 1989 bracht RM Themis een themanummer uit over het onderwerp: Een of twee instanties? Leijten schreef daarin een beschouwing over de noodzaak of het nut van twee feitelijke instanties in civiele zaken. Zijn bijdrage had de profetische titel: Aan het civiele front liever geen groot nieuws.[1] Die wens bleek al spoedig niet te worden vervuld. De minister kwam nog in hetzelfde jaar met het idee van het zgn. interne appel.[2] Toen ik dat voor het eerst in de krant las, dacht ik dat het de minister of zijn ambtenaren in de bol was geslagen. Het plan was echter serieus bedoeld en kreeg – helaas – steun vanuit een deel van de rechterlijke macht, vooral rechters met Antilliaanse ervaring.[3] Voorts werd duidelijk dat een aantal rechtbanken het aantrekkelijk vond de appelrechtspraak in te lijven.[4] Het interne appel heeft een vernietigende kritiek gekregen vanuit de Orde van Advocaten.[5] Een studiecommissie van de NVvR heeft eveneens een (uiterst) negatief advies uitgebracht.[6] Thans lijkt het gevaar van een ook in mijn ogen desastreuze verandering van de appelrechtspraak enigermate gekeerd.[7] Leijten pleitte in zijn opstel voor het behoud van twee feitelijke instanties in civiele zaken. Hij erkende al aanstonds dat de noodzaak ervan niet valt te bewijzen. Ik onderschrijf de strekking van zijn betoog dat appelrechtspraak niet (absoluut) onmisbaar is, maar wezenlijk bijdraagt tot de kwaliteit van de rechtspleging. Leijten zou zichzelf ver-

1. Blz. 72–84. Zie ook zijn – wat anders gekleurd – preadvies NJV 1975, blz. 144 v.

2. Uitgewerkt in de Notitie: Naar een nieuwe structuur van de rechterlijke organisatie, augustus 1989.

3. Zie H. van Breda, De rechter in het zicht van het jaar 2000, NJB 1990, blz. 1084.

4. Advies van de vergadering van rechtbankpresidenten van mei 1989. Op dit onderdeel is het advies gebrekkig gemotiveerd. Zie mijn bijdrage in Trema 1989 (XII) blz. 285.

5. Advies van de Commissie herziening Rechterlijke Organisatie d.d. maart 1990, onder IV.7 en V.2. Deze commissie wijst er – terecht – op dat de Notitie afwijkt van het advies van de Staatscommissie die de kwaliteit van de rechtspleging als een vanzelfsprekend en wezenlijk element voorop gesteld heeft, terwijl de Notitie een bereidheid toont om terwille van de eenvoud van het systeem en terwille van de eenvoudige beheersbaarheid van het management concessies te doen met betrekking tot de kwaliteit (p. 11). Het zal geen verbazing wekken dat Leijten als voormalig lid van de Staatscommissie de kwaliteit van de rechtspleging als fundamenteel uitgangspunt heeft genomen.

6. Gepubliceerd in Trema XIII (1990), p. 231 v.: noodzakelijk noch wenselijk.

7. Hoewel de (huidige) minister van justitie op 22 juni 1990 tijdens het symposium te Nijmegen over de Herziening van de rechterlijke organisatie het onderwerp toch weer kleineerde door wat badinerend te spreken over 'het plaatsen van schermen in de kantine'.

loochenen als hij ook die stelling niet had gerelativeerd. Tegen appelrechtspraak zijn ongetwijfeld bedenkingen aan te voeren, vooral waar het gaat om de duur van de procedure en de kosten. De praktijk is druk doende de nadelen weg te nemen. De productie van de hoven is toegenomen. Onnodige formalismen worden opgeruimd.

Plan van behandeling

2. Mr H.E. Ras heeft in een voordracht voor het Arnhems Juridisch Genootschap op 8 mei 1990 drie kenmerken van hoger beroep genoemd. In de eerste plaats wordt het appel gekenmerkt door een processuele gecompliceerdheid. De zaak wordt niet opnieuw behandeld doch de appellant moet grieven aanvoeren. In de tweede plaats zal het appel leiden tot een verdieping van de behandeling van de zaak en in de derde plaats draagt de appelrechtspraak bij tot de eenheid van het recht. Ras heeft deze onderwerpen summier toegelicht op de hem eigen heldere wijze. Ik heb mij tot taak gesteld in dit opstel deze drie onderwerpen (wat) verder uit te werken met een verbinding naar de hiervoor onderschreven mening van Leijten dat appel bijdraagt tot de kwaliteit van de rechtspraak, en met een bestrijding van een hierna te noemen opstel van Bakels.

Het stelsel van grieven

3. Het appel in een civiele zaak zou zeer eenvoudig kunnen zijn. Beide partijen leggen het dossier van de eerste aanleg over en vragen aan de appelrechter de zaak opnieuw te beoordelen. De aantrekkelijkheid van de eenvoud is om een aantal redenen bedrieglijk.

(i) De taak van de appelrechter zou dezelfde zijn als die van de eerste rechter. Een volledig nieuwe beoordeling van de zaak betekent een verdubbeling van de procedure.

(ii) Er zou geen inhoudelijke rem zijn op het instellen van appel. Iedere partij die ongelijk heeft gekregen, zou deze tweede mogelijkheid kunnen benutten omdat er (vrijwel) niets voor behoeft te worden gedaan.

(iii) De processuele complicaties zouden groot zijn. In vele zaken kan de eerste rechter immers niet volstaan met een eindvonnis. Wat te doen met comparities, bewijsopdrachten, deskundigenbericht en descentes? Waar zou de appelrechter moeten beginnen of eindigen? In vele zaken blijven stellingen en weren van partijen onbesproken, omdat zij in de beoordeling niet (meer) relevant worden geacht. Moet de appelrechter dat alles nog eens dunnetjes overdoen?

(iv) Partijen komen in deze benadering niet aan het woord. Hun bijdrage aan een nieuwe beoordeling is juist van het grootste belang. Zij kunnen zien waar en waarom de beoordeling in eerste aanleg niet of onvoldoende is geweest. Zij kunnen de stellingen, weren en vorderingen aanpassen aan de tijdens het geding gebleken omstandigheden.

De conclusie moet dan ook zijn dat de meest eenvoudige vorm van appel tevens

de meest onwenselijke is. Het ontbreken van de deelneming van partijen aan het debat maakt deze vorm van appel onwerkbaar en ondoelmatig.[8]

4. Hoger beroep is een voortgezette instantie. Het debat stokt niet om – stilgezet in de tijd – opnieuw onder de loupe te worden genomen, maar gaat verder. Dat betekent dat iedere volgende stap een schakel vormt met het verleden. Het geding in hoger beroep wordt sterk beïnvloed door het feit dat de eerste rechter aan het woord is geweest. Het is in de eerste plaats aan partijen aan te geven wat zij daarvan ter discussie willen stellen. Logisch vloeit hieruit voort dat wat eenmaal is beoordeeld, nog slechts kan worden aangetast doordat de hogere rechter tegen het vonnis aangevoerde bezwaren gegrond acht. Een beginsel van onze rechtspraak – neergelegd in de artikelen 5 lid 1 aanhef en onder 3° en 140 Rv – is dat stellingen gemotiveerd moeten worden. Een bezwaar tegen het oordeel van de eerste rechter moet worden onderbouwd. De tegenpartij moet weten waartegen zij zich heeft te verweren.[9] Zo komen wij aan een stelsel van gemotiveerde grieven. Die grieven moeten specifiek zijn. De grief dat het geschil in volle omvang aan het oordeel van de appelrechter wordt voorgelegd kan reeds daarom niet slagen.

5. In hoger beroep zijn partijen wijzer geworden, niet alleen doordat zij het oordeel van de rechter kennen over een of meer onderdelen van de procedure. Zij hebben ook de gelegenheid gehad het strijdperk te overzien en te constateren waar de sterke en de zwakke punten van de wederpartij zitten. Zij zien dan ook in waar de zwakheden aan de eigen zijde liggen. Een niet gering onderdeel daarvan is dat de feitelijke contouren zich zijn gaan aftekenen: wat is wel en wat is niet komen vast te staan? Daaraan kunnen belangrijke gevolgen worden verbonden. Het kan zijn dat een partij inziet dat zij om 'recht' te krijgen op een andere grondslag moet voortprocederen, dat een bepaalde vordering kansloos is maar een andere vordering wel zal slagen; soms blijkt dat de kracht van het bewijs is onderschat of dat nieuwe stukken boven tafel komen. Het hoger beroep is met andere woorden mede bedoeld om omissies en verzuimen aan eigen zijde te herstellen. Een beroep zonder grieven is dus denkbaar als een partij het appel alleen wil gebruiken om de procedure een andere wending te geven.[10] De autonomie van partijen brengt mee

8. Opmerkelijk is dat het appel zonder de noodzaak van grieven blijkbaar wel door de wetgever zo beoogd is. Zie Van Rossem–Cleveringa, aantekening 5 bij artikel 332, in het bijzonder noot 7 waar hij als zijn mening verkondigt: 'Men kent immers het standpunt van de partijen reeds uit den eersten aanleg; zo zij geen misslag willen herstellen of een leemte willen aanvullen, zo zij m.a.w. geen nieuwen eis willen doen, geen nieuw verweer willen opwerpen of nieuw bewijs willen aanbieden, zo zij daarbij hun appel niet willen beperken, zich bij het gevecht in hoger beroep niet willen terugtrekken op een verkort front (...) en hun appel niet nader begeren toe te lichten of niet anders dan met een verwijzing naar wat zij reeds in eersten aanleg aanvoerden, wat heeft het dan voor zin den eis der bepaalde grieven desalniettemin te stellen? Geen enkele; of het moest deze – maar dan irrelevante – zijn, dat de appelrechter zelf bij zijn herbeoordeling er enig gemak van ondervindt.'

9. HR 24 april 1981, NJ 1981, 495 (WHH); zie de conclusie van de A.G. Franx met veel verwijzingen en de noot van Heemskerk.

10. HR 17 februari 1978, NJ 1978, 623; HR 19 januari 1979, NJ 1980, 124 (WHH); HR 24 april 1981, NJ 1981, 495 (WHH).

dat alleen de partij zelf dat kan doen. De rechter is slechts geroepen te beslissen op het geschil zoals het wordt voorgelegd en toegelicht.[11]

6. Het stelsel van grieven, wijziging van de eis in hoger beroep, nieuwe stellingen en een nieuw bewijsaanbod of een verdere bewijsvoering brengen processuele complicaties mee. De gedachte dat het appel in civiele zaken niet wezenlijk afwijkt van de eerste aanleg,[12] ontkent fundamenteel het karakter van het geding in hoger beroep.

7. Er is verschil tussen de positie van appellant als oorspronkelijk eiser en de appellant als voormalig gedaagde.

De oorspronkelijk eiser aan wie zijn vordering geheel of gedeeltelijk is ontzegd, zal in appel die vordering voor zover afgewezen, opnieuw aan de orde stellen. Deze appellant kan daarbij de feitelijke of juridische grondslag van zijn vordering wijzigen. De geïntimeerde heeft daartegen het wapen van artikel 134 Rv. Als er bewijs moet worden geleverd kan dat alsnog in appel. Wil de oorspronkelijk eiser op basis van dezelfde grondslag voort-procederen, dan zal hij de schakels in de door hem onjuist geachte oordelen van de eerste rechter moeten aantasten. Hij zal dus moeten aanwijzen welke (feitelijke of juridische) oordelen hij onjuist acht en waarom dat zo is. De appelrechter kan zich beperken tot een beoordeling van deze grieven.

De oorspronkelijk gedaagde zal als appellant eerder grieven moeten ontwikkelen, omdat de eerste rechter al gronden voor een toewijzing van (een gedeelte van) de vordering heeft gevonden en dus zijn verweer heeft verworpen. Het zal uitzondering zijn dat een vonnis niet in stand kan blijven op een in appel nieuw aangevoerd verweer en ook dan zal meestal toch ook een schakel in de redenering van de eerste rechter moeten worden aangetast.

8. Uit het vorenstaande laat zich een regel van appeltechniek begrijpen die blijkbaar niet als vanzelfsprekend wordt ervaren. Zodra de oorspronkelijk eiser/appellant een bres in het vonnis a quo heeft geschoten, zal de appelrechter opnieuw een oordeel moeten geven over de toewijsbaarheid van het relevante gedeelte van de vordering. De appelrechter zal dan moeten letten op het door de oorspronkelijk gedaagde gevoerde verweer. Blijkbaar wordt zonder meer als redelijk aanvaard dat zulks in de eerste plaats het verweer moet zijn dat nog niet behandeld is in prima. De eerste rechter kan echter ook al verweren hebben verworpen. De gedachte bestaat dat de gedaagde die geen incidenteel appel heeft ingesteld, deze verweren in appel niet meer kan voeren. In een constante jurisprudentie sedert 1925[13] heeft de Hoge Raad die zienswijze van de hand gewezen.[14] Dat lijkt mij

11. Zie de kritiek van L.D. Pels Rijcken, Aanvullen van rechtsgronden in hoger beroep, in: Een goede procesorde, Haardt-bundel, blz. 173.

12. Notitie, p. 38. 'Zowel in eerste aanleg als in hoger beroep gaat het om een volledig nieuwe beoordeling van zowel de feiten als het recht.' Zo simpel is het niet.

13. Zie L.E.H. Rutten, De devolutieve werking van het appel in het burgerlijk procesrecht, 1945, blz. 135 v. en J.J. Vriesendorp, Ambtshalve aanvullen van rechtsgronden, 1981, blz. 15 v.

14. Zie de vindplaatsen bij Rutten, t.a.p. en voorts: HR 13 december 1957, NJ 1958, 34; HR 28 februari 1969, NJ 1969, 389; HR 12 oktober 1973, NJ 1974, 232 (WLH); HR 11 mei 1979, NJ 1979, 441 (PAS); HR 28 oktober 1988, NJ 1989, 103.

volkomen terecht. Wanneer de oorspronkelijk eiser geïntimeerde is, geldt hetzelfde voor de grondslagen van de vordering.

Vermeende onevenwichtigheden

9. In een fraaie analyse meent Bakels[15] in dit stelsel enkele onevenwichtigheden te bespeuren.

In de eerste plaats merkt hij op dat de rechtspraak van de Hoge Raad tot gevolg kan hebben 'dat in hoger beroep recht kan worden gesproken buiten de grieven om'.[16] Die constatering is slechts gedeeltelijk waar doch in zoverre niet van belang. De appelrechter behandelt immers hetzelfde geschil als de eerste rechter, zij het alleen voor zover het door de partijen aan hem wordt voorgelegd. De appelrechter kan niet buiten de grieven om gaan waar het de omvang van de rechtsstrijd betreft. Ik meen dat Bakels een verkeerde uitleg geeft aan wat er in de door hem als voorbeeld gekozen procedure gebeurt. Ik zal die procedure[17] daarom eerst nogmaals aan een onderzoek onderwerpen. De casus lag als volgt.

> Niekoop is op staande voet ontslagen door Ago wegens het herhaaldelijk weigeren van een opdracht. Volgens Niekoop was die opdracht onredelijk. Hij roept de nietigheid van het ontslag in. De kantonrechter verwerpt het verweer van Niekoop dat de opdracht onredelijk was. Na getuigenverhoor oordeelt de Kantonrechter dat is komen vast te staan dat Niekoop tweemaal die opdracht geweigerd heeft, maar dat niet is gebleken dat Ago hem voldoende heeft gewaarschuwd voor de gevolgen van zijn weigering. Er is dus geen dringende reden. In hoger beroep acht de rechtbank deze waarschuwing niet van belang en overweegt zij dat nog slechts ter beoordeling staat of Ago een dringende reden had. Vervolgens gaat de rechtbank voorbij aan het, uitdrukkelijk gehandhaafde, verweer van Niekoop dat de opdracht onredelijk was. De rechtbank meent – ten onrechte – dat Niekoop van het oordeel van de kantonrechter incidenteel appel had moeten instellen.

Bakels betoogt nu dat de rechtbank, als zij het goed gedaan had, het verweer van Niekoop onmiddellijk had kunnen behandelen en bij aanvaarding ervan het vonnis van de kantonrechter had kunnen bekrachtigen met verbetering van gronden.

Bakels vervolgt:

> 'Zij zou daar niet wijs aan doen, aangezien partijen die wending niet verwachten. Aan deze kwestie hebben zij immers (nog) geen woord gewijd.'

Bakels denkt te veel (geïsoleerd) vanuit het hoger beroep als enige instantie. Partijen hebben het probleem van de redelijkheid van de opdracht wel degelijk be-

15. F.B. Bakels, Enkele processuele onevenwichtigheden in de rechtspraak over hoger beroep in burgerlijke zaken, WPNR 5951 (1990).
16. Blz. 148 r.k.
17. HR 4 mei 1984, NJ 1985, 22.

sproken: in eerste aanleg. Wat zij daarover hebben gezegd, maakt onderdeel uit van de rechtsstrijd in hoger beroep die gaat over de vraag of er een dringende reden is. In dat verband is de (gehandhaafde) stelling van Niekoop van belang. In beginsel kan de appelrechter die stelling zonder meer behandelen. De rechtbank ging ook niet buiten de grieven om.[18] Deze hielden in elk geval in dat er sprake was van een dringende reden. Als een stelling van Niekoop ertoe leidt dat de grieven niet tot een ander oordeel dan dat van de eerste rechter kan leiden, behoeven zij *verder* niet besproken te worden.

Er is dus ook geen sprake van een overval van de appelrechter op de partijen.[19] De appelrechter neemt immers binnen het kader van de gevoerde rechtstrijd een stelling van de geïntimeerde aan. Het kan onder omstandigheden nodig zijn die stelling nog eens te onderzoeken, maar dat hangt van de zaak af. Het feit dat de appelrechter anders oordeelt dan de eerste rechter, is inherent aan het instellen van appel. Wat voor Bakels de verrassing vormt is dat de appelrechter ondanks het slagen van de grieven het vonnis a quo zou kunnen bekrachtigen, maar ook dat zit in het stelsel ingebakken.

Als een partij als grief aanvoert dat de eerste rechter een niet gesteld feit heeft aangenomen, kan dat feit in hoger beroep door aanvulling van de stellingen komen vast te staan en behoeft er geen ander oordeel te volgen. Het slagen van de grieven is niet het einde van de beoordeling.

10. Daarmee komen we aan wat Bakels het andere ongewenste neveneffect noemt van deze 'twee-fasen rechtspraak'. Volgens hem worden appellant en geïntimeerde ongelijk behandeld. Bakels betoogt:

> 'Laat ons aannemen dat de rechtbank (...) met de kantonrechter van oordeel was geweest dat indien de opdracht om werklijsten bij te houden redelijk was, een herhaalde waarschuwing met expliciete ontslagbedreiging in de gegeven omstandigheden een noodzakelijke voorwaarde was geweest voor een rechtsgeldig ontslag op staande voet. De rechtbank denkt echter anders over de redelijkheid van die opdracht. Het verzuim van Ago mede een grief te richten tegen het betreffende oordeel van de kantonrechter wordt haar nu fataal.'[20]

Ik kan de strekking van dit betoog niet volgen. Uitgangspunt is immers dat de grieven de omvang van het appel bepalen. De appelrechter beoordeelt slechts

18. Beoordeling van het geschil in hoger beroep zonder behandeling van de grieven is toegestaan; zie Kluwer Rechtsvordering, aantekening 13 op artikel 332 (i.h.b. noot 4).

19. Uit HR 2 februari 1990, NJ 1990, 795 (JBMV) blijkt dat Bakels in zoverre wel gelijk heeft dat de appelrechter partijen niet voor een volstrekte verrassing mag plaatsen door een beslissing te nemen op een punt dat geen onderdeel heeft uitgemaakt van het debat in hoger beroep. Zoals Vranken in zijn noot schrijft, valt niet aan te nemen dat de Hoge Raad van zijn vaste jurisprudentie over de devolutieve werking van het appel is afgeweken, maar was hier sprake van bijzondere omstandigheden.

20. Blz. 149 l.k. Volgens Bakels wordt de verschillende behandeling van partijen voor het rechtsgevoel als een onevenwichtigheid ervaren. Partijen worden echter niet verschillend behandeld door de appelrechter die immers pas in het kader van de grieven mede de oorspronkelijke verweren kan betrekken.

datgene wat appellant aan hem ter beoordeling voorlegt.[21] Principieel wijkt dat niet af van wat er in eerste aanleg gebeurt. Als eiser nalaat een voor de toewijzing van de vordering noodzakelijk element te vermelden of als gedaagde verzuimt een stelling te betwisten en als beide partijen geen bewijsaanbod doen, hebben die omissies processuele gevolgen.

11. Ook het bezwaar van Bakels tegen het feit dat geïntimeerde 'van rechtswege aanspraak heeft op een tweede fase', snijdt geen hout. Wanneer de oorspronkelijk eiser in appel met een van zijn grieven succes heeft, moet binnen het door de grieven getrokken kader opnieuw beoordeeld worden of de vordering van eiser–appellant toewijsbaar is. Vanzelfsprekend zal de appelrechter de aangevoerde verweren daarbij moeten betrekken. Bij de oorspronkelijk eiser/geïntimeerde betekent het slagen van de grieven dat de (subsidiaire) grondslagen van de vordering opnieuw van belang worden.[22] Een en ander houdt verband met de taak van de appelrechter: een nieuwe beoordeling indien en voor zover de grieven slagen.

12. Er is (dus) geen aanleiding de door Bakels genoemde drie remedies in overweging te nemen, omdat zij berusten op een onjuiste vooronderstelling. Zijn remedies bieden trouwens ook geen uitkomst.

Zijn eerste remedie beoogt aan geïntimeerde de eis te stellen dat hij ook zijn in eerste aanleg verdedigde stellingen via een (voorwaardelijk) incidenteel appel aan de rechter voorlegt. Bakels geeft zelf toe dat dit strenge formalisme niet past in de huidige rechtsontwikkeling. Het is ook strijdig met ons stelsel van grieven die immers betrekking moeten hebben op bezwaren tegen het oordeel van de eerste rechter.

De tweede remedie levert een ander uiterste op, namelijk dat het grievenstelsel volledig wordt verlaten. Bakels schrijft[23]:

> 'Voordeel daarvan is, dat de rechter niet door formele obstakels belemmerd wordt in het uitoefenen van zijn taak: "suum cuique tribuere". Zijn daarmee gepaard gaande actieve en bedrijvende opstelling past op zichzelf goed bij moderne processuele ontwikkelingen.'

Volgens mij is hier sprake van een schijn-voordeel. Grieven zijn immers geen formele obstakels. Zij vloeien voort uit de autonomie van partijen en houden verband met het beginsel dat partijen gemotiveerd moeten aangeven wat zij van de rechter verlangen. Pas daarna komt de actieve rol van de rechter aan bod. Deze 'remedie' staat haaks op de fundamenten van ons procesrecht.

De derde remedie zoekt naar een gulden middenweg. Hier zit Bakels in aanzet op het juiste spoor. Hij wil stringentere toepassing van de uit de goede procesorde voortvloeiende regel *dat de tegenpartij moet weten waartegen zij zich heeft te verdedigen.* Bakels ziet daarbij drie mogelijkheden om door hem gesignaleerde onevenwichtigheden recht te trekken.

21. HR 13 januari 1989, NJ 1989, 336.
22. HR 7 december 1956, NJ 1958, 445; HR 4 juni 1976, NJ 1977, 40 (PZ); HR 4 mei 1984, NJ 1985, 22 (PAS); HR 10 juni 1988, NJ 1989, 30 (JBMV).
23. Blz. 150.

(i) Deze regel kan worden gebruikt bij het toetsen van de toelaatbaarheid van door geïntimeerde in een laat stadium gestelde nieuwe feiten. Hij licht dat (t.a.p.) als volgt toe:

> 'Daaruit kan onder omstandigheden volgen dat een beroep op dergelijke feiten, dat ook eerder had kunnen worden gedaan, niet meer aanvaardbaar is, aangezien appellant daar geen rekening meer mee had behoeven te houden, c.q. zijn in appel gehouden betoog daarop dan ook niet had ingericht.'

Afgezien van de vaagheid van dit kriterium, kan men zich afvragen of het niet strijdt met het beginsel dat het hoger beroep kan dienen om verzuimen te herstellen. Die regel is trouwens voor de geïntimeerde neergelegd in artikel 348 Rv.[24]

Geïntimeerde moet het wel bijzonder bont maken, wil deze sanctie toepassing kunnen vinden. Het lijkt mij in elk geval onaanvaardbaar om aan geïntimeerde niet de volle mogelijkheid te geven zich bij memorie van antwoord ook met nieuwe feiten te verdedigen. Appellant vraagt immers als eerste om een nieuwe beoordeling door de appelrechter. Over het aanvoeren van nieuwe feiten bij pleidooi kan anders gedacht worden. Daar ontwikkelt zich deze regel van goede procesorde wel tot een wapen tegen ongeoorloofde overvaltechnieken.[25] Bakels vergeet wellicht ook dat de appelrechter bij memorie van antwoord aangevoerde nieuwe feiten niet als vaststaand mag aanvaarden. Er zal dus een vervolg moeten worden verbonden aan het processueel debat. Als geïntimeerde oorspronkelijk eiser was, kan de appellant via de weg van artikel 134 Rv aan uitbreiding van de feiten een halt (proberen) toe (te) roepen.

(ii) Bakel wil voorts de 'tweede fase' beperken tot die door geïntimeerde in eerste instantie verdedigde stellingen en weren, waarvan appellant had behoren te begrijpen dat zij ook in appel waren gehandhaafd, zodat hij kon weten dat hij zich mede daartegen had te verdedigen.

> 'Als vuistregel kan worden aanvaard, dat hoe minder duidelijk en volledig de betreffende stellingen in eerste instantie zijn ontwikkeld, des te hoger de aan geïntimeerde te stellen eisen zijn om dat in appel alsnog te doen, wil hij op behandeling daarvan in de "tweede fase" aanspraak kunnen maken.'

De hier geciteerde zienswijze van Bakels onderschrijf ik als een mooi principe. In de praktijk zal er weinig van terecht komen, want zodra geïntimeerde zijn memorie van antwoord doet aanvangen met de sacrale woorden dat hij alle stellingen van de eerste aanleg uitdrukkelijk handhaaft, is hij voldoende duidelijk voor appellant. Appellant/eiser behoort in het huidige stelsel te weten dat geïntimeerde/gedaagde zich in eerste aanleg verweerd heeft en hij mag aannemen dat in appel daarin geen verandering is gekomen. De regel van Bakels zou kunnen gelden voor weinig geadstrueerde of ver gezochte verweren, waarvan de serieusheid al in eerste aanleg betwijfeld mocht worden.

24. HR 16 februari 1973, NJ 1977, 588.
25. HR 6 april 1979, NJ 1980, 34 (CJHB); HR 1 juni 1990, RvdW 1990, 119, r.o. 3.10.

(iii) Bakels vraagt (terecht) aandacht voor het bewijsaanbod in appel. Ik zal daarop hierna afzonderlijk ingaan.

Enkele grondregels van het appel

13. Het betoog van Bakels verdient aanvulling. In hoger beroep gelden andere ongeschreven regels van procesrecht, die binnen het stelsel van de grieven zijn ontwikkeld om te zorgen voor een goede procesorde.

14. De eerste regel is dat de appellant altijd de bedoeling heeft van zijn appel beter te worden. De rechter dient daarmee bij de uitleg van de grieven rekening te houden. Door de grieven welwillend te verstaan kan voorkomen worden dat appellant onnodig in een keurslijf wordt gedrongen. Ook hier ligt de grens bij wat de andere partij redelijkerwijze heeft kunnen begrijpen als uitleg van de grieven. In dit kader past ook de gulden regel dat een partij door het instellen van (incidenteel) hoger beroep de zaak slechts in zoverre aan het oordeel van de appelrechter onderwerpt, als die partij in het ongelijk gesteld is.[26]

15. De tweede regel houdt in dat de geïntimeerde, die niet zelf appelleert, daarvan op zichzelf niet slechter mag worden dan binnen het stelsel van grieven past. Alleen die beslissingen ten nadele van geïntimeerde die niet in het appel betrokken zijn, blijven overeind. Voor het overige mag ook zonder uitdrukkelijke vermelding aangenomen worden dat geïntimeerde al haar stellingen of verweren handhaaft.[27] Voor alle zekerheid incidenteel appel instellen mag echter niet worden gestraft met een kostenveroordeling.[28]

16. Het appel dient mede om verzuimen te herstellen. Dat betekent dat aan appellant een ruime mogelijkheid moet worden geboden zijn proceshouding te herzien. Dat gaat zo ver dat een partij die inlichtingen geweigerd heeft, daarop in appel mag terugkomen en die inlichtingen alsnog kan aanbieden.[29] Een partij die in eerste aanleg afziet van het doen horen van getuigen, kan daarop in beroep terugkomen.[30] De strekking van dit alles is om niet te gemakkelijk aan te nemen dat een partij rechten heeft prijsgegeven. Opmerking verdient dat de 'gulden middenweg' van Bakels hieraan afbreuk doet.

17. De partijen in hoger beroep moeten weten waartegen zij zich te verweren hebben.[31] In dit stelsel past niet dat de grieven bij pleidooi worden aangevoerd en dat in een (te) laat stadium van de procedure in appel geheel nieuwe weren worden ontwikkeld. Ook de omvangrijke jurisprudentie met betrekking tot het bewijsaan-

26. HR 1 juli 1988, NJ 1989, 156 (WHH). Zie met name ook de conclusie van de A.G. Franx.
27. Zie de conclusie van de A.G. Ten Kate bij NJ 1989, 103 op p. 331: 'Ten aanzien van zodanige weren is een herhaling of handhaving met zoveel woorden niet nodig.'
28. HR 10 juni 1988, NJ 1989, 30 (JBMV).
29. HR 17 februari 1978, NJ 1978, 623 (WHH).
30. HR 9 maart 1990, NJ 1990, 414.
31. Veegens–Korthals Altes–Groen, Cassatie, 1989, nr. 160.

bod in appel moet naar mijn mening in deze zin worden verstaan. Een goede procesorde verlangt dat in tweede feitelijke instantie een specifiek bewijsaanbod wordt gedaan in overeenstemming met de stand van het geding op dat moment, zodat de wederpartij en de rechter weten wat de bedoeling is.[32] De kritiek van Verpaalen[33] op HR 20 mei 1988, NJ 1988, 780 is niet onbegrijpelijk[34] maar desondanks niet gefundeerd. Ik wijs op de conclusie van de A.G. Asser: het bewijsaanbod in eerste instantie was weinig gespecificeerd, zodat de appelrechter aan een nog minder concreet bewijsaanbod in appel zonder veel motivering voorbij kan gaan.

Bedenkelijk is de beslissing[35] waarin een processuele valstrik doeltreffend bleek te zijn.

> Bij pleidooi in eerste aanleg vult partij A de feitelijke grondslag van haar vordering aan. Die aanvulling blijft echter buiten beschouwing; partij A krijgt op een andere grond gelijk. In appel vermeldt A bij memorie van antwoord dat zij alle stukken van de eerste instantie in het geding houdt met het verzoek het daarin gestelde als ingelast te beschouwen. Het hof beschouwt zulks als een wijziging van de eis waartegen partij B zich niet op rechtsgeldige wijze (pas bij pleidooi in appel) heeft verzet. Deze feitelijke grondslag moet door het hof in zijn beslissing worden betrokken. Dat doet het hof met de (dodelijke) toevoeging dat zij voorts onvoldoende is betwist en leidt tot toewijzing van de vordering, zodat de grieven onbesproken kunnen blijven.[36]

Procestechnisch is er op deze beslissing niets aan te merken. Leijten merkt in zijn conclusie echter terecht op dat de gang van zaken niet bevredigend is. Het hof had partijen met deze 'scherpzinnige beslissing' niet mogen overrompelen.[37]

18. De moderne appelrechtspraak kenmerkt zich in het algemeen door een streven naar deformalisering en recht doen aan de werkelijkheid.

Wanneer bij appeldagvaarding alleen beroep wordt ingesteld van het eindvonnis, kan bij memorie van grieven het appel worden uitgebreid tot tussenvonnis(sen) mits het eindvonnis daarop voortbouwt.[38]

Incidenteel appel kan worden gericht tegen een vonnis in conventie, ook al betreft het appel de reconventie.[39]

Bij pleidooi kunnen de grieven niet worden uitgebreid, tenzij de wederpartij er ondubbelzinnig in heeft toegestemd dat deze grieven nog in de rechtsstrijd worden betrokken.[40]

---

32. Zie HR 15 oktober 1982, NJ 1983, 341: *mede* door het niet opgeven van namen van getuigen kan het bewijsaanbod *in deze fase van de procedure* te vaag zijn.
33. WPNR 5920.
34. Want de Hoge Raad 'redt' het erg mager gemotiveerde arrest van het hof.
35. HR 5 december 1986, NJ 1987, 383.
36. Men leze de zoals gewoonlijk uitvoerige en instructieve conclusie van de A.G. Leijten.
37. Vgl. het in noot 18 genoemde arrest.
38. HR 14 oktober 1983, NJ 1984, 47 (WHH). Wat onder een voortbouwend vonnis moet worden verstaan, is niet zo duidelijk. Zie de conclusie van de A.G. Franx in NJ 1990, 689 p. 2781 l.k.
39. HR 30 juni 1978, NJ 1978, 693 (WHH).
40. HR 11 november 1983, NJ 1984, 298 en HR 13 maart 1987, NJ 1987, 679 alsmede HR 13 juni 1987, NJ 1987, 680, HR 1 juli 1988, NJ 1989, 264.

Inmiddels heeft de Hoge Raad dit jaar[41] het stelsel vervolmaakt door aan te nemen dat ook grieven tegen het vonnis in reconventie kunnen worden gericht als slechts appel is ingesteld van het vonnis in conventie. De Raad overweegt:

> 'Het is niet in overeenstemming met de eisen van een goede procesorde dat de processuele band die tussen bij een vonnis beoordeelde, vaak ook in materieel opzicht samenhangende, vorderingen in conventie en in reconventie bestaat, door het instellen van hoger beroep nodeloos en onbedoeld kan worden verbroken.'

Er is echter een onderdeel waar de Hoge Raad niet van correctie op grond van de billijkheid wil weten en dat betreft de termijn van het hoger beroep.[42] Ik ben het hartgrondig eens met de conclusie van Leijten en de noot van Vranken die beiden de cumulatie van fouten voldoende grond vinden om de rechtszekerheid te laten wijken voor het elementaire beginsel van rechtsbescherming in hoger beroep.

Verdieping van de rechtsstrijd

19. De appelrechter behandelt geen andere zaken dan de eerste rechter, de schaarse gevallen van prorogatie buiten beschouwing gelaten. Dat heeft echter niet tot logisch gevolg dat deze zaken even moeilijk of eenvoudig blijven in appel.

In het vorenstaande is al gewezen op de eigen aard van de appeltechniek waaruit processuele vragen voortvloeien die de beoordeling ingewikkeld kunnen maken. De appelrechter moet immers een oordeel geven binnen het stelsel van procesregels in appel. In een aantal gevallen heeft dat invloed op de inhoudelijke beoordeling van de zaak. De appelrechter is bijvoorbeeld gebonden aan niet bestreden oordelen van de eerste rechter, ook al zijn die oordelen onjuist. Dat betekent een bijzondere complicatie omdat vanuit een onjuist uitgangspunt een zuiver oordeel moet worden gegeven over het vervolg van de zaak.

Het appel is in vele gevallen aanleiding voor partijen dieper in te gaan op de zaak. Dat wil niet alleen zeggen dat de reeds gebruikte argumenten nog eens worden aangescherpt, maar ook dat (soms geheel) nieuwe juridische argumenten worden aangevoerd. Ook feitelijk wordt een zaak verder aangekleed, waarbij vaak de reeds gehouden getuigenverhoren in een nieuw licht komen te staan.

Ten slotte is het appel in sommige gevallen reden voor het aanvoeren van principiële argumenten en stellingen waarvan partijen dan al weten dat zij die ook in cassatie ter toets zullen brengen. Het hof heeft meer dan de rechtbank tot taak een consistent beleid te voeren en rekening te houden met ontwikkelingen in de rechtspraak. Tegen de achtergrond van grieven zal een motivering moeten worden gebruikt die dieper gaat dan die van de eerste rechter.

Een en ander maakt het werken in een hof voor de (civiele) rechter aantrekkelijk. De juridische uitdieping is een compensatie voor het minder vaak voorkomen van de instructie van de zaak.

41. HR 27 april 1990, NJ 1991, 120 en 121 (HJS).

42. HR 13 oktober 1989, NJ 1990, 495 en HR 17 november 1989, NJ 1990, 496 met noot JBMV. Zie in het bijzonder de conclusies van de A.G. Strikwerda en van de A.G. Leijten.

De appelrechter mag echter als feitenrechter een instructie niet uit de weg gaan en zal zorgvuldig moeten afwegen of een verdere instructie niet kan bevorderen dat het recht van de werkelijkheid wordt verwezenlijkt. Ik meen dat – zoals Ras heeft opgemerkt – de neiging van appelrechters de instructie te vermijden inderdaad in lichte mate heeft bestaan, maar inmiddels tot het verleden behoort. De appelrechter is er ook om feitelijk de puntjes op de i te zetten.

Ten slotte dient de civiele appelrechter meer dan de rechtbank aan specialisatie te doen.[43] De rechtbanken hebben uit oogpunt van opleiding meer de behoefte aan het laten rouleren van rechters die zich op verschillende terreinen moeten bekwamen. De hoven zouden er m.i. goed aan doen de kans te benutten raadsheren in bepaalde secties langdurig te laten werken en in de civiele sectie een werkverdeling te maken waardoor op een aantal lastige rechtsgebieden kennis en ervaring binnen een kamer wordt verzameld. In dat opzicht kan de rechterlijke macht zich spiegelen aan de ontwikkelingen binnen de grote advocatenkantoren. Hoewel ik meen dat de rechter meer dan de advocaat zich kan veroorloven enigermate generalist te blijven, zijn er terreinen waarop niet zonder specialistische kennis een oordeel kan worden geveld.

Eenheid van rechtspraak

20. Door concentratie van appel bij de hoven wordt in elk geval bereikt dat de noodzakelijke kennis van het appelrecht niet verdeeld wordt over een groot aantal colleges. De leden van de hoven zullen – anders dan de rechters in rechtbanken – gedurende lange tijd zich met appelrechtspraak bezig houden. Daardoor zijn ze ook beter in staat die regels te hanteren en de ontwikkelingen te volgen. Eenheid van rechtspraak op het gebied van het appelprocesrecht is daarmee het meest gediend. Dat pleit ervoor alle appelrechtspraak bij de hoven onder te brengen. De concentratie van appel bij een hof waarborgt bovendien in zekere mate dat de hoven toezicht houden op en leiding geven aan de ontwikkeling van het procesrecht in het algemeen. Het hof dient er in het ressort mede voor te waken dat zich geen plaatselijke folklore ontwikkelt op het gebied van het procesrecht.

Op inhoudelijk terrein is de rechtspraak van het hof niet vergelijkbaar met die van de Hoge Raad. Toch kan er van de rechtspraak van de hoven een zekere invloed uitgaan op die van de rechtbanken. Er komen nu eenmaal tal van zaken niet verder dan de feitelijke instantie(s). Een goed voorbeeld van rechtsvorming in dergelijke feitelijke zaken betreft de alimentaties. Er doen zich voortdurend nieuwe kwesties voor waarin de hoven invloed kunnen uitoefenen op het beleid van de rechter. De hoven kunnen er voor zorgen dat er een zekere consistentie wordt bereikt op dit gebied. Het vereist dat er binnen het hof tussen de leden die zich hiermee bezig houden overleg wordt gevoerd. Zo kent het Arnhemse hof een vaste alimentatiecommissie die een aantal malen per jaar de ontwikkelingen volgt en bespreekt. Daarnaast is overleg tussen het hof en de rechtbanken van het ressort

43. Vgl. J.E.B. van Julsingha, Trema 1989 (XII), blz. 135 v. Leijten zag in zijn preadvies NJV 1975 meer in bepaalde specialisaties in eerste aanleg, maar vond dat (toen) reden om in die gevallen juist geen appel toe te laten.

een goed en bruikbaar middel om in het algemeen kwesties aan de orde te stellen en te bespreken.[44]

Het komt mij voor dat van de hoven meer dan tot nu toe gebruikelijk is gevraagd mag worden zich te bekommeren om de eenheid van rechtspraak. Die noodzaak zal zich in het bijzonder gaan voordoen bij de invoering van het NBW. Binnen de hoven zal na het oplossen van het capaciteitsprobleem thans de kwaliteit van de rechtspraak de aandacht moeten hebben. Die noodzaak doet zich des te sterker voelen, nu duidelijk is dat de civiele kamer van de Hoge Raad overbelast raakt.

Besluit

21. Harold Laski heeft ooit tot de beroemde rechter Oliver Wendell Holmes gezegd[45] dat hij:

> 'wished that people could be persuaded to realise that judges are human beings; it would be a real help to jurisprudence'.

Hoewel ik uitvoerig ben ingegaan op een aantal technische/processuele vragen, weet ik dat de menselijke kant van het recht Jan Leijten veel meer interesseert en bezig houdt. Hem behoeft niet geleerd te worden dat rechters mensen zijn.

Intern appel stelt eisen aan de rechter die moeilijk te vervullen zijn. Die eisen houden direct verband met de onafhankelijkheid van de rechter en de kwaliteit van de rechtspraak. Zij dienen niet nodeloos in de waagschaal gesteld te worden. Ik weet Jan Leijten aan mijn zijde en dat is een prettig gevoel.

26 november 1990.

44. Zie in dit verband het speciale nummer van het NJB van 23/30 december 1989 over Rechterlijke samenwerking.

45. Geciteerd bij David Pannick, Judges, Oxford 1987, blz. 27.

D.W.F. Verkade

Voorlopig getuigenverhoor in nabootsingszaken

1. Tot de fraaiste arresten en beschikkingen van het laatste decennium op het gebied van het burgelijk procesrecht – een van de talrijke Leijten dierbare rechtsgebieden – behoort m.i. HR 29 maart 1985, NJ 1986, 242 m.nt. WHH en LWH (*Enka/Dupont*). De beschikking is gegeven in de context van het recht van de intellectuele eigendom, en het is – toegegeven – daardoor dat ze mijn aandacht trok. Ook in die context is ze een parel. Dat geldt ook voor de onder hetzelfde NJ-nummer te vinden beschikking van een Arnhemse rechter-commissaris.

2. Uit krantenpublikaties in die tijd is bekend dat de beschikkingen onderdeel vormden van een geharnaste miljoenen-, ja honderden-miljoenen-octrooistrijd over de *parafenyleentereftaalmide-vezel*, naar Enka's merknaam beter bekend als de Aramide-vezel. Na talrijke procedures en beslissingen in de VS, in Nederland, en in andere landen, met telkens wisselende successen, is blijkens persberichten de zaak enige jaren geleden *world-wide* geschikt. Sindsdien heb ik over toepassingen van de vezel, die als 'lichter' en 'sterker' heel wat staal zou moeten vervangen, niet veel meer gelezen of gehoord, maar dat zal aan mij liggen.

3. Inzet van de hier bedoelde (zij-)procedure was de door Dupont gewenste zekerheid dat zij niet onrechtmatig zou handelen door aan (industriële) afnemers van de Enka-vezel via een desbewustheidsexploit te doen weten dat ook dezen (schade-)vergoedingsplichtig jegens Dupont zouden worden. Het *lichtvaardig* uitbrengen van zulke exploiten bij afnemers kan namelijk jegens de fabrikant onrechtmatig zijn.[1]

4. In het octrooirecht kan men bij inbreuk slechts schadevergoeding krijgen van 'desbewuste' toepassers van het door het octrooi, resp. de openbaar gemaakte octrooi-aanvrage beschermde rechtsobject. Uitzonderingen daargelaten is voor 'desbewustheid' onontbeerlijk een daartoe uit te brengen 'desbewustheidsexploit' (vgl. art. 43 lid 2 en art. 44 lid 2 ROW). Het lichtvaardig doen uitgaan van desbewustheidsexploiten aan het adres van toepassers kan echter een onrechtmatige daad opleveren jegens de leverancier van de toe te passen grondstof.
Vanuit een aldus gemotiveerd belang wenste Dupont via een voorlopig getuigenverhoor erachter te komen of haar zaak inderdaad zo sterk was als zij dacht. Zij dacht dat de door Enka in het verkeer te brengen Enka-Aramidevezel inderdaad was vervaardigd

1. Vgl. HR 6 april 1962, NJ 1965, 116 (*Drefvelin/Wientjes*).

volgens het procédé dat onderwerp was van Duponts openbaar gemaakte octrooiaanvrage.[2] Enka had zich op het standpunt gesteld dat daarvan geen sprake was. Het voorlopig getuigenverhoor moest er toe dienen om Enka-werknemers daarover kritisch te ondervragen.

5. Zonder Enka te horen, hetgeen door de oude wetgeving over het voorlopig getuigenverhoor (artt. 876–881 Rv (oud)) ook niet geëist werd, wees de Arnhemse rechtbank op 6 februari 1984 het verzoek bij wege van hamerstuk toe. Een hogere voorziening hiertegen was uitgesloten door art. 878 lid 2 Rv (oud).

6. Enka nam het niet. Volgens haar stellingen nam zij het niet omdat zij aldus het risico liep belangrijke bedrijfsgeheimen te moeten prijsgeven. Daarnaast zal zij nog wel andere, niet geopenbaarde redenen hebben gehad om t.a.v. dit voorlopig getuigenverhoor dwars te liggen.

Niettegenstaande haar naar geldend recht vrijwel hopeloze positie, deed Enka drie dingen:

- zij vroeg de aangewezen rechter-commissaris om het horen van de getuigen alsnog te weigeren;
- zij ging in hoger beroep van de beschikking van de rechtbank waarbij het voorlopig getuigenverhoor was toegewezen; en
- zij ging van die beschikking tegelijk in cassatie.

Rechter-commissaris

7. In een even moedige[3] als fraai gemotiveerde beschikking kwam de rechter-commissaris alsnog aan de bezwaren van Enka tegemoet.

8. De R-C ging er – overeenkomstig de gangbare rechtspraak en rechtsleer[4] – van uit dat de betrokken werknemers, niettegenstaande het geheimhoudingsbeding in hun arbeidscontract, zich niet op verschoningsrecht zouden kunnen beroepen. Aan de hand van een opgave van de door Dupont te stellen vragen (vermeld in BIE 1986, p. 73) achtte hij aannemelijk dat zij inderdaad bedrijfsgeheimen zouden moeten prijsgeven. Vervolgens constateerde de R-C dat tegen de octrooiverlening nog een serieuze oppo-

2. Het verzoek was gericht tegen Enka BV te Arnhem en Aramide Maatschappij v.o.f. te Emmen, maar evenals de Hoge Raad spreek ik gemakshalve van 'Enka'.

3. Geheel precedentloos was deze evenwel niet. Vgl. HR 1 februari 1963, NJ 1964, 157 m.nt. JHB (*Escomptobank*), waarop ik hieronder nog terugkom.

4. Dat hierover meer te zeggen zou zijn, wordt aangegeven door o.a. Wachter, BIE 1985, p. 265 en door WHH in zijn noot onder de beschikking. Maar dáárop ingaan zou dit opstel veel te lang maken.
Alleen nog dit. Weinig duidelijk is hoe ver in verband met de kwestie van prijsgeven van relevante/irrelevante bedrijfsgeheimen de bevoegdheid van de R-C ex art. 205 lid 2 Rv (nw) tot 'tegenhouden' van vragen of antwoorden gaat. In de praktijk verwacht ik daar weinig van, nu de R-C (in deze fase) de relevantie van verdere vragen van de (deskundig geachte) advocaat van verzoeker niet gauw zal desavoueren, als de 'deskundige' advocaat van gerequestreerde al bezwaar maakt. En als dat wel gebeurt? Dan nòg, of men raakt al gauw in cirkel-problemen resp. komt niet klaar.

sitie aanhangig was.[5] Mede hierom zou Dupont bij de tekst van de desbewustheidsexploiten sowieso de nodige voorzichtigheid in acht moeten nemen. Het uitbrengen daarvan is op zichzelf trouwens *niet* onrechtmatig, ook niet als het achteraf onjuist blijkt.[6] Vereist is dat daarbij niet lichtvaardig wordt gehandeld. Het feit van het verzoeken van het voorlopig getuigenverhoor zou daarbij ten voordele van Dupont in aanmerking genomen kunnen worden, aldus de R-C, doch dat betekent nog niet dat het verzoek ook moet worden toegewezen resp. uitgevoerd als daardoor zwaarwegende belangen van de tegenpartij kunnen worden geschaad.

9. Al met al weigerde de R-C het horen van de getuigen wegens misbruik van bevoegdheid bij Dupont, nader gemotiveerd als: gebruik van het middel voor een ander doel dan waarvoor het gegeven was, althans onevenredigheid. De R-C tekende hierbij nog aan dat hij aldus niet een nieuwe beoordeling gaf van het verzoekschrift, doch zijn bevoegdheid ontleende aan eisen van goede procesorde, nu de aanvankelijke beoordeling zo summier was geweest, en er geen sprake was geweest van wederhoor.

Hoge Raad

10. De HR verklaarde Enka niet ontvankelijk in haar cassatieberoep tegen de toewijzing van het v.g.-verzoek door de rechtbank. Maar het bleek te gaan om zo'n dictum dat op de dag van de uitspraak de eiser of verzoeker tot cassatie diep bedroefd kan maken, terwijl het na kennisneming van de overwegingen, een dag of vijf later, nog wel blijkt mee te vallen. In dit geval tot in het extreme: Enka verloor de procedure, doch won bij de Hoge Raad de slag geheel.

11. Om redenen van proces-economie wenste de HR te motiveren *waarom* Enka in het cassatieberoep niet ontvankelijk was: vanwege art. 878 lid 2 Rv (oud) (*'De beschikking waarbij een voorlopig getuigenverhoor wordt toegestaan is niet vatbaar voor een hogere voorziening'*) of omdat Enka in dit geval *wèl* in appel kon gaan? Men voelt het al aankomen.

12. De redenering van de HR heeft drie schakels. Ten eerste: het middel van een voorlopig getuigenverhoor leent zich voor misbruik. Ten tweede: dus moet degene tegen wie dat middel wordt gericht zich daartegen kunnen verweren, vanwege het fundamentele beginsel c.q. essentiële vormvereiste[7] van 'hoor en wederhoor', waaraan (de tekst van) art. 878 lid 2 niet afdoet. En ten derde: als de wederhoor niet door de eerste instantie is toegepast, moet dat alsnog in appel kunnen.

Honderd keer belangrijker dan de beslissing dat Enka bij de HR aan het verkeerde adres was met haar verzoek tot cassatie was uiteraard de beslissing dat het

5. Blijkens de redactionele noot in BIE 1986, p. 71 is de octrooi-aanvrage van Dupont uiteindelijk afgewezen.

6. Vgl. noot 1.

7. Vgl. de noten van WHH onder deze beschikking en onder HR 25 maart 1988, NJ 1989, 3 (*ABN/Staat*).

hof – waar Enka tegelijk in hoger beroep was gegaan – inderdaad Enka's bezwaren nog diende te beoordelen.

13. De Hoge Raad had er duidelijk 'zin in' en honoreerde overweginggewijs meteen maar Enka's tweede, octrooirechtelijke cassatiemiddel. Hoewel openbaarmaking van een octrooiaanvrage betekent dat de Octrooiraad na toetsing voornemens is het octrooi te verlenen, staat het nog aan oppositie bloot en geeft het in zoverre een 'zwevend recht'. Aan de wetsgeschiedenis van de ROW ontleende de HR dat tijdens dit zweven slechts 'conservatoire' maatregelen toekomen aan de aanvrager. Gelet op de geheimhoudingsbelangen aan de kant van de wederpartij oordeelde de HR dat (behoudens in het geval van mogelijk *verloren gaan* van bewijs) het voorlopig getuigenverhoor meer dan een conservatoire maatregel is. 'Hier is aldus niet aan de orde', aldus de HR, 'of Dupont bij het verzochte voorlopig getuigenverhoor voldoende belang heeft, maar of voor een dergelijk verhoor uit hoofde van Duponts naar de regels van het octrooirecht vooralsnog beperkte rechtspositie plaats is. (...) Ook in zoverre staat in dit geval van voormelde beschikking derhalve appel open.'

14. Over beide hoofdonderdelen van de beschikking wil ik graag iets meer zeggen. Maar eerst twee tussenopmerkingen.

Ten eerste: wat deed het *hof* in de Enka/Dupont-zaak? Het hof kwam er niet meer aan te pas. Blijkens mededeling in de noot van LWH zijn na de HR-beschikking zowel Enka's appel tegen de beschikking van de Rb. als Duponts appel tegen de beschikking van de R-C ingetrokken. Er behoeft geen twijfel over te bestaan dat het voorlopig getuigenverhoor niet is doorgegaan.

Ten tweede: waar wil ik met dit opstel naar toe? Duidelijk is al dat ik met de besproken beschikkingen sympathiseer. Ik doe er een schepje bovenop en geef te kennen dat ik bepaald niet sympathiseer met voorlopige getuigenverhoren in zaken tussen mededingers, althans in de doorsnee-procedures waarin de vraag aan de orde is of de één inbreuk maakt op een intellectueel eigendomsrecht van de ander.[8,9] Voorlopige getuigenverhoren kunnen daarbij niet alleen prejudiciërend zijn ten opzichte van bedrijfsgeheimen van de concurrent, zij zijn m.i. doorgaans onnodig, verharden bovendien de strijd, jagen de kosten op (zowel bij partijen als bij de rechterlijke macht), en kunnen nog andere schadelijke neveneffecten hebben, in het bijzonder voor de gerequestreerde. Dit uitgangspunt verklaart de toonzetting van hetgeen zal volgen. Aan het slot van deze bijdrage kom ik op de hier genoemde argumenten nog even terug.

8. Resp. op onrechtmatige wijze nabootst volgens de (slaafse) nabootsings-doctrine van de HR.

9. Toen ik aan dit opstel begon, had ik ook willen ingaan op het v.g. in mededingingszaken *in het algemeen*: dus ook bijv. bij (vermoede) kartellering, boycot of onrechtmatige verkrijging van geheime know-how enerzijds, en verkrijging van afnemers- en toeleveranciersgegevens (zoals parallel-importeurs) anderzijds. Daar kunnen de zaken in de ene of andere richting beduidend anders liggen dan hieronder voor de 'standaard'-inbreukzaak uiteengezet. Het opstel zou dan echter veel te lang worden. Vandaar ook de nu wat lelijke titel.

Hoor en wederhoor

15. Men kan zich afvragen of het zin heeft dat ik nog stil sta bij de door de HR geëiste wederhoor. Dat van een voorlopig getuigenverhoor misbruik kan worden gemaakt – een door de HR gegeven reden om wederhoor te verlangen – was door de HR al eerder beslist.[10] En het arrest behoeft ook in zoverre geen verplichte leerstof meer te zijn, nu bij de wet van 3 december 1987, Stb. 590, beter bekend als 'het nieuwe bewijsrecht' (ingevoerd per 1 april 1988) in het nieuwe artikel 215 lid 4 de wederhoor wettelijk is voorgeschreven.

16. Niettemin: ook al waren ongeschreven fundamentele rechtsbeginselen door de HR in het procesrecht al eerder zo niet boven, dan toch naast de wet gesteld,[11] voor de wederhoor in geval van een verzoek tot een voorlopig getuigenverhoor was dit nieuw.[12] Het ging bovendien in tegen een gangbare praktijk bij tal van rechtbanken, die per beschikkingsdatum 29 maart 1985, dus nog vóór de wetswijziging van 1 april 1988, de routine moesten wijzigen. Het ging ook verder dan het op dat moment aanhangige wetsontwerp voor het nieuwe bewijsrecht (art. 209 lid 4 ontwerp-1969), dat wél een kennisgeving aan de gerequestreerde voorschreef, en een wachttermijn van 8 dagen waarbinnen het verzoek 'zwart gemaakt' kon worden, maar geen oproepings-/hoorplicht voorschreef. Blijkens de Vierde NvW en de toelichting daarbij is het *deze* beschikking die aanleiding heeft gegeven tot de nu wettelijk vastgelegde oproepings-/hoorplicht.[13]

Dat alles is toch niet niks. Tenslotte geeft het feit dat de A-G (een ander dan Leijten) in het cassatieberoep niets zag, aan de beslissing van de Hoge Raad extra cachet.

17. Het cassatiemiddel beriep zich mede op art. 6 EVRM. In het arrest heeft de HR niet de stap durven of willen zetten, het ontbreken van (een voorschrift tot) wederhoor in strijd met art. 6 EVRM te verklaren. Men kan ook zeggen dat de HR het Verdrag niet nodig had. Annotator WHH twijfelt er niet aan dat art. 6 niettemin een rol gespeeld heeft, en ik zeg hem dat graag na. Ik signaleer dit even omdat, aldus bezien, uitspraken als deze eigenlijk niet onder tafel zou behoren te raken in *reviews* van EVRM-jurisprudentie zoals bijv. het (mooie) artikel van Van Dijk, *De houding van de Hoge Raad jegens de verdragen inzake de rechten van de mens* uit 1988.[14] Dat overkomt ze nu wel: vermoedelijk ook in de *score*-lijstjes als daar vermeld.

Misbruik als (enig) afwegingscriterium?

18. Wat mij in diverse eerdere en vooral latere beschikkingen van de HR en van

10. Vgl. noot 3.
11. Zie voorbeelden bij Veegens/Korthals Altes/Groen, *Cassatie*, 2e druk 1989, nr. 114.
12. Mogelijk is een voorbode te zien in HR 19 maart 1982, NJ 1982, 521.
13. Vgl. *Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht*, Deventer 1988, p. 309.
14. In de HR-'feestbundel' *De plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel*, Zwolle 1988, p. 173.

lagere rechters over de beoordeling van een voorlopig getuigenverhoor opvalt, is de nogal stelselmatige hantering van *misbruik* als (enig) materieel criterium bij afweging van de belangen van partijen.[15] Uit de jaren sinds 1985 zijn mij geen *door de HR getoetste* beschikkingen bekend waarin – in deze context – het verzoek anders dan op basis van het misbruik-criterium werd afgewezen.[16]

19. Misschien heeft een en ander zijn begin en vervolgens zijn zelfversterkend proces gevonden in de eerder genoemde beschikking van 1963,[17] de eerste keer dat door de Hoge Raad 'misbruik' als afwijzingsgrond voor een voorlopig getuigenverhoor werd gehanteerd. Bedacht moet echter worden dat in die zaak (1) een *apert* potentieel misbruik aan de orde was (volgens verweerdersstandpunt nl.: de poging om via het v.g. een toekomstige *procespartij* als getuige te horen),[18] terwijl (2) het probleem pas rees bij de R-C, en niet al in de fase van de beoordeling van het verzoekschrift.

20. Ik benadruk de onder 18 omschreven kwestie, omdat uit de praktijk bekend is dat verzoekers tot een voorlopig getuigenverhoor zich, onder verwijzing naar die rechtspraak, op het standpunt stellen dat het verzoek per se toegewezen dient te worden, *behoudens in geval van misbruik*. En misbruik is op zijn minst een zwaar woord, waarvan een rechtbank of kantonrechter de verzoeker niet graag zal betichten.

21. Hoewel het misbruik-criterium in de in noot 15 geciteerde HR-jurisprudentie telkens valt, meen ik toch dat daaruit *niet* moet worden afgeleid dat de HR misbruik als *enig* afwegingscriterium hanteert. Nadere analyse van deze beslissingen, in het licht van de bestreden hof-beschikkingen en de cassatiemiddelen leert m.i. dat de HR *hetzij* het door het hof bij afwijzing gehanteerde misbruik-criterium aanvaardt,[19] evenwel zonder uit te spreken dat het verzoek niet ook op een 'lichtere' grond had kunnen worden afgewezen; *hetzij* een (erg) lichte motivering van een Hof 'aankleedde' tot onevenredigheid en daarmee misbruik, maar zonder andere afwijzingscriteria uit te sluiten.[20]

---

15. Vgl. HR 6 februari 1987, NJ 1988, 1 (*Slingerland/NN*); HR 11 maart 1988, NJ 1988, 747 (*Sobi/Hollandia-Kloos*); HR 24 juni 1988, NJ 1989, 121 m.nt. JBMV (*Van Ewijk/Staat*); HR 3 februari 1989, NJ 1989, 376 (*Wouters/Amsterdam*). Vgl. ook Hof 's-Gravenhage 21 november 1985, NJ 1986, 580 (*Stulemeijer/Nacap*) en id. 13 juni 1989, Computerrecht 1990/1, p. 39 (*Bios-programma's*). Zie voor een opmerkelijke uitzondering Ktr. Amsterdam 18 april 1989, NJ 1989, 894 (*Olympic/Alexandropoulos*), en vgl. voor een evenmin met misbruik gemotiveerde afwijzing van een v.g. hangende een kort-gedingappel Hof Amsterdam 11 augustus 1988, NJ 1989, 192 (*Ezendam/FCB*).
Helaas gaan de enige mij bekende voorlopig-getuigenverhoorzaken, waarin Leijten als A-G heeft geconcludeerd (bij HR 9 september 1983, NJ 1984, 89 (*Verhoeven/Deli-Mij.*) en HR 11 januari 1985, NJ 1985, 352 (*Van Laarhoven/Finata*), niet over in dit opstel behandelde punten.

16. Of het moest om een heel ander (formeel) punt gaan, zoals in HR 15 juli 1987, NJ 1988, 2 (*Issa en Koca/Staat*): geen voorlopig getuigenverhoor t.b.v. een niet-civiele procedure resp. indien de te horen getuigen in wezen deskundigen zouden zijn.

17. Vgl. noot 3.

18. Dit speelde ook in HR 4 oktober 1985, NJ 1986, 52. Sinds de invoering van het nieuwe bewijsrecht met de mogelijkheid van partij-getuigenissen zal dit punt niet gauw meer spelen.

19. Aldus in NJ 1988, 1, NJ 1988, 747 en NJ 1989, 376.

20. Aldus laat zich NJ 1989, 121 lezen. Vgl. over het 'aankleden' ook de noot van JBMV.

22. Zeker ben ik hier echter niet van, en in elk geval kan deze rechtspraak van de HR *de indruk wekken* als zou misbruik thans inderdaad het enige afwijzingscriterium zijn.[21] Zou de Hoge Raad inderdaad die kant op zijn gegaan, of die kant op willen gaan, dan lijkt me dat niet juist.

23. Blijkens de MvT bij het ontwerp dat leidde tot de (verruimende) wet van 1951 werd het voorlopig getuigenverhoor mede gezien als een middel om 'op onjuiste grondslag gebaseerde procedures en onnodige debatten – en daarmee vertraging van het geding – te vermijden'. Dat duidt op een *bevoegdheid* tot het doen van het verzoek, en het zinspeelt wellicht op een in principe welwillende beoordeling door de rechter. Maar het duidt niet op een *recht* op een voorlopig getuigenverhoor. Vóór en na 1951 en 1988 zei en zegt de wet dat de rechter het voorlopig getuigenverhoor *kan* bevelen (art. 876 Rv (oud); art. 214 Rv (nw)). Dit duidt op een in principe discretionaire bevoegdheid van de rechter, ook al dient aan een afwijzende beschikking (evenals een toewijzende op tegenspraak) de motiveringseis te worden gesteld.[22] De afwijzingsbevoegdheid is bij de Tweede Kamer-behandeling van het nieuwe bewijsrecht nog eens onderstreept. In antwoord op vragen van de RPF-fractie merkte minister Korthals Altes op: 'Voorts valt erop te wijzen dat de rechter slechts een bevoegdheid wordt verleend dit verhoor toe te staan en niet een verplichting.'[23] Een en ander werd in het parlement verder niet be- of weersproken.

In de conclusies voor HR 11 maart 1988, NJ 1988, 747 en voor HR 24 juni 1988, NJ 1989, 121, wijzen ook de A-G Biegman-Hartogh en de waarnemend A-G Asser hierop. Zoals Asser aangeeft wordt de discretionaire bevoegdheid begrensd door fundamentele rechtsbeginselen, terwijl van de rechter mag worden verwacht dat hij bij dreigend misbruik het verzoek afwijst. Zeker. Maar daarmee is misbruik niet het enig afwegingscriterium. Onduidelijk is dan ook waarom de waarnemend A-G even verderop 'efficiency' of 'proceseconomie' als criterium afwijst, motiverend met een zijnerzijds gevoelen van smaak,[24] resp. de (in)efficiëntie pas aanvaardt na plaatsing daarvan in de misbruik-sleutel.[25] Van het uitgangspunt van de discretionaire bevoegdheid blijft zo niets meer over. In de noot onder dezelfde beschikking hanteert JBMV een overeenkomstige toonzetting.

21. Zo'n misverstand laat zich eens te gemakkelijker oproepen doordat de HR in NJ 1988, 747 letterlijk verwijst naar 'de maatstaf (...) aangegeven in de beschikking van de HR van 6 februari 1987, NJ 1988, 1' en vervolgt dat het Hof 'derhalve niet [heeft] blijk gegeven van een onjuiste rechtsopvatting'.

22. Vgl. losbladige *Burgerlijke Rechtsvordering* (Haardt), art. 214 aant. 7. Vanwege de (thans door art. 429k lid 2 Rv voorgeschreven) *motiveringsplicht* acht Haardt de bevoegdheid niet 'discretionair'. Maar Haardt spreekt ook niet van een 'recht' op een voorlopig getuigenverhoor.

23. TK 1984–1985, 10.377, nr. 13, p. 23 (*Parlementaire geschiedenis nieuw bewijsrecht*, p. 304). Vgl. in deze zin ook een passage uit het voorlopig verslag bij het wetsontwerp dat leidde tot de wetswijziging van 1951 (TK 1949–1955, 1585, nr. 4, p. 2), geciteerd in NJ 1989, 121 op p. 381 l.k.

24. 'Het gaat mij in het algemeen gesproken eerlijk gezegd wat ver...' (NJ 1989, p. 382 r.k.).

25. T.a.p.: 'Inefficiëntie kan aldus trekken van misbruik krijgen.'

24. Binnen het misbruik-criterium laat het subcriterium van de onevenredigheid overigens nog wel wat ruimte voor afwijzing, zoals de in noot 15 aangehaalde zaken leren. Zou evenwel het misbruik-criterium het enige zijn, en zou het evenredigheidscriterium werkelijk naar de norm van art. 3:13 (3.1.1.14) NBW moeten worden toegepast (de norm dat men *'in aanmerking nemende de onevenredigheid tussen het belang bij de uitoefening en het belang dat daardoor wordt geschaad, naar redelijkheid niet tot die uitoefening had kunnen komen'*), dan zou de als discretionair bedoelde toetsing van art. 214 Rv in een marginale verkeren.

Ik meen dat de rechter zich niet aldus dient vast te leggen resp. door de Hoge Raad vastgelegd moet worden. Afgezien van m.i. wel degelijk (potentieel) relevante efficiency-overwegingen, ook de gerechtelijke last betreffende[26], dient de afweging van belangen niet met een preoccupatie-voordeel voor verzoeker behept te zijn. In ander geval zie ik al gauw een praktijk ontstaan waarbij de gerequestreerde zo niet direct na ontvangst van het afschrift van het verzoekschrift, dan toch direct na toewijzing van het verzoek, *van zijn kant* een voorlopig getuigenverhoor vraagt teneinde 'boven water' te krijgen dat het v.g.-verzoek *van de wederpartij* werd gedaan met détournements-oogmerk, resp. dat die wederpartij *haar* bevoegdheid kennelijk onredelijk uitoefent. Zo'n 'tegen'-verzoek zou – metend met dezelfde maat – *ook* slechts marginaal getoetst kunnen worden. En het 'contra-v.g.' behoort dan logischerwijs vooraf te gaan aan het eerder verzochte v.g.

Dit kan toch allemaal de bedoeling niet zijn.

25. Bij lezing van de in de voorgaande nrs. genoemde beschikkingen, conclusies en annotaties valt op dat de HR, de A-G's en de annotatoren er nergens meer aan herinneren dat in de *Enka/Dupont*-beschikking door de HR nog een *andere*, zelfstandige grond voor (mogelijke) afwijzing is genoemd. Dat was de overweging dat 'niet aan de orde [is] of Dupont bij het verzochte voorlopig getuigenverhoor voldoende belang heeft, maar of voor een dergelijk verhoor uit hoofde van Dupont's naar regels van octrooirecht vooralsnog beperkte rechtspositie plaats is'. Dit is heel andere dan misbruik-koek.

Beperkte rechtspositie

26. Niet ontkend kan worden dat de HR deze afwijzingsgrond, zowel in de zojuist geciteerde zinsnede als in de ampele daaraan voorafgaande overwegingen, volledig op de octrooirechtelijke wetsgeschiedenis heeft gebaseerd.[27] Hierop laat zich

26. Vgl. Ktr. Amsterdam NJ 1989, 894 als vermeld in noot 15. Van Son, Advocatenblad 1990, p. 59 noemt deze uitspraak 'bespottelijk', maar motiveert die kwalificatie niet. Haardt, losbladige *Burgerlijke rechtsvordering*, art. 214, aant. 7, nt. 1, noemt de beschikking 'bedenkelijk', doch motiveert evenmin. Mijn vraag is of een eventuele bedenkelijkheid eerder zit in de opstelling van de Ktr. zelf, of in het Haagse beleid dat de rechter onvoldoende mogelijkheden zou bieden.

27. Afgaande op het cassatiemiddel en de conclusie van de A-G (en de beschikking van de Arnhemse R-C) lijkt het erop dat deze motivering eerder een ambtshalve vondst van de HR is geweest, dan dat zij (in al haar gedetailleerdheid) door verzoekster tot cassatie zou zijn aangedragen.

gemakkelijk het a contrario-argument baseren dat de HR de notie van de 'beperkte rechtspositie' niet in andere situaties zou willen hanteren. Dat lijkt me niet juist, getraind als ik door Leijten ben in voorzichtigheid met a contrario-redeneringen. Evenmin echter geven de overwegingen aanwijzingen om aan te nemen dat de HR die notie gegeneraliseerd zou willen zien. De HR hield, zo meen ik, buiten de specifieke octrooirechtelijke context, de handen geheel vrij. Of de beslissing (buiten het octrooirecht) zo belangrijk is als annotator WHH meent,[28] moeten wij dus afwachten.

27. Maar mèt de annotator acht ik een generalisatie van deze notie alleszins verdedigbaar. Mooier dan Heemskerk kan ik het niet zeggen:

> 'Het is dus denkbaar dat iemands rechtspositie in de weg staat aan het vragen van een voorlopig getuigenverhoor, ook al heeft hij belang daarbij. De rechter moet niet alleen letten op het belang van verzoeker, maar ook op de materiële rechten die verzoeker heeft in verband met de te onderzoeken feiten. Die rechten moeten zo sterk zijn, dat het gerechtvaardigd is dat het belang van de wederpartij voor geheimhouding der feiten daarvoor wijkt.
> Die eis gaat verder dan een "rechtmatig" of een "niet onrechtmatig" belang. Men kan een rechtmatig belang hebben en tegelijkertijd een te zwakke rechtspositie om tegenover een bepaalde wederpartij van het middel van voorlopig getuigenverhoor gebruik te mogen maken. In de door de HR ontwikkelde gedachte bestaat de bevoegdheid dan niet en komt men aan "misbruik van bevoegdheid" niet toe.'

Al moet de generale gedachte vooralsnog eerder aan Heemskerk dan aan de HR worden toegeschreven, na het eerder hierboven geschrevene zal duidelijk zijn dat zij mij aanspreekt.

28. In de intellectuele eigendoms-context heeft dit niet alleen betekenis voor pretense rechten, gebaseerd op openbaar gemaakte octrooi-aanvragen,[29] maar ook voor kwesties van vermeende inbreuk op auteursrechten en 'chip-'[30]rechten.[31] Ook bij laatstbedoelde i.e.-rechten laat zich gemakkelijk de standaard-casus denken dat een pretens auteurs- of chip-rechthebbende meent dat het produkt van een ander te veel op het zijne lijkt. De pretens rechthebbende kan er behoefte aan gevoelen via een voorlopig getuigenverhoor erachter te komen of personeelsleden van (toeleveranciers van) de tegenpartij wellicht hebben zitten 'overschrijven' of

28. NJ 1986, 242, p. 910 r.k.

29. Resp. Europees verleende octrooien waartegen nog oppositie aanhangig is. Overigens is sinds de invoering in 1987 van de terugwerkende kracht van nietigheid van octrooien, ook de aan een (na oppositie) *verleend* octrooi verbonden rechtspositie minder sterk geworden. Aldus de welbewuste keuze van de wetgever, overeenkomstig het Verdrag van Straatsburg van 1963 over de eenmaking van bepaalde onderdelen van het octrooirecht, goedgekeurd bij Rijkswet van 1986, Stb. 624.

30. Chips = topografieën van halfgeleiderprodukten, specifiek beschermd volgens de wet van 28 oktober 1987, Stb. 485.

31. Om verschillende redenen zal e.e.a. in modellen- en merkenzaken zelden of nooit spelen.

hoe het anders is gegaan.[32] Even daargelaten dat de verzoeker als eiser in een kort geding of bodemprocedure m.i. (doorgaans) geen bewijs *behoeft* bij te brengen van daadwerkelijke ontlening (zie hierna nr. 30), zal er aan de zijde van verzoeker *als regel* sprake zijn van een min of meer *beperkte rechtspositie* resp. *'zwevend recht'*. Dit speelt te meer naarmate de gelijkenissen meer door functionele eisen of voor de hand-liggendheid gegeven kunnen zijn. Het is dan maar de vraag of het produkt van verzoeker zelf aan de wettelijke vereisten voor bescherming voldoet.[33]

Verdere redenen voor terughoudendheid

29. Er zijn nog een aantal andere redenen te noemen voor terughoudendheid ten aanzien van toewijzing van voorlopig getuigenverhoor-verzoeken in de hier bedoelde concurrentiesfeer. Daarmee kom ik tevens toe aan een uitwerking van enige in nr. 14 globaal aangeduide bezwaren. En aan een langzamerhand wel noodzakelijke afronding.

30. Naast de door de HR al benadrukte kwestie van de bescherming van bedrijfsgeheimen is, althans in auteursrecht-zaken en 1401 BW-nabootsingszaken, mijn voornaamste overweging dat een voorlopig getuigenverhoor naar de vraag hoe de beweerdelijke namaker te werk is gegaan, doorgaans *rechtens niet relevant* is. Een eiser dient, in hoofdlijnen, te stellen en zo nodig de rechter ervan te overtuigen (a) dat zijn object beschermd is; (b) dat het recht inderdaad aan hèm toekomt, en (c) dat het object van de tegenpartij naar de desbetreffende rechtscriteria te veel gelijkenis vertoont. Op geen van deze drie punten kan een voorlopig getuigenverhoor onder werknemers of relaties van een gerequestreerde iets opleveren.

In de normaal-situatie waarin het object van eiser/verzoeker op de markt verkrijgbaar was pleegt, m.i. terecht, niet van hem verlangd te worden dat hij bewijst dat de tegenpartij daadwerkelijk 'ontleend' heeft. Niet-ontlening resp. eerdere of min of meer synchrone zelfstandige ontwikkeling, leidend tot een 'toevallig (sterk) gelijkend' resultaat, leidt in het auteursrecht en bij de toepassing van art. 1401 BW tot het oordeel dat er – ceteris paribus – niet van een verboden handelen mag worden gesproken. Maar bij voldoende gestelde en aannemelijk gemaakte anterieure bekendheid van het object van eiser/verzoeker pleegt de rechter hier, terecht, uit te gaan van een ontlenings*vermoeden*, en drukt de bewijslast op de tegenpartij.[34] Bewijslevering van kennisneming van verzoekers object door personeel of relaties van gerequestreerde heeft ook dáárom geen zin, nu kennis nemen op zichzelf (gelukkig en terecht) geen verboden handeling is. Je mag je zelfs laten 'inspireren'. Het is aan de wederpartij van verzoeker om eventueel *harerzijds* een (voorlopig) getuigenverhoor van haar personeel of dat van haar toeleveranciers te entameren, en harerzijds de afweging ten opzichte van de bewaring van haar

32. Vgl. voor chips de speciale *reverse engineering*-regeling van art. 15 Chipswet.

33. Met name op die punten waar de beweerdelijke gelijkenissen/inbreuken zich nu juist voordoen ('beschermde trekken'?); vgl. Verkade/Spoor, *Auteursrecht*, Deventer 1985, nr. 37.

34. Bij toepassing van art. 15 Chipswet laat zich m.i. als regel in dezelfde zin redeneren.

bedrijfsgeheim te maken, bij (een poging tot) tegenbewijs omtrent ontlening aan het op de markt bekende object.

31. De (te grote) gelijkenis is waar het, zo niet uitsluitend dan toch primair, om gaat. En zulks met inachtneming van criteria terzake van de al dan niet beschermde resp. meer of minder beschermde, resp. minder of meer objectieve trekken. Dat is *niet iets voor een voorlopig getuigenverhoor*. Dat is, indien men 'op onjuiste grondslag gebaseerde procedures en onnodige debatten – en daarmee vertraging van het geding –'[35] wenst te vermijden, sinds de invoering van het nieuwe bewijsrecht veeleer een geschikt object voor het daarbij mogelijk gemaakte *voorlopig deskundigenbericht*.[36]

> Ook in dat kader kunnen bedrijfsgeheimen prijsgegeven moeten worden. Partijen kunnen dan echter – incalculerend dat deskundigen uit stilzwijgen conclusies kunnen trekken – zèlf de afweging maken hoe ver zij daarbij willen gaan.

32. Het in nr. 14 genoemde kosten-aspect voor partijen en de potentiële belasting van de rechterlijke macht behoeven geen nadere toelichting. In de Verenigde Staten is de *pre trial discovery* niet meer weg te denken, maar het is tegelijkertijd een van de factoren die de kosten van procederen daar zo opjaagt. Willen we daarheen?

33. Om voor mij niet begrijpelijke redenen voorziet de wet (art. 878 lid 2 (oud), art. 216 lid 2 Rv (nw)) niet in een hogere voorziening bij toewijzing van het verzoek, maar wél bij afwijzing.

Er is wel een motivering bekend.[37] HR 8 oktober 1925[38] had zelf de (pas in 1951 in art. 878 lid 2 (oud) neergelegde) regel bedacht. Die was vóór 1951 begrijpelijk: destijds gold voor het voorlopig getuigenverhoor steeds het vereiste van het *gevaar voor verloren gaan van het bewijsmiddel*. Als dat gevaar (serieus) aanwezig is geoordeeld, moet je geen schorsende appel- en cassatieprocedures hebben.

Maar in 1951 werd dat vereiste als hoofdregel afgeschaft. De jurisprudentieregel werd gecodificeerd en tegelijk uitgebreid tot gevallen waarin dat gevaar niet dreigde. De MvT bij het ontwerp dat leidde tot de wetswijziging van 1951 motiveerde dit aldus:

> 'Bij een dergelijk appel heeft niemand belang: de verzoeker niet, omdat hij zijn verzoek ingewilligd zag, en de tegenpartij of toekomstige tegenpartij niet, omdat een voorlopig getuigenverhoor geen nadeel aan de zaak kan toebrengen'.

35. Vgl. de MvT bij het ontwerp tot wetswijziging-1951.

36. Vgl. in die zin Rb. Rotterdam en Hof 's-Gravenhage 13 juni 1989 als geciteerd in noot 15. Deze instanties pasten daarbij overigens (wellicht 'te zwaar' en overbodig?) het evenredigheids-subcriterium van het misbruik-criterium toe.

37. Te vinden in de conclusie van de A-G bij de *Enka/Dupont*-beschikking, NJ 1986, 242, p. 907 r.k.

38. NJ 1925, p. 1221.

De departementale naïviteit die hieruit spreekt, behoeft in de context van dit opstel geen nadere toelichting. Tragisch voor het departementaal respect is dat de nieuwe-bewijsrechtwetgever in 1987 de regel heeft gehandhaafd, te meer na hetgeen Heemskerk hierover nog opmerkte in zijn noot onder de *Enka/Dupont*-beschikking.[39]

Nu is het zo dat, art. 216 lid 2 ten spijt, de uitsluiting van appel niet absoluut is. M.i. terecht wijst Haardt erop dat niettegenstaande art. 216 lid 2 de voorheen (ondanks het corresponderende art. 878 lid 2) door de HR aanvaarde appelmogelijkheden overeind zijn gebleven.[40] De *Enka/Dupont*-beschikking, door de regering in ander verband tot richtsnoer voor wetsaanpassing genomen,[41] is daarvan het voorbeeld *par excellence*. Maar het moet, of moest althans tot 1 april 1988, dan wel gaan om *essentiële* vormverzuimen. Een gewone motiveringsklacht is daarvoor nog in maart 1988 niet voldoende geoordeeld.[42]

Zou overigens het ontbreken van een 'herkansing' voor de gerequestreerde, tegenover aanwezigheid van een 'herkansing' voor de requestrant, de rechter niet (terecht) aanleiding geven om, ceteris paribus, het verzoek eerder af- dan toe te wijzen, in weerwil van de wetgeversgedachten?

34. Laten we er – last but not least – geen doekjes om winden. De enkele (publieke) aankondiging van een nabootsingsprocedure van een (grote) concurrent tegen een (kleinere) collega heeft vaak onmiddellijke markteffecten, met name als het om duurzame consumptiegoederen of produktiemiddelen gaat. Afnemers en potentiële afnemers, veelal rekenend of aangewezen op blijvende service of assortimentsuitbreiding, zullen vaak liever het zekere voor het onzekere nemen. Hetzelfde geldt voor werknemers, met name in een gespannen arbeidsmarkt. Te meer na het zien van die opwindende Amerikaanse TV-series lijkt de onderwerping aan een getuigenverhoor geen pretje, en als doorsnee-werknemer ken je de maatstaven volgens welke een eventuele inbreuk beoordeeld zal worden allerminst; *nóg* minder dan (de advocaten van) partijen en de rechter, in die fase. Spiraaleffecten onder werknemers, afnemers en verdere relaties (toeleveranciers, aandeelhouders, banken) zijn dan alleszins voor de hand liggend. De contrastelling dat 'wie niets te verbergen heeft, graag zal getuigen', is een frase.

39. NJ 1986, 242, p. 910 r.k. De NJ-aflevering is gedateerd 12 april 1986. De 2e UCV over het nieuwe bewijsrecht had plaats op 22 september 1986.

40. Losbladige *Burgerlijke rechtsvordering*, art. 216, aant. 3. Vgl. ook Pres. Rb. Rotterdam 12 december 1990, KG 1991, 23.

41. Vgl. noot 13.

42. Vgl. HR 25 maart 1988, NJ 1989, 3 m.nt. WHH (*Staat/ABN*); vgl. ook Van Son, *Warming-up of uitputtingsslag?* in *Niets dan de waarheid, Bundel ter gelegenheid van het Jonge Balie Congres 1988*, Zwolle 1988, p. 59 (65).
Evenwel laat zich denken dat sinds 1 april 1988 – invoering van het nieuwe bewijsrecht – het toen op de v.g.-requestprocedure toepasselijk verklaarde art. 429k (met een 'gewone' motiveringsplicht) boven art. 216 lid 2 zou dienen te prevaleren. De verhouding tussen beide artikelen is door de wetgever onvoldoende doordacht.
Het EVRM wordt (nog) niet uitgelegd in die zin dat het een recht op hoger beroep zou meebrengen, resp. zich zou verzetten tegen eenzijdige appelmogelijkheden. Met name dit laatste is m.i. een Straatsburgse toetsingsronde waard.

35. Tussen concurrenten kan het voorlopig getuigenverhoor het – door de wetgever niet beoogde – karakter van een zwaar aanvalsmiddel hebben. Het verzoekschrift verdient grondige beoordeling, met inachtneming van vele aspecten, waarvan ik hierboven een aanduiding heb trachten te geven.

J.M.M. Maeijer

Beslechting van conflicten in vennootschappen

1. Conflicten in vennootschappen hebben een bijzonder karakter; zij zijn niet vergelijkbaar met conflicten tussen partijen bij een gewone twee-partijenovereenkomst zoals koop of huur. Hoe komt dit eigenlijk?

Het ons vertrouwde recht betreffende overeenkomsten en daaruit voortvloeiende geschillen, is toegesneden op dergelijke tweezijdige contracten waarbij vaak het do ut des, kenmerkend voor synallagmatische verhoudingen, aanwezig is. De uit dit vertrouwde overeenkomstenrecht voortvloeiende regels blijken echter al niet zonder meer toepasbaar, indien het gaat over *meer-partijenovereenkomsten*, die, niemand ontkent het, een eigen aard kunnen hebben. In art. 6:213 NBW wordt dit ook erkend: op overeenkomsten tussen meer dan twee partijen zijn de wettelijke bepalingen betreffende overeenkomsten niet toepasselijk, voor zover de strekking van de bepalingen in verband met de aard van de overeenkomst zich daartegen verzet. Zie ook art. 6:279 betreffende de toepasselijkheid op een meerpartijenovereenkomst van de bepalingen betreffende wederkerige overeenkomsten.

Die eigen aard van meer-partijenovereenkomsten kan aanwezig zijn omdat partijen tot elkaar niet alleen in een do ut des-verhouding willen staan, maar meer willen: door samenwerking een doel willen bereiken. Men heeft over synergische overeenkomsten gesproken in tegenstelling tot synallagmatische. Dit element, dat op zichzelf ook bij een twee-partijenovereenkomst aanwezig kan zijn, gevoegd bij een ontstane rechtsverhouding tussen meer dan twee personen waarbij juist met het oog op het doel van de overeenkomst een onderlinge interdependentie ontstaat die een rechtsband tussen twee personen overstijgt en hiertoe ook niet door splitsing en deling kan worden gereduceerd, veroorzaakt die *eigen aard* die de toepasselijkheid van sommige op tweezijdige verhoudingen toegespitste regels bemoeilijkt en soms verhindert. Het valt dan op dat voor wat betreft mogelijke conflicten binnen dergelijke meerzijdige rechtsverhoudingen, de in het gewone overeenkomstenrecht geldende regels voor ontbinding bij wanprestatie en voor het beroep op de exceptio non adimpleti contractus, bijstelling behoeven: zie art. 6:279 NBW. En voorts dat die eigen aard van meer-partijenovereenkomsten meebrengt dat veelal contractueel wordt voorzien in een geschillenregeling waarbij via een arbitraal beding of een uit te lokken bindend advies het gerezen interne conflict kan worden beslecht. Zie over dit alles: Hardenberg in TPR 1983, p. 795 e.v.; en verder Dirix in TPR 1983, p. 757 e.v. en in Rechtskundig Weekblad 1982, p. 1586 e.v.; H. Drion in: Lugdunum Batavorum Juri Sacri 1882–1982, p. 1 e.v.

2. De *maatschap, vennootschap onder firma en commanditaire vennootschap* zijn door de wet zelf geregelde bijzondere samenwerkingsovereenkomsten van twee of meer partijen gericht op het behalen van vermogensrechtelijk voordeel t.b.v. alle vennoten, zulks door middel van inbreng van ieder van de vennoten. Die overeenkomst tot samenwerking is gericht op een gemeenschappelijk doel. Bij dergelijke contractuele vennootschappen met meer dan twee, soms zelfs een zeer groot aantal vennoten, wordt veelal contractueel voorzien in de regeling van het bestuur, in de wijze van besluitvorming door de vergadering van vennoten, en vaak ook in een geschillenregeling. Los hiervan heeft de wetgeving zelf en de hierop gebaseerde rechtspraak oog gehad voor de eigen aard van deze samenwerkingsovereenkomsten, die om een hieraan aangepaste en van het gewone overeenkomstenrecht afwijkende benadering vraagt van zich in die vennootschap voordoende conflicten. Ik wijs op de volgende punten.

De wetgever heeft willen waarborgen dat vennoten niet tot samenwerking gedwongen blijven indien zulks redelijkerwijs niet meer van hen kan worden gevergd. Nulla societatis in aeternum coitio est. Vandaar art. 1684 BW dat dwingendrechtelijk voorziet in ontbinding door de rechter van vennootschappen voor een bepaalde tijd aangegaan wegens 'wettige redenen' waaronder zowel gevallen van wanprestatie vallen als gevallen van grote onenigheid of disharmonie tussen de vennoten. Vandaar ook art. 1686 BW dat de vennootschap voor onbepaalde tijd aangegaan, door opzegging te goeder trouw van een vennoot aan alle overige vennoten kan worden beëindigd. Men herinnert zich dan de verfijningen door de rechtspraak aangebracht. De rechterlijke ontbindingsbevoegdheid geldt ook t.a.v. vennootschappen voor onbepaalde tijd, niet alleen vanwege het hierboven aangeduide adagium indien de opzeggingsbevoegdheid is uitgesloten (zoals in HR 7 maart 1941, NJ 1941, 738), maar ook geheel in het algemeen omdat bij rechterlijke ontbinding, anders dan bij opzegging, in geval van wanprestatie schadevergoeding kan worden gevorderd (HR 3 december 1948, NJ 1949, 358). Naast de artt. 1684 en 1686 BW is er geen plaats voor toepassing van art. 1302 BW. Met de regeling van art. 1684 BW kan onverenigbaar zijn dat een vennoot bij het zich voordoen van een 'wettige reden' een beroep doet op de exceptio non adimpleti contractus (HR 21 december 1956, NJ 1959, 180). In het tengevolge van de invoering van de boeken 3, 5 en 6 NBW te wijzigen art. 1684 BW (Wet van 28 december 1989, Stb. 1989, 616) wordt de ontbindingsregeling voor wederkerige overeenkomsten vervat in de artt. 6:265 t/m 6:279 uitgesloten o.m. omdat de in deze bepalingen voorziene bevoegdheid tot buitengerechtelijke ontbinding van de vennootschap niet zonder meer passend is.

De opzegging voorzien in art. 1686 moet worden gedaan aan alle overige vennoten. In de vennootschapsovereenkomst kan echter worden bedongen dat de vennootschap, of deze nu voor een bepaalde of onbepaalde tijd is aangegaan, door een of meer der vennoten kan worden opgezegd aan een of meer der andere vennoten (HR 13 juni 1969, NJ 1969, 384). Deze gedwongen uittreding of uitstoting van één vennoot kan ook op andere wijze worden bereikt. Mogelijk is een beding in de vennootschapsovereenkomst dat bij het zich voordoen van een nader aangeduide, in de persoon van de vennoot gelegen omstandigheid (bijv. het bereiken van een bepaalde leeftijd, curatele of faillissement, blijvende arbeidsongeschiktheid etc.) de vennootschap t.a.v. deze vennoot van rechtswege zal zijn ontbonden

zonder dat opzegging of rechterlijke tussenkomst nodig is. En ofschoon de in art. 1684 BW voorziene rechterlijke ontbinding de gehele vennootschap betreft, kan tussen de vennoten worden overeengekomen dat de rechter de vennootschap kan ontbinden alleen t.a.v. de wanprestatieplegende of aanhoudend arbeidsongeschikte vennoot. Zie in dit verband ook art. 7.13.1.15 lid 2 ontwerp NBW. Naast de mogelijkheid van gedwongen uittreding van één vennoot kan in de vennootschapsovereenkomst ook worden voorzien in de mogelijkheid van vrijwillige uittreding van een vennoot onder bepaalde omstandigheden.

Uit het bovenstaande blijkt dat geenszins noodzakelijk is dat bij een gerezen conflict binnen de vennootschap een einde wordt gemaakt aan de gehele door de vennootschapsovereenkomst ontstane rechtsbetrekking geldend tussen alle vennoten. Zoals men met toestemming van de bestaande contractspartijen kan toetreden tot een bestaande vennootschapsovereenkomst, waarin dan de aanvaarding ligt besloten van de krachtens deze overeenkomst geldende regels (HR 15 april 1977, NJ 1978, 163), zo kan ook, indien zulks contractueel is voorzien, aan de vennootschapsovereenkomst een einde worden gemaakt t.a.v. een bepaalde partij die gedwongen of vrijwillig uittreedt, zonder dat het bestaan van die vennootschapsovereenkomst zelf (mits twee partijen overblijven) wordt aangetast. Zie over dit alles meer uitgebreid: mijn opstel in Gratia Commercii, Bundel A. van Oven p. 157 e.v. en Asser–Maeijer nrs. 204 en 208 e.v.

Het voorgaande betrof mogelijkheden die er toe kunnen bijdragen dat conflicten tussen vennoten als contractspartners door uittreding van een of meer hunner kunnen worden beslecht, terwijl de vennootschap toch kan worden voortgezet. Zoals reeds gezegd, kan in het vennootschapscontract of door de vennoten nadien ook anderszins worden voorzien in een geschillenregeling waarbij het uitreden van een der vennoten niet aan de orde behoeft te komen. Zo kan ondanks art. 1671 BW een geschil omtrent de grootte van het aandeel in winst of verlies door arbiters overeenkomstig art. 1020 Rv. worden beslecht. Zie Asser–Maeijer nr. 69. Zie voor een geval waarin arbiters uitspraak deden over de vraag welke aanspraak op winst een zieke vennoot kon doen gelden: het arbitraal vonnis van 28 december 1972, NJ 1973, 452.

Conflicten kunnen ook rijzen tussen de vennoten en de bestuurders van de vennootschap. In het vennootschapscontract kan in een contractuele bestuursopdracht aan een of enige vennoten worden voorzien: de artt. 1673 en 1674 zijn dan van toepassing. Art. 1673 bepaalt o.m. dat indien bij de vennootschapsovereenkomst zelf één vennoot of bestuurder is aangesteld, de bestuursbevoegdheid hem door de overige vennoten niet zonder wettige reden kan worden ontnomen. Indien niets omtrent het bestuur is overeengekomen, geldt art. 1676 BW. Ook een derde–bestuurder kan door de vennoot als bestuurder worden aangesteld. Wat ook de grondslag moge zijn van de bestuursbevoegdheid: de wet of het vennootschapscontract (in het geval van een vennoot–bestuurder) of een bestuursopdracht of arbeidsovereenkomst met vertegenwoordigingsbevoegdheid (in het geval van een derde–bestuurder): iedere bestuurder is tegenover de (mede-)vennoot gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem toebedeelde besturende taak. Indien meerdere bestuurders te kort schieten, dan kunnen zij in beginsel ieder voor een gelijk deel voor de daaruit voor de vennootschap ontstane schade worden aangesproken door de (mede-)vennoot. Art. 2:8 BW dat bij tekortkomingen van meer-

dere bestuurders dezen in beginsel hoofdelijk aansprakelijk stelt, geldt alleen voor rechtspersonen, en is niet toepasselijk op de hier behandelde vennootschapsvormen. Zie verder: Asser–Maeijer nr. 94.

3. De hierboven behandelde methoden van conflictbeslechting brengen geen uitkomst bij de *NV en BV*. De maatschap, v.o.f. en c.v. zijn gegrondvest op en worden tijdens hun bestaan blijvend beheerst door een bijzondere samenwerkingsovereenkomst, de overeenkomst van vennootschap. De NV en BV zijn zowel naar buiten toe als inwendig als het ware geïnstitutionaliseerd, hetgeen rechtens tot uitdrukking komt doordat aan deze rechtsvormen rechtspersoonlijkheid is toegekend. Dit heeft niet alleen tot gevolg dat de NV of BV in het haar omringende rechtsverkeer geldt als rechtssubject. Maar ook, vergeten wij het vooral niet, dat die vennootschap geldt als een autonoom georganiseerde eenheid met een eigen intern rechtsregime, bepaald door wet, statuten, besluiten en ongeschreven recht (i.h.b. de normen van de redelijkheid en billijkheid zoals aangeduid in art. 2:7 BW; na 1 januari 1991 art. 2:8 BW). Hierbij komt nog dat ofschoon in de praktijk aandeelhouders–vennoten ook bestuurders kunnen zijn, de functie van aandeelhouder–vennoot en die van bestuurder door de wetgever nauwkeurig van elkaar zijn gescheiden en in beginsel van elkaar ontkoppeld. De persoon van de vennoot bij maatschap, v.o.f. en c.v. is in beginsel onvervangbaar; de vennootschap wordt intuitu personae aangegaan; de vennootschap eindigt door de dood van een der vennoten. In het vennootschapscontract kunnen partijen echter anders bepalen, en in de regel wordt in zgn. voortzettingsregelingen voorzien. Toch spreekt men niet voor niets over zgn. personenvennootschappen. Bij NV en BV zijn de vennoten in beginsel vervangbaar; de overdraagbaarheid van de aandelen kan in de statuten niet zodanig worden beperkt dat zij onmogelijk of uiterst bezwaarlijk wordt (art. 2:87 en 195 lid 7). Aldus treden de personen van de vennoten–aandeelhouders na de oprichting van de NV of BV meer op de achtergrond; men spreekt van kapitaalvennootschappen.

Het is duidelijk dat de eigen aard van de NV en BV, zoals die door de wetgever in boek 2 BW is erkend en nader omlijnd, ook om een geheel eigen benadering vraagt van het vraagstuk van beslechting van mogelijke conflicten in deze vennootschappen.

4. Allereerst is er de bijzondere aandacht die de wet geeft aan de *besluitvorming* en de mogelijke aantasting van de geldigheid van *besluiten* binnen de vennootschap–rechtspersoon. Ik ga hier niet diep op in maar volsta er op te wijzen dat besluiten van de algemene vergadering én besluiten van andere organen van de vennootschap kunnen worden vernietigd o.m. wegens strijd met de objectieve goede trouw of redelijkheid en billijkheid (na 1 januari 1992 art. 2:15 lid 1 sub b). Hierbij komt tot uitdrukking (zie ook art. 2:7 BW) dat de interne verhoudingen binnen de kapitaalvennootschap ofschoon niet contractueel van aard, niettemin worden beheerst door deze ongeschreven rechtsnormen. Die goede trouw gebiedt dat men handelend vanuit de eigen belangensfeer, dus bij het behartigen van een bepaald belang, rekening houdt met de andere belangen die in de vennootschap aanwezig zijn, en deze zonodig na afweging van belangen ontziet. Die nog vrij algemene norm kan wat nader worden geconcretiseerd al naar gelang aan de orde

is een besluit van het bestuur of de raad van commissarissen waarvan het handelen gericht moet zijn op het belang van de vennootschap en de met haar verbonden onderneming, of een besluit van de algemene vergadering van aandeelhouders die in eerste instantie hun eigen belangen mogen behartigen. Strijd met de goede trouw omvat mede misbruik van (meerderheids)macht. Bij toetsing zal de rechter zich afvragen of het betreffende orgaan gelet op de normen van de goede trouw in redelijkheid tot het besluit had kunnen komen. Zie bijv. de toetssteen van Pres. Rb. 's-Gravenhage (Mulder–Boskoop) 25 mei 1988, KG 1988, 251, en Rb. 's-Gravenhage (Wereldhave) 19 oktober 1984, WPNR 5748, p. 25: waar als toetssteen wordt gehanteerd, of er *onevenredig* nadeel (aan de belanghebbende aandeelhouders) is toegebracht.

Een bodemprocedure, ook al wordt deze verkort, duurt meestal te lang om de door de besluitvorming voldongen rechtsgevolgen ongedaan te maken. In de praktijk ziet men dan ook dat de *kort-gedingprocedure* wordt gehanteerd om het in werking treden van die gevolgen althans voorlopig te verhinderen, vaak wordt van een bodemprocedure afgezien. De kort-gedingrechter heeft een ruime bevoegdheid om na een door hem te verrichten toetsing van hetgeen de rechtsverhouding tussen partijen verlangt *of* na een (ruimere) belangenafweging de gevorderde voorzieningen al dan niet toe te wijzen. Zie conclusie A.G. Ten Kate voor HR 27 juni 1983, NJ 1983, 758, sub 10 t/m 24. Bij het afwijzen speelt soms ook een rol dat men de door de bestreden besluitvorming teweeg gebrachte gevolgen niet zonder meer wil terugdraaien omdat dit te zeer zou ingrijpen in de positie van de vennootschap en haar aandeelhouders en veeleer een toestand van wanorde dan van orde zou scheppen (Hof Amsterdam inzake Reiss Immofarm, 1 april 1971, NJ 1972, 428), of 'omdat het belang van de door die bestreden besluitvorming bereikte status quo, mede in het licht van mogelijk onherstelbare gevolgen van de gevraagde voorzieningen, het zwaarst moet wegen' (Pres. Rb. Den Haag inzake Wereldhave, 6 september 1983, KG 1983, 307).

Anderzijds kan de kort geding-rechter de genoemde voorzieningen bij wege van ordemaatregel toewijzen om juist voorlopig de status quo van de oorspronkelijke, vóór de besluitvorming bestaande rechtsverhouding tussen partijen te bevriezen 'omdat niet uitgesloten kan worden dat de zaak uiteindelijk in een bodemprocedure toch een andere wending zal krijgen'. Zie zeer recent: HR 6 april 1990 (rek. nr. 7446) en HR 20 april 1990, RvdW 1990, 84, en de conclusies van de A.G. in beide zaken.

5. Hiervoor onder 3 heb ik het geïnstitutionaliseerde karakter van de NV en BV onderstreept. Aandacht verdient echter dat de BV vaak gekenmerkt wordt door kleinschaligheid en, indien zij geen structuurvennootschap is, door een veel grotere betrokkenheid van de aandeelhouders als 'personen-substraat'. Dit alles gaf Raaijmakers aanleiding om te spreken over rechtspersonen tussen contract en instituut, en om te bepleiten dat de personenvennootschappen moeten worden ondergebracht in boek 2 BW, hetgeen ons zou behoeden voor een te ver doorgevoerde institutionalisering van de rechtspersoon. Zie mijn kritiek hierop in NJB 1987, p. 355 e.v.; en voorts Winter in Advocatenblad jaargang 68, p. 110 e.v. Overigens zij opgemerkt dat de zgn. eenmans-vennootschap, in het bijzonder de eenmans-BV, thans door de wetgever als zodanig is erkend (art. 2:64 en 175 lid

2). Het samenwerkingskarakter, dat historisch gezien een typologisch kenmerk was van de NV en BV, is hier volstrekt verbleekt.

Wat van e.e.a. moge zijn, de wetgever heeft sinds 1 januari 1989 in de artt. 2:335 e.v. voorzien in een *specifieke geschillenregeling* geldend voor besloten vennootschappen en naamloze vennootschappen met een besloten karakter. De regeling strekt ertoe een uitweg te bieden in geval van geschillen tussen aandeelhouders die de samenwerking in een dergelijke vennootschap ernstig bemoeilijken. Er is voorzien in een vorm van uitstoting, een gedwongen overdracht van aandelen door een aandeelhouder die door zijn gedragingen het belang van de vennootschap zodanig schaadt dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet kan worden geduld. Een vordering tot een dergelijke gedwongen overdracht kan worden ingesteld door een of meer houders van aandelen die alleen of gezamenlijk tenminste eenderde deel van het geplaatste kapitaal verschaffen. Alleen al de mogelijkheid van een dergelijke uitstoting heeft reeds een preventief effect in deze zin, dat zij de aandeelhouders er veelal toe zal brengen een minimum aan redelijk gedrag op te brengen, in het bijzonder een gedrag waardoor het functioneren en het voortbestaan van de vennootschap niet in gevaar wordt gebracht. De kort-gedingrechter blijkt ook hier bereid om in afwachting van een aan te spannen geschillenprocedure de status quo tussen de betrokken partijen voorlopig te bevriezen: Pr. Rb. Haarlem 4 september 1990, KG 1990, 300.

Op twee punten wil ik de aandacht vestigen. In de eerste plaats op het subsidiaire karakter van deze regeling. Indien de statuten of een overeenkomst een regeling bevatten voor de oplossing van geschillen tussen aandeelhouders, zijn de eisers niet ontvankelijk in hun vordering, tenzij gebleken is dat die regeling niet kan worden toegepast (art. 2:337). Men denke aan een overeenkomst tot arbitrage of het uitbrengen van bindend advies (zie in dit verband ook art. 2:120 en 230 lid 1, laatste zin: zie hierover Westbroek in Maandblad NV 1982, p. 15); aan een stemovereenkomst tussen aandeelhouders die bijv. in een fifty-fifty verhouding staan; aan een regeling (bijv. bij een joint venture) waarbij onder bepaalde omstandigheden de verplichting ontstaat de aandelen aan te bieden en over te dragen. Zie de wetsgeschiedenis in Losbl. Bundel NV en BV, p. IXy–art. 337-1. Die eigen regeling van partijen moet eerst worden toegepast. De uitkomst van die toepassing behoeft door de rechter niet te worden getoetst. Vanzelf blijkt wel of na toepassing van die regeling toch nog aan het hierboven aangeduide criterium wordt voldaan op grond waarvan een vordering tot gedwongen overdracht kan worden toegewezen.

In de tweede plaats is van belang de verhouding tussen deze geschillenregeling en het enquêterecht, dat in de praktijk veelal ook toepassing heeft gevonden bij kleine vennootschappen waarin een impasse ontstond tussen twee aandeelhouders (vaak ook directeuren) die ieder 50% van de aandelen bezaten. Zie over deze verhouding: Losbl. Bundel NV en BV, p. IXy–8 en 9. Een dergelijke impasse kan leiden tot een toestand die als wanbeleid *van* de vennootschap moet worden aangemerkt, en de Ondernemingskamer kan dan voorzieningen treffen om aan het wanbeleid een einde te maken en de eruit voortgevloeide gevolgen zoveel mogelijk ongedaan te maken en te beperken (HR 4 november 1987, NJ 1988, 578).

Een van die voorzieningen is sinds 1 januari 1989 *tijdelijke* overdracht van aandelen ten titel van beheer. Hierdoor zal bij een fifty-fifty verhouding een on-

afhankelijke derde in de algemene vergadering van aandeelhouders een doorslaggevende stem kunnen krijgen waardoor de patstelling voorlopig wordt doorbroken en intussen kan worden gewerkt (bijv. door een tijdelijk benoemde directeur) aan een regeling tussen partijen. Soms leidt deze werkwijze tot praktisch resultaat: zie bijv. OK 16 juli en 1 oktober 1987, NJ 1988, 579. Soms lukt dit niet, en dan biedt die tijdelijke overdracht ten titel van beheer geen definitieve oplossing van het gerezen conflict. In zulk een geval kan de toepassing van de geschillenregeling altijd nog uitkomst bieden: zie OK 30 juni 1988, NJ 1989, 443. Dit is dan nog een openstaand redelijk alternatief voor de ontbinding van de vennootschap, welke in het kader van de voorzieningen bij het enquêterecht is te beschouwen als een ultimum remedium (art. 2:357 lid 6).

Intussen is het aan te bevelen dat de betrokkenen zelf zoveel mogelijk regelingen treffen waarbij dergelijke impassen worden voorkomen. Dit kan door het sluiten van stemovereenkomsten. Het kan ook, meer structureel, door het certificeren, bijv. door de vader–oprichter van de BV, van zijn aandelen bij leven, zodat na overlijden geen grote onenigheden in de aandeelhoudersvergadering kunnen ontstaan omdat het stemrecht op die aandelen bij het administratiekantoor berust. Een dergelijke certificering met niet-royeerbare certificaten is volgens HR 1 juli 1988, NJ 1989, 226 in het algemeen niet maatschappelijk onaanvaardbaar. Wel moet er voor worden gewaakt, en in zoverre wordt de problematiek verplaatst, dat men in het bestuur van het administratiekantoor tot een evenwichtige besluitvorming kan komen, waarbij de certificaathouders hun belangen voldoende behartigd weten, terwijl er toch een beslissende invloed is van objectiverende buitenstaander(s).

De op 1 januari 1989 ingevoerde geschillenregeling voorziet voorts in de mogelijkheid van een gedwongen overname door de mede-aandeelhouders van de aandelen van een aandeelhouder die door gedragingen van een of meer mede-aandeelhouders zodanig in zijn rechten of belangen wordt geschaad dat het voortduren van zijn aandeelhouderschap in redelijkheid niet meer van hem kan worden gevergd (art. 2: 343). Het gaat dus om de aandeelhouder wiens positie in de vennootschap door het gedrag van zijn mede-aandeelhouders onhoudbaar is geworden en die daarom van zijn aandelen af wil. Men zou zich kunnen afvragen in hoeverre een dergelijke wettelijke regeling nodig is: ook de aandelen in de BV of de geblokkeerde aandelen in een NV blijven in beginsel overdraagbaar. Maar dit is grauwe theorie wanneer men geen gegadigden vindt, noch mede-aandeelhouders noch derden, aan wie men zijn aandelen kan vervreemden, terwijl de aantrekkelijkheid van het aandeel juist vanwege de conflictsituatie in de vennootschap aanzienlijk is verminderd. De wettelijke regeling kan dan uitkomst bieden.

Van een geschillenregeling moet overigens worden onderscheiden de *uitkoopregeling*, waarbij *in beginsel*, behoudens limitatief in de wet opgesomde omstandigheden (lid 4 van de artt. 2:92a en 201a), een *recht tot uitkoop* van de andere aandeelhouders is toegekend aan de aandeelhouder die tenminste 95% van het geplaatste kapitaal verschaft: zonder dat de rechter behoeft te treden in een afweging van de belangen van de uitkopende meerderheidsaandeelhouder(s) en de uit te kopen minderheidsaandeelhouder(s). De gedachte is geopperd om hiertegenover aan iedere minderheidsaandeelhouder als bedoeld, dus een houder van minder dan 95% van het geplaatste kapitaal, een recht te geven te worden uitgekocht.

Deze gedachte is door de wetgever echter niet ondersteund. Zie Losbl. Bundel NV en BV, p. IXx–6, 40 en 57.

6. Bij kapitaalvennootschappen kunnen zich ook geschillen voordoen tussen bestuurders of commissarissen onderling of tussen bestuurders en commissarissen. Westbroek heeft hierover uitvoerig geschreven in Maandblad NV 1982, p. 17 e.v. Zijn conclusie is dat deze vennootschappelijke functionarissen zich alleen mogen binden om zich op een bepaalde wijze te gedragen indien zulks in het belang van de vennootschap is en dat overigens de besluitvorming volgens de wettelijke en statutaire inrichting van de vennootschap moet verlopen, waarbij het functioneren van de organen onverlet moet blijven. Die conclusie deel ik. In deze paragraaf wil ik mij concentreren op de *conflicten die kunnen spelen tussen aandeelhouders en het bestuur of commissarissen.*

Bij niet-structuurvennootschappen kunnen bestuurders en door de algemene vergadering van aandeelhouders benoemde commissarissen te allen tijde worden geschorst of ontslagen door de vergadering van aandeelhouders; in de statuten kan worden bepaald dat het besluit tot schorsing of ontslag slechts mag worden genomen met ten hoogste tweederde der uitgebrachte stemmen, vertegenwoordigend meer dan de helft van het kapitaal (art. 2:134 jo. 144 en 244 jo. 254). Tenzij bij de statuten anders is bepaald, is de raad van commissarissen bevoegd iedere bestuurder te allen tijde te schorsen, met de mogelijkheid van opheffing van deze schorsing door de algemene vergadering van aandeelhouders (art. 2:147 en 257).

Bij structuurvennootschappen waarvan de institutionalisering voor wat betreft het interne rechtsregime in de wetgeving zelf nog verder vorm heeft gekregen, worden de bestuurders door de raad van commissarissen benoemd en kunnen dezen ook door deze raad te allen tijde worden ontslagen en, tenzij de statuten anders bepalen, worden geschorst (art. 2:162 en 172). Een commissaris wordt overeenkomstig de daarvoor gegeven speciale procedure benoemd voor ten hoogste vier jaren, en kan tussentijds door de OK op een desbetreffend verzoek worden ontslagen wegens verwaarlozing van zijn taken, wegens andere gewichtige redenen of wegens ingrijpende wijziging der omstandigheden op grond waarvan herbenoeming als commissaris redelijkerwijs niet van de vennootschap kan worden verlangd (art. 2:161 en 272). In het kader van de voorgenomen harmonisering van het recht van de lidstaten betreffende beschermingsconstructies leeft bij de Europese Commissie de gedachte dat bij een NV en daarmee vergelijkbare rechtsfiguren in de overige EG-landen, de ondernemingsleiding steeds 'ad nutum' moet kunnen worden benoemd en ontslagen door de algemene vergadering van aandeelhouders bij eenvoudige meerderheid van stemmen. Men wil deze norm verankeren in de vijfde EG-richtlijn m.b.t. de structuur van de vennootschap alsmede de bevoegdheden en verplichtingen van haar organen. Deze gedachte die voortvloeit uit een oude traditie waarin de bestuurders werden gezien als lasthebbers van de aandeelhouders aan wie zij hun mandaat ontlenen, is in ieder geval strijdig met de Duitse regeling van de Aktiengesellschaft en met de Nederlandse regeling van de structuurvennootschap. In zoverre maakt zij weinig kans te worden gerealiseerd.

Elke bestuurder is tegenover de vennootschap–rechtspersoon gehouden tot een behoorlijke vervulling van de hem opgedragen taak; bij een collectief bestuur is

ieder van de bestuurders *hoofdelijk aansprakelijk* behoudens de mogelijkheid van individuele disculpatie (art. 2:8; na 1 januari 1991 art. 2:9). Art. 8 is van overeenkomstige toepassing t.a.v. de taakvervulling door commissarissen (art. 2:149 en 259). Het betreft hier de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap. De vordering kan vanwege de vennootschap worden ingesteld door een door de algemene vergadering van aandeelhouders daartoe aangewezen vertegenwoordiger, en door de raad van commissarissen tenzij de statuten anders bepalen (art. 2:146 en 256). Het ontwerp vijfde EG-richtlijn kent bij de NV aan een minderheid van aandeelhouders de bevoegdheid toe een dergelijke aansprakelijkheidsaktie te entameren (art. 16: action sociale).

Een aktie op grond van art. 8 zal behalve door de curator in het faillissement van een vennootschap, niet gauw worden ingesteld, indien er sprake is van een zgn. eenmans-BV of -NV waarin de bestuurder en de enig aandeelhouder dezelfde persoon is, en waarin geen raad van commissarissen functioneert. En zelfs als de curator bij faillissement van een vennootschap op grond van art. 8 ageert, kan deze stuiten op een door de algemene vergadering van aandeelhouders (de aandeelhouder–tevens enig bestuurder) verleende decharge voor het door die bestuurder gevoerde beheer. De Hoge Raad besliste op 20 oktober 1989, NJ 1990, 308 in de lijn van eerdere arresten uit de twintiger jaren (HR 17 juni 1921, NJ 1921, 737 en 20 juni 1924, 1107) dat een dergelijke decharge rechtens honorering verdient, mits de betreffende handelingen waarvoor decharge, aan de dechargerende bekend waren: ook al heeft de bestuurder door die handelingen aan de vennootschap opzettelijk of onzorgvuldig nadeel toegebracht. Hierbij abstraheerde de HR duidelijk van de omstandigheid dat er verstrengeling was van de belangen van de dechargerende aandeelhouder en die van de directeur aan wie decharge werd verleend. De HR benadrukte wel dat de decharge slechts betrof de aansprakelijkheid van de bestuurder jegens de vennootschap zelf, en niet de eventuele aansprakelijkheid van de bestuurder jegens derden. In mijn noot onder dit arrest heb ik opgemerkt dat ik deze gedachtengang wel begrijp indien het belang van de aandeelhouders vrijwel geheel te vereenzelvigen is met het vennootschappelijk belang, maar dat het anders kan liggen bijv. in het geval dat het belang van vennootschap (en onderneming) duidelijk is te onderscheiden van dat van de enig directeur–aandeelhouder.

Los van art. 8 kan de individuele aandeelhouder onder omstandigheden een vordering op grond van onrechtmatige daad tegen de bestuurder instellen, indien hij persoonlijk in het bijzonder is benadeeld door het handelen van die bestuurder. Zie van der Grinten in Maandblad NV 65, p. 102. De verleende decharge betreft niet een dergelijke aansprakelijkheid.

Als mogelijke voorziening die door de Ondernemingskamer kan worden getroffen bij gebleken wanbeleid na een enquête valt blijkens art. 2:356 sub a ook schorsing of vernietiging van besluiten van de organen van de vennootschap. In haar beschikkingen inzake Bredero, NJ 1990, 442 en inzake Ogem 3 december 1987, WPNR 5863 wees de OK de gevorderde vernietiging van dechargebesluiten af, o.m. omdat in het enquêtegeding omtrent een dergelijke beslissing die de persoonlijke aansprakelijkheid betreft, geen verantwoord en afgewogen oordeel kan worden gevormd. De terughoudendheid van de OK is begrijpelijk. De enquêteprocedure richt zich tegen de vennootschap–rechtspersoon; het onderzoek heeft

betrekking op het wanbeleid van de vennootschap. Als een van de doeleinden van het enquêterecht mag dan wel worden beschouwd: de vaststelling bij wie de verantwoordelijkheid voor mogelijk blijkend wanbeleid berust (zie de HR in zijn Ogem-beschikking van 10 januari 1990, NJ 1990, 466) maar dit is iets anders dan het zich bemoeien met de civielrechtelijke positie en aansprakelijkheid van de bestuurder of commissaris die door een vernietiging van een dechargebesluit in het geding zouden komen. Opmerking verdient overigens dat in een uitspraak van 8 oktober 1987, NJ 1989, 270, de OK wél een dechargebesluit heeft vernietigd, maar daar betrof het een extreem geval waarin het wanbeleid teruggevoerd kon worden tot persoonlijk verwijtbaar gedrag van een bestuurder wiens belangen sterk waren verstrengeld met die van aandeelhouder(s); de verleende decharge maakte onderdeel uit van dit wanbeleid.

Ook wanneer het dechargebesluit niet in een enquêteprocedure is vernietigd, is, naar de hierboven aangeduide arresten uit de twintiger jaren leren, de draagwijdte van een decharge beperkt, en kan de goede trouw onder omstandigheden meebrengen dat een bestuurder of commissaris zich tegenover de vennootschap c.q. curatoren niet op de decharge kan beroepen. Zie mijn noot sub 1 en sub 5 onder HR 20 oktober 1989, NJ 1990, 308. Zie voor een geval waarin in het kader van een procedure ex art. 8 een verleende decharge wel werd gehonoreerd: het hierna nog te noemen vonnis Rb. Breda 1 mei 1990, NJ 1990, 740.

In zijn zojuist vermelde Ogembeschikking heeft de HR overwogen dat de vaststelling van wanbeleid behoudens cassatie bindend is voor diegenen die in de enquêteprocedure zijn verschenen en ofwel tot toewijzing van hetgeen verzocht en/of gevorderd is hebben geconcludeerd ofwel daartegen verweer hebben gevoerd: zonder dat daarbij tevens is vastgesteld of en in hoeverre dit wanbeleid aan iedere individuele verweerder kan worden verweten en deze daarvoor aansprakelijk kan worden gesteld. In mijn noot onder deze beschikking heb ik op meerdere gronden, kortgezegd, betoogd dat ondanks de twijfels die deze formulering kan oproepen, zij niet mag betekenen dat met de vaststelling van het wanbeleid tevens *bindend vaststaat* dat de bestuurders collectief hun taak onbehoorlijk hebben vervuld o.m. in de zin van art. 8, zodat er alleen nog de mogelijkheid is van individuele disculpatie om aan de hoofdelijke aansprakelijkheid te ontkomen. Wij moeten hierbij niet vergeten dat voor het vaststellen van wanbeleid niet nodig is dat aan bestuurders en/of commissarissen persoonlijk wanbeleid moet kunnen worden verweten (aldus ook HR in de Ogembeschikking) terwijl, wil er sprake zijn van onbehoorlijk bestuur in de zin van art. 8 wel een element van schuld en verwijtbaarheid (m.i. zelfs ernstige verwijtbaarheid) aanwezig moet zijn. Overigens is het niet nodig dat eerst een enquêteprocedure ter eventuele vaststelling van wanbeleid wordt geëntameerd alvorens men een aansprakelijkheidsprocedure aanspant: zie ook het hierna genoemde vonnis van de Rb. Breda van 1 mei 1990.

7. In een faillissement beschikt de curator behalve over de aktie ex art. 2:8 ook over de aktie uit de artt. *2:138 en 248* ingevoerd per 1 januari 1987 krachtens de zgn. derde misbruikwetgeving. Hierover wil ik nog een enkel woord zeggen, al betreffen deze artikelen naar mijn inzicht niet rechtstreeks een vorm van conflictbeslechting *in* de vennootschap. Het gaat immers in deze artikelen om een vordering waarbij de curator, optredend voor de boedel, ageert ten behoeve van de

gezamenlijke crediteuren, en niet namens de vennootschap, zoals het geval is bij een vordering ex art. 8. Vandaar dat in lid 8 van de artt. 138 en 248 nog eens uitdrukkelijk is bepaald dat deze artikelen de bevoegdheid van de curator tot het instellen van een vordering op grond van de overeenkomst met de bestuurder of op grond van art. 8 onverlet laat. En vandaar ook dat ingevolge lid 6 een decharge aan een door de curator op grond van de artt. 138 en 248 ingestelde vordering niet in de weg staat. Wanneer in deze bepalingen gesproken wordt over de hoofdelijke aansprakelijkheid jegens de boedel voor het bedrag van de schulden voor zover deze niet door vereffening van de overige baten kunnen worden voldaan, valt onder dit begrip 'schulden' niet datgene wat correspondeert met wat men wel aanduidt als de achtergestelde vorderingen (van eigen aard) van de aandeelhouder. In de artt. 138 en 248-oud stond dit ook uitdrukkelijk: de curator kon t.b.v. de boedel schadevergoeding vorderen, echter zonder dat uit dien hoofde aan de aandeelhouders enige bate kon toekomen. Uit de parlementaire geschiedenis van de nieuwe artt. 138 en 248 blijkt niet dat de wetgever in dit opzicht de strekking van de bepalingen heeft willen veranderen. In de Memorie van Antwoord Eerste Kamer neigt ook de Minister tot het hierboven verdedigde standpunt: zie Losbl. Bundel NV en BV, p. IXs–241. Aldus ook Van Schilfgaarde in: Misbruik van rechtspersonen, deel 3 Uitgave vanwege Instituut Ondernemingsrecht Groningen, p. 16. Anders: Van der Grinten in Handboek nr. 399.1.

In mijn visie geven de nieuwe artt. 138 en 248 aan de norm van de onrechtmatige daad een nadere wettelijke en verscherpte uitwerking voor een bepaalde situatie (kennelijk onbehoorlijk bestuur waarvan aannemelijk is dat het een belangrijke oorzaak is van het faillissement), waarbij de grondslag van deze bepalingen is het tegengaan van de benadeling van crediteuren. Zie in dit verband ook nog HR 7 september 1990, NJ 1991, 52, waarin o.m. werd beslist dat de bijzondere aard van het in art. 2:248 (en dus ook in art. 2:138) aan de curator verleende vorderingsrecht zich tegen cessie van de vordering aan een ander verzet.

De vraag rijst dan of, wanneer deze situatie zich voordoet en de artt. 138 en 248 aan de curator soelaas bieden, deze hiernaast nog een aktie op grond van onrechtmatige daad (art. 1401 BW) jegens de bestuurder kan instellen wegens onrechtmatig handelen jegens crediteuren. M.a.w.: is de aktie ex art. 138 en 248 te beschouwen als een lex specialis t.o.v. art. 1401 BW, zodat een dergelijke aktie op grond van art. 1401 BW niet mogelijk is. De Minister liet tijdens de parlementaire geschiedenis de beantwoording van deze vraag in het midden. Vgl. Losbl. Bundel NV en BV, p. IXs–artt. 138–55. De Rb. Breda beantwoordde in haar vonnis (hoger beroep is aanhangig) van 1 mei 1990 (Tilburgse Hypotheekbank), NJ 1990, 740, t.a.v. art. 2:138-oud deze vraag bevestigend, mits het gaat om handelingen van (in casu) commissarissen binnen het kader van hun wettelijke en statutaire taakuitoefening.

Ikzelf zou op grond van mijn bovenstaande visie geneigd zijn de rechtbank te volgen, ook t.a.v. de artt. 2:138 en 248-nieuw, tenzij men in deze artikelen zulke eigenaardigheden zou ontdekken dat het lex specialis-karakter zou verdwijnen. Zulke eigenaardigheden zie ik nog niet goed. Men zou kunnen denken aan de vertraagde afwikkeling van de betaling van het bedrag van het tekort waarvoor men hoofdelijk aansprakelijk is, omdat dit tekort nog niet definitief bekend is. Maar bij een schadestaatprocedure ingevolge de zesde titel van boek 2 Rv. ligt

het in wezen niet anders. Overigens zullen curatoren in de regel alleen maar baat vinden bij het hanteren van de nieuwe artt. 138 en 248. Die artikelen verlichten in bijzondere mate de anders ingevolge art. 1401 BW op hen drukkende bewijslast: zij behoeven slechts aannemelijk te maken dat de kennelijk onbehoorlijke taakvervulling een belangrijke oorzaak is van het faillissement, en zij behoeven de omvang van de door het kennelijk onbehoorlijke bestuur veroorzaakte schade niet te bewijzen want er is aansprakelijkheid voor het tekort, zij het dat het bedrag waarvoor die aansprakelijkheid bestaat dan weer door de rechter kan worden gematigd (lid 4).

Los van de bovenstaande problematiek is er dan nog de vraag of de schuldeisers zelf naast de vordering die de artt. 138 en 248 aan de curator geven, de bestuurders en commissarissen op grond van onrechtmatig handelen kunnen aanspreken. Ik ben geneigd deze vraag ontkennend te beantwoorden. Aldus ook Van der Grinten in Handboek nr. 399.1, en in Maandblad NV 65, p. 102. Zie voorts mijn noot sub 3 onder HR 7 september 1990, NJ 1991, 52.

8. Tot zover enige beschouwingen over beslechting van conflicten in vennootschappen. Ik heb gepoogd het specifieke karakter van dergelijke geschillen en de wegen die openstaan om deze te lijf te gaan, te benadrukken. Bijzondere accenten heb ik gelegd waar mij dit gelet op recente wetgeving en rechtspraak nuttig leek.

Vanwege het toegemeten beperkte aantal pagina's moest ik mij beperken tot conflicten in de zuiver vennootschapsrechtelijke sfeer. Door de vennootschap wordt echter meestal een onderneming gedreven. De wet zegt dat commissarissen zich bij de vervulling van hun taak hebben te richten naar het belang van de vennootschap en de aan haar verbonden onderneming. In die onderneming kunnen zich ook geschillen voordoen. Men denke aan het speciale normenstelsel dat is voorzien in de Wet op de ondernemingsraden, maar ook aan de verstrengeling van 'ondernemingsrechtelijke' normen en 'vennootschapsrechtelijke' normen zoals deze bijv. is te bespeuren in de regeling in Boek 2 BW van de zgn. structuurvennootschap. Zie mijn bijdrage aan: Ondernemingsraad en vennootschap, deel 22 Serie vanwege het Van der Heijden Instituut, p. 3 e.v. In het enquêterecht en de SER-fusiegedragsregels is een plaats ingeruimd voor de behartiging van de belangen van werknemers die daar worden vertegenwoordigd door de vakorganisaties. Aan de mogelijke conflicten en de beslechting daarvan in deze ondernemingsrechtelijke sfeer heb ik niet toe kunnen komen, ofschoon hierover nog veel te zeggen zou zijn.

Het is niet anders. Met deze bijdrage heb ik in ieder geval Jan Leijten willen eren met wie ik mij al zovele jaren in goede vriendschap, niet alleen als collega aan dezelfde Faculteit, verbonden voel. Zijn methode van rechtsbeoefening is inspirerend en vooral ook bemoedigend. Ondanks zijn relativeringen ziet hij het als opgave zoveel mogelijk te streven naar de gerechte beslissing al blijft deze de menselijke maat behouden (zie bijv. TPR 1989, p. 454). Zelf draagt hij er veel toe bij dat dit nogal redelijk lukt.

A.V.M. Struycken

Vreemde vonnissen zijn geen houten fietsen[1]

over het ambtshalve doen gelden van vreemde vonnissen

1. De verhouding van vreemde tot Nederlandse rechters is een thema met vele aspecten. Een daarvan is de erkenning van beslissingen van vreemde rechters in de eigen rechtssfeer, door de eigen Nederlandse rechter dus, met de modaliteiten daarvan.

Het hiernavolgende betoog valt in drie paragrafen uiteen: I. Het commune Nederlandse recht zoals zich dat heeft ontwikkeld vóór de totstandkoming van het EG-Executieverdrag 1968, II. Het EG-Executieverdrag, en III. De uitstraling van dat verdrag.

I. Het commune Nederlandse recht

2. Artikel 431 Rv. is lang 'pièce de résistance' geweest van een stelsel van afwijzing. De kern van de regeling is niet aangetast door de wijziging van 1964. Het luidt thans '1. Behoudens het bepaalde in de artikelen 985–994, kunnen geen beslissingen, door vreemde rechters gegeven, binnen Nederland ten uitvoer worden gelegd. 2. De gedingen kunnen opnieuw bij de Nederlandse rechter worden behandeld en afgedaan.'[2]

De rechtspraak heeft de effecten van de afwijzende opstelling ervan reeds vroeg ingedamd, zij het tegen de prijs van het uit elkaar halen van wat bij elkaar hoort. Tegen executie van een vreemd vonnis kan immers ten principale slechts bezwaar bestaan omdat het vonnis niet deugt of, vreemd zijnde, geacht wordt niet te deugen. Maar deugt het niet, dan moet het ook van erkenning verstoken blijven. In de gevallen waarin een beslissing gezien haar inhoud zich leent voor gedwongen tenuitvoerlegging, zou de onthouding van exequatur slechts een uitvloeisel van het uitblijven van erkenning moeten zijn. De betekenis van artikel 431 Rv. is door de rechtspraak echter beperkt tot de weigering van exequatur in dier voege dat in het midden wordt gelaten of de vreemde beslissing kan worden erkend.

Aldus is de baan vrij wat betreft artikel 431 Rv. voor de erkennning van vreemde staat-beslissingen en voor de enkele erkenning van vermogensrechtelijke be-

1. Vgl. J.C.M. Leijten, NJB 1974, blz. 425.

2. J. Kosters–C.W. Dubbink, Nederlands Internationaal Privaatrecht, blz. 777 e.v., J.P. Verheul, Aspekten van Ned. Internationaal Beslagrecht, 1968, blz. 47–51, idem, Erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen in vermogensrechtelijke zaken, 1969, blz. 25, idem, Erkenning en tenuitvoerlegging van vreemde vonnissen, 1989, blz. 1 e.v., 98 e.v.

slissingen. Het regime van artikel 431 Rv. wordt nog immer verstaan volgens het befaamde bontmantel-arrest,[3] dat enkele weken vóór de geboorte van J. Leijten werd gewezen. Zijn leven lang hebben we ons met de casus kunnen amuseren – een bontmantel besteld voor een vrouw tijdens de eerste Wereldoorlog door een geïnterneerde Engelse militair voor de prijs van *f* 40.000,–(!) afgeleverd maar niet betaald – en ons met de uitspraak moeten zien te redden.

3. Merkwaardig genoeg heeft het arrest niet een vervolg gekregen in een reeks arresten en vonnissen waarin, binnen het in het arrest uitgezette kader, is beslist op welke voorwaarden erkenning van een vreemde beslissing plaats kan of moet vinden. Het Haagse Executieverdrag 1971 zou daarbij in de laatste twintig jaar als inspiratiebron hebben kunnen dienen.[4]

Lid 2 zegt laconiek: begin maar opnieuw voor de Nederlandse rechter. Wie dat doet, zal allicht proberen maximaal profijt te trekken van het elders verkregen vonnis, maar het toch niet alleen op de erkenning laten aankomen en zekerheidshalve het geschil zelf dat aan de vreemde beslissing ten grondslag ligt, andermaal aan de beoordeling door de Nederlandse rechter onderwerpen. De gedaagde partij zal niet verzuimen zijn weren en eventuele nova aan te dragen. Het in 1964 geschrapte lid 4 van artikel 431 Rv. luidende: 'Bij het verzoeken en verleenen van dit verlof, wordt de zaak zelve niet aan een nieuw onderzoek onderworpen.' nodigde hen daartoe tot dat moment uit door een a contrario redenering te suggereren.

De in lid 2 gewezen weg heeft zich niet ontwikkeld tot een weliswaar verkapte maar toch echte exequatur-procedure waarin de rechter slechts kan oordelen over al dan niet erkenning om daar in het positieve geval een Nederlandse veroordeling bovenop te zetten en waarin de gedaagde zich moet beperken tot het bestrijden van de erkenning.[5]

Dat zou overigens opmerkelijk zijn. Zelfs in de regeling van een 'echte' exequatur-procedure – die van het Nederlands–Duitse Executieverdrag van 1962 – ziet men ruimte gereserveerd voor een aan de stricte erkenning en exequaturverlening vreemd element: artikel 14 bepaalt dat de schuldenaar tegen het verlof tot tenuitvoerlegging kan aanvoeren 'dat hij tegen de vordering zelf nog verweren kan inbrengen op gronden die eerst na de uitspraak van de rechterlijke beslissing zijn ontstaan'.[6]

II. Het EG-Executieverdrag

4. Bij deze stand van zaken is heel begrijpelijk hetgeen is beslist door het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen in de zaak De Wolf/Cox.[7]

3. HR 14 november 1924, NJ 1925, 91, W. 11201 met critische noot S.B.

4. J.C. Schultsz, noot NJ 1986, 85 en 86.

5. Vgl. echter voor een aantal uitspraken in die zin: Verheul, (noot 2) 1989, blz. 73, 98.

6. Vgl. voor een geval van toepassing van deze bepaling Hof Arnhem 16 februari 1988, NIPR 1988, nr. 317. Vgl. Verheul, (noot 2) 1989, blz. 81–82.

7. EG-Hof 30 november 1976, (42/76), Jurisp. 1976, blz. 1759, NJ 1977, 484 (JCS), NJW 1977, blz. 495, 2023 Anm. R. Geimer, Journal du droit international 1977, blz. 253, noot André Huet.

Het ongemak van het feit dat artikel 431 Rv. nog altijd niet is bijgezet in het oud-vaderlands recht – Van Boeschoten betreurt dat overigens niet[8] –, is grotendeels weggenomen door het inwerkingtreden op 1 februari 1973 van het EG-Executieverdrag (EEX). Dat neemt niet weg dat het toepassingsgebied van het EEX toch nog bevochten moest worden op het Nederlandse commune recht.

5. De casus kwam op het volgende neer: de Turnhoutse douane-expediteur J. de Wolf, die van H. Cox BV te Boxmeer een luttel bedrag had te vorderen, wist van een Belgische vrederechter een veroordelend vonnis te verkrijgen. De procedure tot verkrijging van het exequatur volgens het EEX zou De Wolf en ook Cox op in verhouding hoge kosten jagen, kosten hoger dan die van een geheel nieuwe procedure voor de kantonrechter te Boxmeer. Deze, weliswaar acht slaande op het EEX, vindt vrijheid de gevraagde veroordeling uit te spreken en aldus te aanvaarden dat wordt afgezien van het instellen van de exequaturprocedure volgens het EEX en in plaats daarvan een nieuwe procedure wordt aangespannen.

De procureur-generaal bij de Hoge Raad vindt aanleiding cassatie in het belang der wet te vorderen. De Hoge Raad[9] legt daarop een prejudiciële vraag voor aan het EG-Hof, luidende: 'Staat artikel 31 Verdrag, al of niet i.v.m. andere bepalingen van dat Verdrag, eraan in de weg, dat de eiser, die in een verdragsluitende Staat een beslissing te zijnen gunste heeft verkregen die in een andere verdragsluitende Staat van een verlof tot tenuitvoerlegging als bedoeld in art. 31 Verdrag kan worden voorzien, bij de rechter van die andere ... Staat met toepassing van artikel 26 Verdrag veroordeling van zijn tegenpartij vordert tot datgene waartoe die tegenpartij ... is veroordeeld ...?'

De Hoge Raad vermeldt uitdrukkelijk artikel 26. Hieruit volgt dat beslissingen afkomstig uit andere landen waaraan niet bepaalde gebreken kleven, zonder vorm van proces, van rechtswege, worden erkend. De Hoge Raad geeft aldus te kennen niet ondenkbaar te achten dat, als artikel 26 EEX maar onaangetast blijft, het EEX toestaat dat de weg van artikel 431 lid 2 Rv. wordt gevolgd. Hij laat daarbij na te preciseren of de rechter, geadieerd volgens dat lid 2, gehouden is nieuwe weren en nova van de gedaagde te aanhoren dan wel niet anders kan dan veroordelen conform de vreemde beslissing waarvan hij volgens artikel 26 EEX het gezag van gewijsde heeft te aanvaarden. In het laatste geval zou het uitsluitend gaan om een questie van procesrecht: de toelaatbaarheid van de weg van artikel 431 lid 2 Rv. naast die van artikel 31 EEX. In het eerste geval zou artikel 26 EEX op de tocht komen te staan.

6. Het EG-Hof maakt weliswaar dit onderscheid niet, maar beslist op basis van de geenszins ongegronde veronderstelling dat aanvaarding in het kader van het EEX van de weg van artikel 431 lid 2 Rv. naast die van artikel 31 EEX het gevaar inhoudt van tegenstrijdige beslissingen en miskenning van de uit artikel 26 voortvloeiende verplichting: 'O. dat, wanneer een vordering ten gronde ontvankelijk is verklaard, de aangezochte rechter gehouden is tot een uitspraak over de gegrondheid dier vordering hetgeen hem zou kunnen brengen tot een beslissing in

8. C.D. van Boeschoten, RMTh 1976/2/181.
9. HR 17 mei 1976, NJ 1976, 455.

tegenspraak met het voorgaande buitenlandse vonnis en daarmede tot een miskenning van de verplichting dit vonnis te erkennen'.

Het verdrag beoogt te voorkomen dat op eenzelfde vordering tussen dezelfde partijen door rechters van verschillende verdragsluitende Staten wordt beslist. Niet slechts indien partijen, of één van hen, dat niet zouden wensen, maar ook indien het hen koud zou laten. Dat komt tot uiting in artikel 21 EEX waar het gerecht dat ingeval van litispendentie als laatste is geadieerd, verplicht wordt te verwijzen, 'zelfs ambtshalve'. De policy van het verdrag is te voorkomen dat in eenzelfde zaak twee beslissingen worden gegeven in verschillende Staten. Zo wordt ook vermeden dat er twee executoriale titels ontstaan. Aldus, geparafraseerd, de argumenten van het Hof.

Het antwoord van het Hof is nauwkeurig afgestemd op de gestelde vraag. De bepalingen van het Verdrag staan in de weg aan het vorderen van een nieuwe veroordeling als alternatief voor het verzoeken van exequatur volgens artikel 31.

Het Hof gaat niet zover als de AG Mayras. Diens betoog strekt er veeleer toe dat, zelfs indien het er slechts om te doen is de enkele erkenning van een vreemde beslissing te doen vaststaan, alleen de procedure van artikel 31, waarnaar artikel 26 tweede lid verwijst, mag worden gevolgd, a fortiori indien de verlening van exequatur wordt beoogd. Die exclusiviteit van de verdragsprocedure wordt door het Hof in het midden gelaten. Het Hof zegt niet dat, als bij vergissing of anderszins de exequaturprocedure van het commune recht van een EEX-land is gevolgd, het EEX ertoe dwingt het verzoek niet-ontvankelijk te verklaren.[10]

De Hoge Raad volstaat met een kort eindarrest zonder overwegingen die hier nader licht verschaffen.[11]

7. De vraag komt op naar het verband tussen het standpunt van het Hof en het in het arrest niet ter sprake gebrachte artikel 27 sub 3 EEX: Een beslissing wordt niet erkend, indien zij onverenigbaar is met een tussen dezelfde partijen in de aangezochte Staat gegeven beslissing. Daar is later aan toegevoegd een bepaling sub 5: indien de beslissing onverenigbaar is met een beslissing die vroeger in een niet-EEX Staat tussen dezelfde partijen is gegeven in een geschil dat hetzelfde onderwerp betreft en op dezelfde oorzaak berust, mits deze laatste beslissing voldoet aan de voorwaarden voor erkenning in de aangezochte Staat. Ook die bepalingen hebben immers de onverenigbaarheid van beslissingen tot onderwerp.

De bewoordingen van de beide bepalingen verschillen. De achtergrond daarvan moet worden onderzocht om vast te stellen of zij in één adem kunnen worden genoemd.

In de bepaling sub 5 wordt slechts voorrang gegeven aan de vroegere beslissing; dat wordt sub 3 niet gezegd. Uit het Rapport Jenard, ad artikel 27 sub 3, blijkt echter onmiskenbaar dat daarbij ook slechts gedacht is aan eerder gegeven

10. Anders G.A.L. Droz (dr. h.c. KUN), Compétence judiciaire et effets des jugements dans le Marché Commun, 1972, no. 427, geciteerd door PG Van Oosten, NJ 1976, 455. Het standpunt van de AG Mayras en van Droz wordt niet gedeeld door P. Gothot en D. Holleaux, La Convention de Bruxelles du 27.9.1968, 1985, no. 251.

11. HR 14 januari 1977, NJ 1978, 102.

beslissingen van de aangezochte Staat, en niet aan later gegeven beslissingen van die Staat.[12]

Het valt op dat sub 5, in tegenstelling tot wat men aantreft sub 3, de welbekende uitdrukkingen 'hetzelfde onderwerp' en 'dezelfde oorzaak' voorkomen, evenals in de litispendentiebepaling van artikel 21. Ook daar moet men niets achter zoeken. Jenard verwijst naar artikel 5 van het Haagse Executieverdrag[13] als inspiratiebron, en daar treft men die bewoordingen weer wel aan.

Jenard stelt voorts dat de sub 3 gebezigde bewoordingen mede omvatten de in de aangezochte Staat reeds eerder erkende uitspraken afkomstig uit niet-EEX landen. In zo verre zou de nieuwe bepaling slechts een explicitering zijn van wat reeds in de oude besloten ligt. Voor Jenard past die gedachte blijkbaar goed in het stelsel van het EEX.[14] Vandaar ook dat niet blijkt dat hij in het verdrag een leemte ontwaart inzoverre geen melding wordt gemaakt van beslissingen uit een derde EEX-land waarvan krachtens artikel 26 EEX de erkenning in de aangezochte Staat reeds eerder een feit was.[15]

Het Rapport Schlosser draagt geen nieuwe gegevens aan (nr. 205).

Uit de Rapporten komt niet naar voren dat er goede gronden zijn de onverenigbaarheid volgens het bepaalde sub 3 en die volgens het bepaalde sub 5 aan verschillende maatstaven te toetsen. De consistentie van de regeling zou er ook niet door worden bevorderd. Van consistentie mag worden uitgegaan, zolang niet blijkt van daartegen aan te voeren goede argumenten.

Het bepaalde in artikel 27 sub 3 is door het EG-Hof uitgelegd in zijn prejudiciële beslissing van 4 februari 1988:[16] '22. Om vast te stellen, of van onverenigbaarheid in de zin van die bepaling sprake is, moet worden nagegaan of de betrokken beslissingen rechtsgevolgen hebben die elkaar uitsluiten.'

8. Deze passage bepaalt mede de draagwijdte van een eerder gegeven prejudiciële beslissing waarop een ongewoon scherp afkeurend commentaar is gegeven: 'het arrest toont gebrek aan ernst en zorgvuldigheid'. Het gaat om EG-Hof 8 december 1987.[17] Het Hof geeft daarin een zeer ruime uitleg aan artikel 21, de bepaling over de litispendentie, welke het aanduidt als een verdragsautonoom begrip. De figuur van de EEX-litispendentie, die de rechter ambtshalve moet doen gelden, wordt zo ver uitgebreid als is vereist om te voorkomen dat een in het verdragsstelsel onwenselijke toestand ontstaat die rechtvaardigt, of zelfs verplicht, een beslissing

12. Niettemin oordeelt Droz, no. 516, dat een latere beslissing van de aangezochte staat voorrang heeft, met instemming van Schultsz, noot NJ 1988, 1027. Over de complicatie van het vervallen van de aanvankelijke erkenning, Droz, no. 517. Vgl. ook EG-Hof 4 februari 1988 (Hoffmann–Krieg), zie noot 15.

13. Verdrag van de Haagse Conferentie van 1 februari 1971, Trb. 1972, 144, 1986, 103.

14. Anders Droz, no. 519, die meent dat Jenard aldus meer leest in de bewoordingen van artikel 27 sub 3 dan er staat.

15. Vgl. P. Gothot en D. Holleaux (zie noot 10), no. 282.

16. EG-Hof 4 februari 1988, 145/86 (Hoffmann–Krieg), Jurisp. 1988, blz. 645, NJ 1990, 210 (JCS), Revue critique 1988, blz. 598 (H. Gaudemet-Tallon), Journal du Droit International (Clunet) 1989, blz. 449 (André Huet).

17. EG-Hof 8 december 1987, 144/86 (Gubisch–Palumbo), Jurisp. 1987, blz. 4861, NJ 1989, 420 (JCS), Revue critique 1988, blz. 370 (H. Gaudemet-Tallon), Neth. ILR 1988, blz. 80 (J.P. Verheul).

afkomstig uit een ander EEX-land niet te erkennen op grond van artikel 27 sub 3. De samenhang tussen de bevoegdheidsregeling en de erkenningsregeling wordt aldus nog eens aanzienlijk versterkt. Op het niveau van de bevoegdheidsregeling wordt een prijs betaald voor de verbetering van het vrij verkeer van vonnissen, en wel een verbetering in de vorm van vermindering van de kans dat op artikel 27 sub 3 een beroep moet worden gedaan.

9. Is de prijs te hoog? De doelstellingen van de Europese Gemeenschappen en die van het EEX zijn hoog gegrepen. Dat veroorzaakt nu en dan bij de realisering huiver en onbehagen. Het Hof heeft daarvoor nooit enige consideratie gehad: de doelstellingen moeten volgens de gestelde regels ten volle worden gerealiseerd.

Consistentie kan aan de stellingname van het Hof niet worden ontzegd. De navolgende gedachtengang is daarin te ontwaren:

- het EEX beoogt het vrij verkeer van vonnissen tussen de verdragslanden te realiseren;
- vonnissen, eenmaal gewezen, menigmaal zelfs indien gewezen door een onbevoegde rechter, moeten worden erkend (artikel 26);[18]
- niet-erkenning is uitzondering; niet-erkenning van onverenigbare latere beslissingen is zulk een uitzondering (artikel 27 sub 3);
- het euvel van onverenigbare beslissingen moet niet pas zijn consequenties hebben in de fase van (niet) erkenning, maar moet reeds in de fase van de bevoegdheidsbeoordeling worden aangepakt: artikel 21 wordt daaraan dienstbaar gemaakt.

De samenhang tussen de artikelen 26, 27 sub 3 en 21 wordt maximaal versterkt. Het bevreemdt dan ook niet dat het Hof in de beslissing van 8 december 1988 verwijst naar die in de zaak De Wolf/Cox.

10. Uitgaande van het strakke verband tussen de drie bepalingen komt men ook tot beantwoording van een andere vraag, te weten of de rechter in de aangezochte staat ambtshalve artikel 27 sub 3 moet toepassen, dan wel slechts als daartoe een exceptie wordt opgeworpen, of, anders gezegd indien men afziet van het kader van een procedure, of de onverenigbare beslissing ipso iure zonder gevolg blijft dan wel slechts indien daarop een beroep wordt gedaan.

Het laatste lijkt voor de hand te liggen. De doelstelling van het EEX – vrij verkeer van vonnissen – wordt gediend indien van de weigeringsgronden terughoudend gebruik wordt gemaakt. Daarbij past dat daarop een uitdrukkelijk beroep moet worden gedaan. Toch wordt het ervoor gehouden dat artikel 27 sub 3 ambtshalve moet worden toegepast.[19] Dat moet zijn rechtvaardiging vinden in een communautair belang, verankerd in het EEX. Dit belang kan zijn gelegen in de wenselijkheid te voorkomen dat 'een schuldeiser twee executoriale titels voor één

18. Dat geldt zelfs indien de beslissing afkomstig is van een rechter die artikel 21 EEX heeft geschonden, althans niet in de gelegenheid is geweest dat toe te passen. In het EEX ontbreekt een bepaling als artikel 5 sub 3a Haags Executieverdrag 1971, artikel 5 sub 3 Haags Alimentatie-executieverdrag 1973, artikel 2 sub 4 tweede zin Haags Kinderalimentatie-executieverdrag 1958.

19. Droz, no. 523, 524, Van Boeschoten, RMTh 1976/2/181.

schuldvordering in handen krijgt'[20] waarmee hij naar believen in het marktgebied kan opereren. Van meer gewicht is echter dat de handhaving van artikel 26 vergt dat, als er eenmaal een beslissing is gewezen die erkenning verdient, daarmee onverenigbare beslissingen geen kans meer krijgen. Zulk een onverenigbare beslissing stuit op niet-erkenning in het land waar de eerdere beslissing is gewezen en noodzakelijk ook in de andere EEX-landen waar de eerdere beslissing reeds krachtens artikel 26 rechtsgevolg heeft. De bewoordingen van artikel 27 sub 3 mogen immers zo ruim worden verstaan dat in de aangezochte staat ook de reeds erkende beslissingen uit andere EEX-landen in de weg staan aan de erkenning van een latere, daarmee onverenigbare beslissing. Artikel 27 sub 3 vormt aldus een gesloten front van alle andere EEX-landen dan dat waarvan de latere 'onverenigbare' beslissing afkomstig is.

11. Met de toepasselijkheid van rechtswege van artikel 27 sub 3 strookt dat de rechter ambtshalve een vreemd gewijsde moet doen gelden ingeval een nieuwe vordering aanhangig is gemaakt. Huet meende reeds dat dat besloten ligt in de beslissing in de zaak De Wolf/Cox.[21]

12. De verplichting ambtshalve met vreemde beslissingen rekening te houden gaat niet zover dat de rechter zich gehouden moet achten tot allerlei recherches. Hij kan zich richten naar hetgeen de Hoge Raad [22] eens heeft overwogen: 'Nu in de gedingstukken van genoemde beschikking niet wordt gerept, bracht geen rechtsregel mee dat de Rb. alvorens in de verzetprocedure een einduitspraak te doen ambtshalve had te onderzoeken of in de ... scheidingsprocedure reeds een beslissing als bedoeld onder art. 27, onder 3, was gegeven.'.

13. Het communautaire belang van toepasselijkheid van rechtswege van artikel 27 sub 3 EEX kan heel wel parallel lopen met een eigen belang van een verdragsland. Naar Frans recht is erkenning van een vreemd vonnis dat onverenigbaar – 'inconciliable' – is, met een eerder gewezen eigen vonnis, strijdig met de openbare orde.[23] In Nederland geldt sinds 1 april 1988 artikel 67 Rv. Met de bepaling van lid 3 is de vaste jurisprudentie van de Hoge Raad in de wet vastgelegd.[24] De vraag rijst hoe deze bepaling zich verhoudt tot artikel 3:303 NBW ('point d'intérêt point d'action'), en voorts de vraag of zij ook geldt met betrekking tot beslissingen inzake de staat van personen.[25]

14. Vermelding verdient in verband met het EEX Rb. Alkmaar 26 mei 1988, NIPR 1988, nr. 576: 'Nu aan het hoofd van de door Dannenberg bij conclusie van eis overgelegde notariële akte vermeld staat "Vollstreckbare Ausfertigung", bezit Dannenberg naar het recht van de BRD reeds een executoriale titel. Gelet op

20. EG-Hof 30 november 1976 (De Wolf/Cox) r.o. 13 (noot 7).
21. A. Huet, slotopmerking noot, Journal du droit international 1977, blz. 257. Anders nog Droz, no. 459, P. Gothot en D. Holleaux (zie noot 10), no. 251.
22. HR 26 januari 1979, NJ 1979, 399 (JCS).
23. H. Batiffol–P. Lagarde. Droit international privé II, 1983, no. 727.
24. Zie laatstelijk HR 8 oktober 1982, NJ 1984, 58 met instemmende noot WHH.
25. Vgl. mijn bijdrage aan de bundel 'Rechtspleging', 1974, blz. 268.

artikel 50 van het EEG-Executieverdrag kan deze akte ook in Nederland worden tenuitvoergelegd, indien voorzien van een exequatur. Nu Dannenberg reeds in het bezit is van een executoriale titel, heeft hij geen belang meer bij zijn vordering. Derhalve zal de Rb. hem in zijn vordering niet-ontvankelijk verklaren.'

III. De uitstraling van het EEX

15. Ook buiten het domein van het EEX heeft de gedachte dat het vreemde gewijsde ambtshalve moet worden toegepast, ingang gevonden. Dat brengt mede dat de weg van artikel 431 lid 2 Rv. voor afgesloten wordt gehouden, indien een verdrag verplicht tot erkenning.

Artikel 31 lid 2 CMR[26] bepaalt, sinds lang vóór het EEX: '... of wanneer in een zodanig geding door een zodanig gerecht een uitspraak is gedaan, kan geen nieuwe vordering omtrent hetzelfde onderwerp tussen dezelfde partijen worden ingesteld, tenzij de uitspraak van het gerecht waarvoor de eerste vordering aanhangig is gemaakt, niet vatbaar is voor tenuitvoerlegging in het land waarin de nieuwe vordering wordt ingesteld'.

Verheul zelf was, afgezien van artikel 31, een andere opvatting toegedaan. Omdat de eiser niet altijd met absolute zekerheid zou weten dat hij een exequatur zal kunnen krijgen, o.a. wegens ongewisheid over wat de Nederlandse openbare orde eist, zou hem het recht om in Nederland een nieuwe procedure te beginnen niet worden ontzegd.

16. Te vermelden zijn de navolgende beslissingen:
– Rb. Dordrecht 29 september 1976:[27] Na een arbitraal vonnis, verkregen te Londen, legt de winnende partij conservatoir derdenbeslag onder een in Nederland gevestigde vennootschap. Het beslag wordt van waarde verklaard, maar de hoofdvordering niet-ontvankelijk 'aangezien i.c. het verdrag van 26 september 1927 nopens de tenuitvoerlegging van in het buitenland gewezen scheidsrechterlijke uitspraken toepasselijk is. Zulks betekent dat op grond van het bepaalde bij artikel 993 Rechtsvordering bedoelde arbitrale uitspraken hier te lande uitvoerbaar zijn na verkregen presidiaal verlof.' De Rechtbank had kennelijk het Lauter Elbe/NRV-arrest [28] voor ogen.

– Rb. Zutphen 20 november 1969, AK 5525, C 27 D 727: vordering tot alimentatie door een Kreisjugendamt: 'dat uit het vorenstaande volgt dat eiser q.q. wel gerechtigd is om in Nederland op grond van genoemd verdrag (Haags Verdrag 1958, AS) en het bepaalde in de art. 985 e.v. Burg. Rv. verlof tot tenuitvoerlegging van meergenoemd vonnis te verzoeken; dat uit het vorenoverwogene volgt, dat eiser q.q. ten onrechte zonder genoegzaam belang gedaagde voor de onderhavige vordering heeft gedagvaard weshalve eiser q.q. in zijn vordering niet ontvankelijk verklaard dient te worden'.

26. Vermeld door Verheul, 1969 (zie noot 2) blz. 22.
27. TMC Asser Instituut kaartsysteem IPR (per ultimo 1982 afgesloten), kaart (afkorting: AK) 10919, rubriek D8.
28. HR 8 maart 1974, NJ 1975, 9 (WLH), AA 1974 blz. 405 (469) (P.A. Stein).

– Rb. Leeuwarden 2 oktober 1975, AK 9976, C 27, A5, A32: dagvaarding in nieuwe procedure ondanks vonnis Amtsgericht tot betaling van alimentatie: 'dat de rechtbank eerst ambtshalve de vraag dient te behandelen, of eiser niet ingevolge de bepalingen van het Alimentatie-executieverdrag ... 1958 of van het Nederlands–Duitse Executieverdrag ... een verzoek tot tenuitvoerlegging van voormelde beslissingen van het Amtsgericht had kunnen richten tot de daartoe door de Nederlandse wetgever aangewezen rechterlijke instanties'.

– Rb. Arnhem 8 juni 1978, AK 11564, C 27: overweging ambtshalve vooraf: Noors alimentatievonnis dateert van vóór de inwerkingtreding tussen Nederland en Noorwegen van het Haagse Verdrag 1958, 'zodat voormelde beslissing van de Fylkesmann niet krachtens dit Verdrag in Nederland kan worden erkend en tenuitvoergelegd'.

– Rb. Arnhem 17 mei 1979, AK 12007, C 27 E2: Het gaat om een alimentatievordering waarover een Noorse autoriteit reeds een beslissing heeft gegeven. Hierop is het Haagse alimentatie-executieverdrag 1958 van toepassing. De Rechtbank overweegt: 'Ingevolge artikel 8 van het genoemde Verdrag stond voor het verhaal van de onderhoudsbijdrage vanaf 1 januari 1966 de weg open van de in dat verdrag geregelde exequatur-procedure. Gelet op het arrest van het Europese Gerechtshof te Luxemburg van 30 november 1976 (NJ 1977, 484) in een overeenkomstige rechtsvraag, had H. die weg dienen te volgen en staat het haar niet vrij naar eigen verkiezing thans opnieuw vaststelling van een onderhoudsbijdrage te vorderen. Voor zover haar vordering strekte tot erkenning en tenuitvoerlegging van de desbetreffende Noorse beslissingen, had zij ingevolge de artikelen 985 e.v. van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering haar vordering bij verzoekschrift aanhangig dienen te maken. Het vorenstaande leidt tot de conclusie dat H. in haar vordering voor zover deze betrekking heeft op de periode vanaf 1 januari 1966 niet kan worden ontvangen'.

– Rb. Haarlem 10 februari 1981, zie Hof Amsterdam 4 februari 1982, AK 12869, C 27: Eveneens een alimentatiebeslissing, ditmaal een Zweedse. Ook daarop is het verdrag van 1958 van toepassing. 'De rechtbank is van oordeel dat, aangezien genoemd verdrag in de tenuitvoerlegging van het Zweedse vonnis voorziet, het eiser niet vrijstaat in een procedure als de onderhavige een veroordeling van gedaagde tot datgene waartoe hij in Zweden is veroordeeld, te vorderen. Aan laatstgenoemd verdrag ligt immers het beginsel ten grondslag dat een eenmaal gegeven onderhoudsbeslissing in het land van tenuitvoerlegging niet opnieuw behoeft te worden onderzocht. Wanneer deze vordering ontvankelijk zou worden verklaard, zou de rechtbank gehouden zijn een uitspraak over de gegrondheid te doen, hetgeen ertoe zou kunnen leiden dat een beslissing gegeven wordt die in tegenspraak met het Zweedse vonnis is, waarmede de uit genoemd verdrag voortvloeiende bedoeling om dat vonnis te erkennen wordt miskend.' In hoger beroep is de questie voor zover na te gaan niet meer aan de orde gekomen.

– Hof 's-Hertogenbosch 4 juli 1985, NIPR 1986, 184, geeft blijk van een andere opvatting: 'dat het door appellant gehanteerde argument dat de Raad voor de Kin-

derbescherming een exequatur had kunnen aanvragen, zulks conform het Verdrag van 15 april 1958 ... te deze niet relevant is; dat het immers, daargelaten of die mogelijkheid tot het vragen van een exequatur met vrucht zou kunnen zijn benut, genoemde Raad vrijstond om overeenkomstig het bepaalde in artikel 431 lid 2 van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering de zaak opnieuw bij de Nederlandse rechter aanhangig te maken'. De opvatting van het Hof lijkt in te houden dat zelfs een tijdig opgeworpen exceptie van gewijsde zaak niet verhindert dat de weg van artikel 431 lid 2 Rv. wordt gevolgd.

17. De lijn van de vermelde rechtbank-jurisprudentie is als volgt samen te vatten: wie in Nederland executie wenst tegen een wederpartij tegen wie hij in het buitenland reeds een executoriale titel heeft verkregen welke in Nederland van een exequatur kan worden voorzien, kan slechts de weg van de exequaturprocedure volgen.

Deze regel berust niet op een uitdrukkelijke verdragsbepaling van die strekking – afgezien van artikel 26 EEX –, maar op de aard der materie. In het verlengde daarvan ligt dat tussen enkele erkenning en erkenning ter fine van tenuitvoerlegging geen onderscheid wordt gemaakt, en dat wie er belang bij heeft een bepaalde rechtsbetrekking in Nederland in rechte te doen vaststaan, evenmin vrijheid heeft een nieuwe procedure te beginnen, maar de Nederlandse rechter moet vragen zich – eerst – uit te spreken over de erkenning van de vreemde uitspraak.[29]

Verdient de opvatting van het Hof 's-Hertogenbosch daartegenover nu de voorkeur als regel van Nederlands recht? Ik zou, na aarzeling, menen van niet. Wie een veroordelend vonnis heeft verkregen, is vrij al dan niet tot executie over te gaan, maar verkiest hij executie, dan heeft hij in beginsel maar één weg: de exequaturprocedure. Dat sluit aan bij het EEX, dat in deze materie een overheersende plaats inneemt. Dit argument heeft gewicht maar geeft nog niet de doorslag als het gaat om het aanvaarden van een regel van commuun IPR die derogeert aan artikel 67 lid 3 Rv. De goede orde in het internationaal rechtsverkeer moet met zulk een regel worden gediend. Dat belang is gelegen in de onwenselijkheid van tegenstrijdige beslissingen in dezelfde zaak gegeven door rechters van verschillende landen. Is er een verdrag dat tot erkenning verplicht, dan is dat een bijkomende grond om de erkenning veilig te stellen: het is niet aan partijen te negeren wat de verdragsluitende staten in hun onderlinge betrekkingen, wellicht na moeizaam onderhandelen, hebben totstandgebracht en bevestigd. Twee rechtbanken hebben, niet toevallig, de idee van het arrest De Wolf/Cox valabel geacht voor overeenkomstige gevallen die niet door het EEX worden beheerst.

Een voorbehoud ten aanzien van opgemelde regel lijkt te moeten worden gemaakt voor het geval het betrokken executieverdrag zelf duidelijk niet kiest voor de figuur van erkenning ipso iure, maar voor die van erkenning op verzoek van een belanghebbende; zo het Nederlands–Belgisch Executieverdrag 1925, artikel 11 lid 1. Het ontbreken van een met artikel 26 EEX overeenkomende bepaling

29. Het Nederlandse procesrecht voorziet niet in zulk een erkenningsprocedure. Artikel 985 e.v. Rv. lenen zich voor overeenkomstige toepassing. Daartoe ware te besluiten. Vgl. artikel 26 tweede lid EEX, in Frankrijk Cass. 3 januari 1980, Revue critique 1980, blz. 597 (D. Holleaux).

dwingt er echter niet toe een ander standpunt in te nemen. Wie erkenning van een Belgische beslissing zou kunnen vragen, krijgt niet de vrijheid in plaats daarvan in Nederland een nieuwe beslissing te verlangen. Voor een afwijkend regime is geen goede grond voorhanden. Het verdrag staat er niet aan in de weg dit standpunt in te nemen.

18. Het in de rechtbankvonnissen verwoorde standpunt vindt steun in het gezaghebbende rechtsvergelijkende werk van Erwin Riezler:[30] '... wird regelmässig das Rechtsschutzinteresse bei einer Wiederholung der Klage zu verneinen sein; ... Die Rechtskraft eines anerkannten Urteils begründet im Inlandsprozess, der über dieselbe Sache geführt wird, nicht nur eine "Einrede", sondern ist von Amts wegen zu beachten; doch ist das Gericht nicht verpflichtet, von Amts wegen Erhebungen darüber anzustellen, ob in der Sache schon ein ausländisches Urteil vorliegt.' Anders echter dan Riezler, weliswaar vóór het EEX, de Bundesgerichtshof 20 maart 1964,[31] en de volgens Geimer[32] in Duitsland heersende mening. Anders ook volgens Droz[33] de Franse opvatting, zij het dat twee arresten van de Cour de cassation, ook van vóór het EEX, en betreffende echtscheiding, niet in dit beeld passen en de commentatoren in enige verlegenheid hebben gebracht.[34]

19. De hierboven weergegeven lijn van de geciteerde rechtbankbeslissingen wordt niet bevestigd door de Nederlandse adoptiepractijk.

De meeste adopties die in Nederland worden uitgesproken, betreffen kinderen van vreemde herkomst. In de meerderheid van die gevallen is aan het Nederlandse adoptievonnis een adoptiebeslissing voorafgegaan van de bevoegde autoriteit van het geboorteland. Aan het adoptieverzoek wordt gevolg gegeven zonder dat blijkt dat vooraf ambtshalve is onderzocht of de vreemde adoptie in Nederland dient te worden erkend als grond voor de verkrijging van de staat van wettig kind van de verzoekers. Zou blijken dat geen redelijke grond zich tegen zodanige erkenning van de adoptie verzet, dan zou het verzoek niet-ontvankelijk moeten worden verklaard. Het ontbreken van een verdrag dat tot erkenning verplicht, maakt dat niet anders. Verzoekers hebben dan geen belang bij een nieuwe adoptie.

De hiervan afwijkende practijk laat zich wel verklaren: behoefte aan zekerheid en de wens het kind Nederlander te maken.

De nieuwe procedure is een middel om in Nederland te doen vaststaan dat het kind de staat van wettig kind van de adoptanten heeft. Het Nederlandse recht voorzag tot voor kort niet in een erkenningsprocedure. Aan de mogelijkheid van

30. Erwin Riezler, Internationales Zivilprozessrecht, 1949, blz. 521.
31. NJW 1964, blz. 1626, IPRspr. 1964–1965, nr. 245.
32. NJW 1980, blz. 1234.
33. Droz, no. 459.
34. Cass. 8 jan. 1963 (Hohenzollern/Lambrino), Revue critique 1963, blz. 109 (G. Holleaux); Cass. 15 mei 1963 (Patino), Revue critique 1964, blz. 532 (P. Lagarde): 'le juge français, dans les limites du contrôle qu'il doit, préalablement à l'octroi de l'exequatur, exercer sur la décision pour laquelle celui-ci est demandé, a, en dehors de toute révision au fond toujours exclue, le devoir de vérifier si cette décision ne heurte pas la chose jugée pour un jugement étranger dont, comme en l'espèce, l'autorité a été reconnue en France, ...'. In het arrest van 15 mei 1963 heeft het college een cassatiemiddel onbesproken gelaten door ambtshalve het gezag van een eerder gewijsde te laten gelden.

een voor en tegen eenieder werkend declaratoir op verzoek bestaat een menigmaal gesignaleerde behoefte, die steeds meer erkenning vindt.[35] Vermelding en instemming verdient dan ook de beschikking van Hof 's-Gravenhage 17 november 1989:[36] een rechtsvordering die ertoe strekt dat een rechter zal bepalen dat buiten Nederland naar vreemd recht een in Nederland geldige adoptie heeft plaatsgevonden, zal processueel op dezelfde wijze kunnen worden ingeleid en behandeld als een verzoek tot adoptie zelve. De consequentie van deze beschikking zou moeten zijn dat een adoptie in de hier bedoelde gevallen slechts subsidiair kan worden verzocht, namelijk als de primair gevraagde erkenning van de vreemde adoptie wordt geweigerd.

Voorts verkrijgt een vreemd kind van Nederlandse adoptanten niet krachtens een vreemde beslissing, slechts krachtens een Nederlands adoptievonnis de staat van Nederlander. Maar dat alleen legitimeert niet een verzoek ontvankelijk te verklaren ondanks een te erkennen buitenlandse adoptie.[37,38]

Slot

20. Rechtspraak is een serieuze zaak. Dat mag men reeds aannemen, omdat hij die met deze bundel wordt geëerd, en die volstrekt niet van poespas en zinledig ceremonieel houdt, ruim veertig jaren zich in verschillende ambten en hoedanigheden serieus met rechtspraak heeft beziggehouden.

Ook uitspraken van buitenlandse rechters moeten ernstig genomen worden. Als in het buitenland een procedure is gevoerd die heeft geleid tot een beslissing die erkenning verdient, is het niet aan partijen dat te negeren. Zij kunnen wel zeggen dat hun fiets van hout is om de timmerman bevoegd te maken als rijwielhersteller, maar schieten in het te vergen respect voor de vreemde rechter te kort indien zij hier aan zijn reeds gegeven beslissing voorbijgaan. De goede orde in de internationale betrekkingen zou er niet mee gediend zijn indien zij daartoe vrijheid hadden.

augustus 1990

35. J.C. Schultsz, noot NJ 1986, 605, J.P. Verheul, NJB 1988/43/1547.

36. NJ 1990, 534, FJR 1990/3/62 (J.A. Nota), en de bespreking door A. van Zundert, HPS 1990, no. 2, blz. 14–16, met verwijzing naar J. Deelen, HPS 1989, no. 3, blz. 39–46.

37. Zie de noot onder Rb. Roermond 27 maart 1980, HPS 1985, no. 3, blz. 46.

38. Op de beschikking waarbij een buitenlandse adoptie wordt erkend, moeten de nieuwe bepalingen van artikel 20a lid 4, artikel 20d lid 3 en artikel 20h lid 2 van boek 1 BW geacht worden van overeenkomstige toepassing te zijn. Zulk een beschikking zou ook grond moeten zijn voor de verkrijging van de Nederlandse nationaliteit.

Gedichtenbundels, boeken, preadviezen, artikelen, boekbesprekingen en kranteartikelen door J.C.M. Leijten

1949 – Gedichtenbundel: Omgekeerde volgorde
Uitgeversmaatschappij: J.B.M. Pompe, Leiden

1951 – De huwelijkstoestemming van grootouders voor hun minderjarige kleinkinderen (art. 92 en 94 BW)
WPNR 25 augustus 1951, nr. 4205, blz. 380–381

1952 – De erkenning van natuurlijke kinderen in strijd met de waarheid en het nieuwe kinderrecht van 10 juli 1947
WPNR 8 november 1952, nr. 4268, blz. 501–504
WPNR 15 november 1952, nr. 4269, blz. 513–516

1953 – Over de niet-vervolgbaarheid van vermogensdelicten
NJB 14 februari 1953, afl. 7, blz. 133–138

– De artikelen 316 en 416 Wetboek van Strafrecht
NJB 2 mei 1953, afl. 18, blz. 405–406

1954 – Als de stukken niet ineenpassen
Te Elfder Ure, blz. 20–25

– Mandement en pers
Te Elfder Ure, blz. 277–278

– Het aangename leven
Te Elfder Ure, blz. 62–64, 160, 334–335

– Boekbespreking: Ergenshuizen, door Michel van der Plas
Te Elfder Ure, blz. 125–128

– Boekbespreking: Katholieke politiek, door Prof. Mr. C.P. Romme
Te Elfder Ure, blz. 129–134

1955 – Rechtvaardigheid en wetstoepassing
NJB 17 december 1955, afl. 44, blz. 985–994

– Het aangename leven
Te Elfder Ure, blz. 94–96

1956 – Rechtsplichtvervulling door de overheid zonder uitdrukkelijke wettelijke bevoegdheid
WPNR 7 januari 1956, nr. 4427, blz. 1–4

– De bloemlezing in de dagvaarding
NJB 9 juni 1956, afl. 23, blz. 488–490

– Binnen-kerkelijke 'kritiek'
Te Elfder Ure, blz. 47–51

– De profundis clamavi
Te Elfder Ure, blz. 231–232

– Bij het einde van de derde jaargang
Te Elfder Ure, blz. 360

– Boekbespreking:
– Gedachtenwereld van Simone Weil, door Herman Berger
– Honden zonder halsband, Heiligen naar de hel en Deze wereld roept om hulp, door Gilbert Cesbron
– Encyclopedie van het Christendom
– Nietzsche, wijsgeer van de voornaamheid, door Dr. L. Flam
– Gesprekken over psycho-therapie in het licht van godsdienst en moraal
– Liefde, door Fons Jansen
– Het snertjong, Het Lam en Galigai, door François Mauriac
– Il diavolo, door Papini
– Getuigenis voor Christus, door A.F. Weijers
Te Elfder Ure, blz. 199–200

– Boekbespreking:
– Inuk, door Roger Buliard
– Het vijf en twintigste uur, door V. Gheorghiu
– Mr. Maury, rechter, door Etienne de Greef
– Morgen zal ik huilen, door Lilian Roth
– Geen Tabak – geen Hallelujah, door Matthieu Smedts
– Encyclopedie van het Christendom
Te Elfder Ure, blz. 326–328

1957

- Rechtspositivisme tegenover wetspositivisme
  NJB 2 maart 1957, afl. 9, blz. 189–197
  NJB 9 maart 1957, afl. 10, blz. 209–215

- De beloning van rechtsbijstand aan onvermogenden
  Advocatenblad 15 mei 1957, nr. 5, blz. 249

- Gedichten
  Bidden in de kerk; l'Amour sublime;
  Praten in de keuken; Bridgen in de huiskamer
  Advocatenblad 15 december 1957, nr. 10, blz. 736–737

- Officium nobile
  Overwegingen voor iedere dag der week
  Advocatenblad 15 december 1957, nr. 10, blz. 746–750

- Poésie Judiciaire
  Bij het aanvragen van een woonvergunning (Vrij naar Rilke)
  Advocatenblad 15 december 1957, nr. 10, blz. 780

- Verontschuldiging
  Te Elfder Ure, blz. 203

- 'De nieuwe mens' over de klein-seminaries
  Te Elfder Ure, blz. 265–268

- Nee, vroeger ging dat allemaal zo maar niet
  Te Elfder Ure, blz. 279–283

1958

- Het doodvonnis van de Kantonrechter
  NJB 31 mei 1958, afl. 22, blz. 432–434

- Wij en de psychiatrie
  Te Elfder Ure, blz. 351–352

1960

- Misselijk worden
  Te Elfder Ure, blz. 44–45

- Klopt en U zal worden open gedaan
  Te Elfder Ure, blz. 221–224

- Mens erger je niet
  Te Elfder Ure, blz. 317–318

- De zeven magere jaren
  Te Elfder Ure, blz. 334–338

1962

- De machtiging van de voogd door de Kantonrechter in de gevallen van 437 BW
  NJB 24 november 1962, afl. 41, blz. 925–930

1963

- Ons jachtige tempo
  NJB 5 januari 1963, afl. 1, blz. 9–11

- Balans-controle
  Te Elfder Ure, blz. 20–24

- Strafrechttechniek en verdachte
  Te Elfder Ure, blz. 282–288

- De mens in het strafrecht
  Te Elfder Ure, blz. 126–127

1964

- De strafmaat in verband met niet telastegelegde feiten
  NJB 11 januari 1964, afl. 2, blz. 36–43

- Pastoraal absenteïsme in Bergschenhoek
  Te Elfder Ure, blz. 81–83

1966

- Wijziging van eis in procedures tot echtscheiding en scheiding van tafel en bed
  NJB 25 juni 1966, afl. 26, blz. 612–616

- Camillo Torres
  Te Elfder Ure, blz. 455–463

1967

- Een voorbeeld
  NJB 8 april 1967, afl. 14, blz. 385–386

- Springen met en zonder aanloop
  NJB 24 juni 1967, afl. 25, blz. 661–667
  NJB 8 juli 1967, afl. 26, blz. 693–699

- De ter dood veroordeelde sergeant
  NJB 14 oktober 1967, afl. 34, blz. 925–926

1968

- Officium nobile
  Overwegingen voor iedere dag der week
  In: 50 jaar Advocatenblad 1918 15 januari 1968, 's-Gravenhage 1968, blz. 184–187

- Aansprakelijkheid van en voor minderjarigen en geestelijk gestoorden
  Preadvies uitgebracht voor de vergadering van de Rechtskundige Afdeling van het Thijmgenootschap op 23 november 1968, Deventer 1968

- Pluraliteit van schulden en dus failliet?
  NJB 16 november 1968, afl. 39, blz. 1024–1026

- Niet, niet-tijdig en niet-genoegzaam protesteren tegen ontvangen facturen
  NJB 23 november 1968, afl. 40, blz. 1037–1045

1969

- Het Personen- en familierecht in het Nieuw Burgerlijk Wetboek, onder redactie van Prof. Mr. E.A.A. Luijten, 1e druk, bewerking van het hoofdstuk: Voogdij en curatele, Zwolle 1969, tweede druk 1977

1970

- 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 van Nijmegen op 6 november 1970, Deventer 1970

- Huwelijk en scheiding van de wegens geestelijke stoornis onder curatele gestelde
  WPNR 14 februari 1970, nr. 5073, blz. 153–154

- De bruikbaarheid van art. 38 van de Omroepwet
  NJB 18 juli 1970, afl. 27, blz. 850–854

- Moeten olifanten verpakt worden?
  Een interpretatie-probleem
  NJB 21 november 1970, afl. 40, blz. 1337–1348

1971

- Naschrift omtrent de olifanten
  NJB 2 januari 1971, afl. 1, blz. 27–28

- Van emotie naar verstarring
  Een ongevraagde annotatie bij een Haarlemse strafzaak
  NJB 6 maart 1971, afl. 10, blz. 249–258

- De rechterlijke organisatie
  NJB 29 mei 1971, afl. 22, blz. 588–603 en
  NJB 5 juni 1971, afl. 23 blz. 627–637

- De zaak van de Nederlandse rechter – Naschrift bij het artikel van Mr. J. van Schellen
  NJB 6 november 1971, afl. 39, blz. 1146–1148

- De individuele verantwoordelijkheid van de politie-ambtenaar
  Algemeen Politieblad 18 december 1971, nr. 26, blz. 654–661

1972

- Inleiding tot de studie van het Nederlandse recht, door L.J. van Apeldoorn, 17e druk, herz. druk, Zwolle 1972

- Voorlopig, maar het duurt wèl even
  Kanttekening bij een skelet
  Delikt en delinkwent 2 (1972), afl. 1, blz. 4–11

- De achterkant van de jurisprudentie
  Honderd en een korte overdenkingen, opgeluisterd door lange citaten, voorzien van voorwoord en inleiding, ten behoeve van juristen en andere ontwikkelde personen, Zwolle 1972

- Verantwoordelijkheid van de individuele politie-ambtenaar bij de politiële taakvervulling
  Algemeen college bij de aanvang van het studiejaar 1971–1972 van de Nederlandse politie-academie te Apeldoorn (niet in de handel)
  Besproken door J.M. van Bemmelen in NJB 18 maart 1972, afl. 12, blz. 327–329

- Omgangsrecht
  NJB 1 april 1972, afl. 14, blz. 364–373
  NJB 8 april 1972, afl. 15, blz. 389–400

- Boekbespreking: Recht op rechtsbijstand door Mr. B.A. Wille en Mr. W.F.C. Stevens
  NJB 27 mei 1972, afl. 22, blz. 606–607

- Dissenting opinion
  NJB 24 juni 1972, afl. 26, blz. 697–707
  NJB 1 juli 1972, afl. 27, blz. 731–741
  NJB 5 augustus 1972, afl. 28, blz. 776–777 (corrigendum)

1973

- Langemeijer en de rechterlijke macht
  in: Speculum Langemeijer, 31 Rechtsgeleerde opstellen aangeboden aan Prof. Mr. G.E. Langemeijer, Zwolle 1973, blz. 287–302

- De opleiding van de magistratuur in Nederland
  Tijdschrift voor Privaatrecht 1973, nr. 2, blz. 355–390

- Boekbespreking: Zur Logik der Normen, door Dr. Hans Hebert Kenth
  NJB 13 januari 1973, afl. 2, blz. 48–49

- Boekbespreking: Libel and Slander, door Peter F. Carter-Ruck
  NJB 13 januari 1973, afl. 2, blz. 48

- Boekbespreking: Recht als instrument van behoud en verandering, Bundel opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.J.M. van der Ven
  NJB 10 februari 1973, afl. 6, blz. 174–175

- Boekbespreking: Juristische Arbeitsblätter, Sonderheft BGB Schuldrecht, Rengaw – Sammlang, bearbeitet von Uwe John
  NJB 24 maart 1973, afl. 12, blz. 354–355

- Heeft de Hoge Raad de lust tot staken aangewakkerd?
  NJB 31 maart 1973, afl. 13, blz. 377–381
  NJB 21 april 1973, afl. 16, blz. 485 (rechtzetting)

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Een spinnijdig kantonrechter
  NJB 21 april 1973, afl. 16, blz. 484–485

- Boekbespreking: Sozialbindung des Eigentums, von Prof. Dr. Walter Leisner
  NJB 21 april 1973, afl. 16, blz. 487–488

- Proces-verbaal van zwarigheden
  De kiezersparadox
  NJB 28 april 1973, afl. 17, blz. 514

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Polarisatie in de praktijk
  NJB 5 mei 1973, afl. 18, blz. 554

- Boekbespreking: De beroepsvoetvaller, een rechtsvergelijkende schets, door Mr. W.E. Haak
  NJB 5 mei 1973, afl. 18, blz. 557

- Boekbespreking: Kunst des Rechtsanwalts, Bild eines Berufsstander im Lichte von Praxis, door Hans Jakob Maier
  NJB 5 mei 1973, afl. 18, blz. 557–558

- Boekbespreking: Juridische causaliteit, een onderzoek naar het oorsponkelijkheidsvereiste in het civiele aansprakelijkheidsrecht, door J. van Schellen
  NJB 5 mei 1973, afl. 18, blz. 558–559

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Strafmaat I of: waarom zijn de boetes zo hoog?
  NJB 12 mei 1973, afl. 19, blz. 591

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Strafmaat II of in de staart zit toch wat venijn
  NJB 19 mei 1973, afl. 20, blz. 611–612

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Strafmaat III of: de doodstraf als one-man-show
  NJB 26 mei 1973, afl. 21, blz. 644

- Consensus over de Dissenting Opinion?
  NJB 2 juni 1973, afl. 22, blz. 649–659

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Kultuur en Toeval
  NJB 9 juni 1973, afl. 23, blz. 705–706

- Proces-verbaal van zwarigheden
  De verschillen tussen Van Schellen en Vanquickenborne
  NJB 30 juni 1973, afl. 25, blz. 773

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Drilsma en Drielsma
  NJB 14 juli 1973, afl. 26, blz. 821–822

- Boekbespreking: Le Pluralisme Juridique
  Etudes publiées sous la direction de John Gilissen
  NJB 14 juli 1973, afl. 26, blz. 823–824

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Duitse lessen
  NJB 11 augustus 1973, afl. 27, blz. 858–859

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Allende
  NJB 29 september 1973, afl. 32, blz. 1012

- Schenking en geschrift
  WPNR 29 september 1973, nr. 5230, blz. 387–391

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Poëzie en Recht
  NJB 6 oktober 1973, afl. 33, blz. 1038–1040

- Boekbespreking: Sociale politiek opnieuw bedacht. Opstellen aangeboden aan Prof. Dr. F.J.H.M. van der Ven
  NJB 6 oktober 1973, afl. 33, blz. 1041–1042

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Van Opperman tot Opperhoofd
  NJB 27 oktober 1973, afl. 36, blz. 1149–1150

- Rechter en Politiek 1
  NJB 10 november 1973, afl. 38, blz. 1201–1206

- Proces-verbaal van zwarigheden
  De minimis (non) curat praetor?
  NJB 17 november 1973, afl. 39, blz. 1258

- Proces-verbaal van zwarigheden
  'Mooie motiveringen'
  De juridische opwekking uit de dood
  NJB 8 december 1973, afl. 42, blz. 1368–1369

- Proces-verbaal van zwarigheden
  'Mooie motiveringen-2'
  Recht en politiek (een Duits voorbeeld)
  NJB 15 december 1973, afl. 43, blz. 1395–1397

1974

- Het bemiddelend vonnis: poging tot rehabilitatie van een veroordeelde
  In: Rechtspleging, opstellen rond het thema rechterlijke organisatie, bijeengebracht ter gelegenheid van het vijftigjarig bestaan van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Katholieke Universiteit Nijmegen, Deventer 1974, blz. 133–155

- Jeugd en echtscheiding
  In: Jeugdrecht op een keerpunt, Bundel opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J. Wiarda, Groningen 1974, blz. 90–105

- Wie komt daar uit zijn hokje?
  Over civiele rechtspraak en haar grenzen
  Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1974, nr. 5/6, blz. 679–732

- Het malle luchtkasteel, 1974
  Verzamelbundel, Waubrugge (Brandon Pers), 1974

- De misère der verwachtingen
  Ars Aequi januari 1974, nr. 1, blz. 23–29

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Examen milieurecht
  NJB 5 januari 1974, afl. 1, blz. 26

- Boekbespreking: Bij de tweede druk van 'Evolutie in het privaatrecht', door Prof. Mr. W.A. Pitlo
  WPNR 12 januari 1974, nr. 5245, blz. 23–24

- Boekbespreking: Jaarverslag 1972 van de Stichting Rechtswinkel te Amsterdam
  NJB 9 februari 1974, afl. 6, blz. 217

- Rechtsonderwijs in de marge
  Intermediair 29 maart 1974, nr. 13, blz. 33–35

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Over annotaties
  NJB 30 maart 1974, afl. 13, blz. 425–426

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Moord
  NJB 20 april 1974, afl. 16, blz. 522–524

- Proces-verbaal van zwarigheden
  'Support for the deterrent idea'
  NJB 25 mei 1974, afl. 21, blz. 674–676

- Boekbespreking: Richter im Dienst der macht
  Zur Gesellschaftlichen Verteilung der Kriminalität, door Dorothee Peters
  NJB 25 mei 1974, afl. 21, blz. 682

- De onafhankelijke advocaat als werknemer
  NJB 22 juni 1974, afl. 25, blz. 785–793

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Martin Luther King, het recht en de juristen
  NJB 17 augustus 1974, afl. 28, blz. 906–907

- Toespraak Nederlandse Orde van Advocaten, 20 september 1974
  bijlage Advocatenblad

1975

- Vijf dagen denken aan democratie
  In: Politiek. Parlement. Democratie, opstellen voor Prof. Mr. F.J.F.M. Duynstee, Deventer 1975, blz. 125–133

- De positie van de rechterlijke macht in de samenleving
  Preadvies voor de Nederlandse Juristen Vereniging
  Handelingen 1975, deel 1, Zwolle, 1975, blz. 99–172

- Het fluorideringsarrest (HR 22 juni 1973, NJ 1973, 386)
  In: 't Exempel dwinght, opstellen aangeboden door vrienden en vereerders aan Prof. Mr. I. Kisch ter gelegenheid van zijn 70ste verjaardag, Zwolle 1975, blz. 289–315

- Boekbespreking: De ontwikkeling van een gesloten naar een open systeem van verbintenissen in de rechtspraak van de Hoge Raad, door Mr. A. Pitlo
  NJB 18 januari 1975, afl. 3, blz. 84–90

- Proces-verbaal van zwarigheden
  22 januari 1925 – 22 januari 1975,
  NJB 15 februari 1975, afl. 7, blz. 218–222

- Boekbespreking: Monoloog met zijn schuldeisers, door R.A.V. van Haersolte
  NJB 7 juni 1975, afl. 23, blz. 735–736

- Naar: Gelijke kansen op rechtshulp
  NJB 16 augustus 1975, afl. 28, blz. 889–905

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Zijn de problemen bij justitie wel opgelost?
  NJB 16 augustus 1975, afl. 28, blz. 924

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Is dit plagiaat?
  NJB 13 september 1975, afl. 30, blz. 1005–1007

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Het gezag van de grondwet
  NJB 20 september 1975, afl. 31, blz. 1039–1040

- Boekbespreking: De rechtspositie van de omwonenden van een bouwperceel, door Mr. T.N.J.C. Verduin en Mr. J.C. de Wijkerslooth, preadvies voor de Vereniging voor Bouwrecht nr. 2
  NJB 27 september 1975, afl. 32, blz. 1076–1079

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Wat is geschiedenis?
  NJB 4 oktober 1975, afl. 33, blz. 1100–1101

- Boekbespreking: Die Verfassungen (der nicht-kommunistischen Staaten) Europas, door P.C. Mayer-Tasch
  NJB 4 oktober 1975, afl. 33, blz. 1107

- Boekbespreking: De lifter (lintje retour), door Johan Ranneft
  NJB 11 oktober 1975, afl. 34, blz. 1139–1140

- Boekbespreking: Notaris en rechtshulp, enige ervaringen uit de notariële keuken, door Mr. M.J.A. van Mourik
  NJB 18 oktober 1975, afl. 35, blz. 1170–1171

- Wie beslist over de vraag of er een prejudiciële vraag is?
  (art. 177 EEG-verdrag)
  NJB 25 oktober 1975, afl. 36, blz. 1187–1190

- Boekbespreking: La prostituée, statut et image, door Anne van Haecht
  NJB 8 november 1975, afl. 38, blz. 1256

- De dreigende staatsgreep van 1926
  Van Troelstra naar Treub
  NJB 29 november 1975, afl. 41/42, blz. 1372–1376

1976

- Proces-verbaal van zwarigheden
  No. 64
  NJB 29 mei 1976, afl. 22, blz. 742–744

- In groter verband gepleegde strafbare feiten
  Naar aanleiding van de preadviezen voor de Nederlandse Juristen Vereniging van Van Binsbergen en De Waard
  NJB 12 juni 1976, afl. 24, blz. 786–794

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Auto-plagiaat?
  NJB 19 juni 1976, afl. 25, blz. 839

- De Opperdoezers en de Kantonrechter
  NJB 26 juni 1976, afl. 26, blz. 873–874

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Het declaratoir in kort geding en in twee bedrijven
  NJB 17 juli 1976, afl. 27, blz. 933–934

- Inleiding in het recht (Ten geleide)
  NJB 23 oktober 1976, afl. 36/37, blz. 1249–1250

- De onrechtmatige daad, begaan door een minderjarige
  WPNR 6 november 1976, nr. 5365, blz. 634–641

1977

- Theorie en praktijk van de rechtsvinding
  Samen met W. v. Gerven, Zwolle/Antwerpen 1977 (2e druk 1981)

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Burgerlijke ongehoorzaamheid
  Opgedragen aan Mr. D. Veegens
  NJB 12 februari 1977, afl. 7, blz. 174

- Boekbespreking: Het kort geding en zijn toepassing in de praktijk, door Dr. Mr. W. Schenk
  NJB 12 februari 1977, afl. 7, blz. 180

- Zwarigheden, geverbaliseerd en berecht
  NJB 19 februari 1977, afl. 8, blz. 195–197

- Staking en rechtspraak in Nederland
  Rechtskundig Weekblad 2 april 1977, nr. 31, kolom 1921–1938

- Boekbespreking: Die innerprozessuale Bindungswirkung von Urteilen der obersten Bundesgerichte, door Klaus Tiedtke
  NJB 30 april 1977, afl. 8, blz. 468

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Een doodgewone vraag
  NJB 7 mei 1977, afl. 19, blz. 486

- Het Benelux-Gerechtshof
  Verslag van een kennismaking
  NJB 21 mei 1977, afl. 21, blz. 532–533

- Boekbespreking: De gerechtigheid in ons burgerlijk vermogensrecht, door Mr. G.E. Langemeijer
  NJB 13 augustus 1977, afl. 28, blz. 712

- Boekbespreking: Portret van de juridische faculteit Rotterdam, onder redactie van G.A. Hoefnagels e.a.
  NJB 3 september 1977, afl. 29, blz. 749

1978

- Schuld aan scheiding
  Preadvies voor de jaarvergadering van de Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht, Zwolle 1978

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Ter herdenking
  NJB 7 januari 1978, afl. 1, blz. 12

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Tweehonderd jaar na de dood van Rousseau
  NJB 20 mei 1978, afl. 20, blz. 381–382

- Van de zeven kleine verschrikkingen van het strafrecht
  I: De eerste verschrikking, Artikel drie en zestig van het Wetboek van Strafrecht
  NJB 16 december 1978, afl. 44, blz. 968–970

1979

- De regel die afwezig zou moeten zijn
  In: Regel en praktijk, opstellen aangeboden aan Prof. Mr. S.F.L. Baron van Wijnbergen, Zwolle 1979, blz. 167–173

- Van de zeven kleine verschrikkingen van het strafrecht
  II. De tweede verschrikking, Uitreikingsperikelen
  NJB 24 februari 1979, afl. 8, blz. 159–160

- Boekbespreking: Mr Prone A week in the life of an ignorant man, door C.H. Rolph
  NJB 7 april 1979, afl. 14, blz. 291

- Gelijke gevallen ongelijk behandeld
  Ars Aequi oktober 1979, nr. 9, blz. 529–531

1980

- Samenleving en rechterlijke macht
  Trema" special '80-1, blz. 18–25

- Mok en Duk in Dordrecht
  Verslag van de vergadering Nederlandse Juristen Vereniging van 14 juni 1980
  NJB 16 augustus 1980, afl. 28, blz. 702–707

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Het recht uitgelegd
  NJB 6 sept. 1980, afl. 30, blz. 772–774

- Rechtspraak in pachtzaken
  N.a.v.: Rechtsvinding door de burgerlijke rechter, proefschrift van H.J. Snijders
  De Pacht nr. 11, november 1980, blz. 489–495

- Verplichte procesvertegenwoordiging in het civiele geding
  Advocatenblad 21 november 1980, nr. 19, blz. 483–487

1982

- Wet en rechter tegenover onrechtmatig vergaard bewijs
  De preadviezen van Mr. L.C.M. Meijers en Mr. E. Myjer voor de vergadering van de Nederlandse Juristen Vereniging op 11 juni 1982 te Alkmaar
  NJB 5 juni 1982, afl. 23, blz. 669–674

- Gedichten
  Voor de nacht – Na de nacht
  Advocatenblad 24 september 1982, nr. 17, blz. 420

1983

- Boekbespreking: De innerlijke overtuiging van de procureur, door Tsi'eng Kwam
  NJB 26 maart 1983, afl. 13, blz. 424

- Boekbespreking: Maskeraden, door Luigi Pirondello
  NJB 26 maart 1983, afl. 13, blz. 424

- Mr. E.P. von Brucken Fock, De Nederlandse wetgeving in strafzaken en artikel 6 van het Verdrag van Rome
  NJB 4 juni 1983, afl. 23, blz. 718–721

- Een eerlijk proces
  Verslag NJV-vergadering, 10 juni 1983
  NJB 25 juni 1983, afl. 26, blz. 817–821

- 'Dat men maar een glaasje klare had gedronken in het geheel'
  Een paar reminiscenties aan de voorgangers van artikel 26 Wegenverkeerswet
  Verkeersrecht juni/juli 1983, nr. 6/7, blz. 170–172

- De Teddy-Beer en het Nieuw Burgerlijk Wetboek in onderling verband en samenhang beschouwd
  N.a.v. het symposium van het Juridisch Dispuutgezelschap Joannes van der Linden
  NJB 5 november 1983, afl. 38, blz. 1238–1240

1984

- Vertrouwen en vertrouwensbeginsel in het strafrecht: een paar verkenningen
  Rechtsgeleerd Magazijn Themis – 5/6 (1984), blz. 520–537

- Wie geen huis heeft...
  In: Gelijk geregeld
  Ars Aequi Libri, Over de rechtspositie van duurzaam in Nederland verblijvende vreemdelingen, Nijmegen 1984, blz. 4–11

- De Hoge Raad en de rechten van de mens
  In: Rechter en mensenrechtenbeleid, 10 jaar NJCM
  Verslag van het symposium Rechter en Mensenrechtenbeleid d.d. 29 september 1984 ter gelegenheid van het 10-jarig bestaan van het Nederlands Juristen Comité voor de Mensenrechten, Leiden 1985, blz. 29–40

- Minder strafrecht?
  NJB 2 juni 1984, afl. 22, blz. 649–653

- Ander strafrecht?
  Verslag van de middagvergadering van de NJV van 8 juni 1984
  NJB 30 juni 1984, afl. 25, blz. 779–781

- De zelfvergiftiging van wijze mensen, in naam van het recht: De Hoge Raad en de Tweede Wereldoorlog
  NRC-Handelsblad, 18 augustus 1984

- Twee hoeraatjes voor het (burgerlijk) huwelijk
  NJB 1 september 1984, afl. 29, blz. 907

- Willem Christiaan Leonard van der Grinten annotator AA; PD; 1958–1984
  Ars Aequi 33 (1984) 10, oktober 1984, blz. 513–521

1985

- Inleiding tot de studie van het Nederlands recht, door L.J. van Apeldoorn, 18de herz. druk, Zwolle 1985

- Beleid en trouw volop, maar moed...?
  NJB 13 april 1985, afl. 15, blz. 489–490

- Overgangsrecht in het privaatrecht
  Preadviezen van C.J.H. Brunner en H. Stein
  NJB 8 juni 1985, afl. 23, blz. 733–739

- Infiltratie. Een nieuwe strafuitsluitingsgrond?
  NJB 14 december 1985, afl. 44, blz. 1401

1986

- Niet Sijmen, maar zijn advocaat betaalt
  58 Rv versus 6 EVRM
  NJB 15 februari 1986, afl. 7, blz. 222

- Welzijn, vrijheid en dwang
  Enkele beschouwingen over gedwongen opneming in een inrichting van personen met een geestelijke stoornis
  Preadvies ten behoeve van de jaarvergadering van de Vereniging voor Gezondheidsrecht, Utrecht 1986

- Het professionele (of functionele) verschoningsrecht
  Preadviezen van J.B.M. Vranken en A.G. Lubbers
  NJB 7 juni 1986, afl. 23, blz. 706–710

- Stakingen, collectieve acties en 'fair play'
  NJB 28 juni 1986, afl. 26, blz. 815

- Eenzaam – en nu ook alleen?
  (De strafrechter in appel-zaken)
  NJB 22 november 1986, afl. 41, blz. 1306

1987

- Within a reasonable time
  In: Bodemloos? Spoedprocedure naar Nederlands recht, Jonge Balie Congresbundel 1987, Zwolle 1987

- Straf naar de mate van schuld
  In: Straffen in gerechtigheid, opstellen over sancties en executie uitgegeven ter nagedachtenis aan Prof. Mr. W.H.A. Jonkers, Arnhem 1987, blz. 61–69

- Van vogels, vuurwapens en door rechters bevoordeelde dieven
  In: Naar eer en geweten, Liber Amicorum J. Remmelink, Arnhem 1987, blz. 309–318

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Ieder wordt geacht de wet te kennen
  NJB 6 juni 1987, afl. 23, blz. 727

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Namen in de journalistiek
  NJB 20 juni 1987, afl. 25, blz. 786

- Proces-verbaal van zwarigheden
  Taal
  NJB 28 november 1987, afl. 42, blz. 1352–1353

- Vooraf bij NJB-speciaal 'Tussen kwaliteit en efficiency in de rechtspraak' (samen met J.M. Polak)
  NJB 19/26 december 1987, Speciaal, blz. 1450

- De krant en het recht
  NJB 12 december 1987, afl. 44, blz. 1419

- Overpeinzingen van een andersdenkende
  NJB 19/26 december 1987, Speciaal, blz. 1451–1456

1988

- De droom der gerechtigheid
  In: Eenheid van recht, Voordrachten en discussieverslagen van de Studiedag J.M. Polak, gehouden op 18 december 1987 in het gebouw van de Raad van State, Deventer 1988, blz. 49–57

- Leiding geven aan een verboden gedraging, begaan door een rechtspersoon
  In: Van vennootschappelijk belang, opstellen aangeboden aan Prof. Mr. J.J.M. Maeijer, Zwolle 1988, blz. 137–146

- Gemis
  NJB 30 januari 1988, afl. 4, blz. 124

- Stijl
  NJB 6 februari 1988, afl. 5, blz. 155

- Dat komt er nou van
  NJB 13 februari 1988, afl. 6, blz. 181–182

- Polemiek
  NJB 13 februari 1988, afl. 6, blz. 187

- Recht is een publieke zaak
  NRC-Handelsblad, 17 maart 1988

- De bijl aan de wortel
  Naschrift, samen met anderen
  NJB 11 juni 1988, afl. 23, blz. 821

- Rechtsgevolgen van woordkeuze
  Een en ander over rechtstaal, voetnoten en valkuilen
  In: Meesterlijke Taal, Over taal en taalgebruik in het recht, uitgegeven ter gelegenheid van het achtste lustrum van de Jonge Balie Utrecht, Zwolle 1988, blz. 97–105

- Namen noemen we wel
  NRC-Handelsblad, 12 augustus 1988

- Over de civiele partij in het strafproces en nog wat
  NJB 17 september 1988, afl. 31, blz. 1113

- De conclusie in strafzaken
  Delikt en Delinkwent 18 (1988), oktober 1988, afl. 10, blz. 913–928

- De didactische waarde van het vermogensrecht
  NJB 5 november 1988, afl. 38, blz. 1378

- Tegen de doodstraf
  NRC-Handelsblad, 10 november 1988

- Inverzekeringstelling, afgeknipte haren en DNA-onderzoeken
  NJB 26 november 1988, afl. 41, blz. 1481–1482

- De eeuwige wederkomst van Jac. van Veen
  NJB 24/31 december 1988, afl. 45/46, blz. 1665–1666

- Vooraf bij NJB Speciaal
  NJB 17 december 1988, Speciaal, blz. 1572–1573

1989

- Aan het civiele front liever geen groot nieuws
  Themanummer Rechtsgeleerd Magazijn Themis (1989), februari, blz. 72–84

- '... die goeie, ouwe dagvaardingsprocedure...'
  Interventie gehouden tijdens de studiedag van de Vereniging voor Familie- en Jeugdrecht op 9 december 1988 te Amsterdam
  Tijdschrift voor familie- en jeugdrecht 1989-3, blz. 53–55

- Judicial restraint als barricade op weg naar opperste gerechtigheid
  In: De relatie tussen wetgever en rechter in een tijd van rechterlijk aktivisme. Uitgave van KNAW, Noord-Hollandsche Amsterdam/New York/Oxford/Tokio 1989, blz. 22–26

- Sluip- en dwaalwegen naar de gerechtigheid
  Tijdschrift voor privaatrecht 1989, nr. 2, blz. 445–457

- Zo heb ik hem, uit wat hij schreef, leren kennen
  In: De derde rechtsingang nader bekeken, opstellen aangeboden aan C. Bronkhorst, Arnhem 1989, blz. 197–207

- Het Wetsontwerp Preventieve Hechtenis
  Maandblad voor Berechting en Reclassering, 1989, blz. 114–117

- Zielsverandering voor Hoge Raad
  NRC-Handelsblad, 3 maart 1989

- Positieve discriminatie
  Een paar beschouwingen naar aanleiding van de preadviezen van Ben Sloot en Jenny Goldschmidt
  NJB 3 juni 1989, afl. 22, blz. 737–740

- Jurist Verburgh was een knokker. In memoriam voor H.J.P. Verburgh
  NRC-Handelsblad, 16 oktober 1989

- Eigen wijsheid en andermans recht
  NJB 24/30 december 1989, Speciaal, blz. 1660–1663

- Vooraf
  Samenwerking tussen rechters en rechterlijke colleges
  (samen met J.M. Polak)
  NJB 24/30 december 1989, Speciaal, blz. 1610

- Het geclausuleerde grondrecht
  In: Begrensde vrijheid, opstellen over mensenrechten aangeboden aan Prof. Dr. D.F. Scheltens bij zijn afscheid als hoogleraar aan de Katholieke Universiteit Nijmegen, 1989, blz. 146–156

1990

- 40 Jaar Europees Verdrag Rechten van de Mens
  In: EVRM en rechtspraak, impressies van civielrechtelijke aard
  In: 40 jaar Europees Verdrag Rechten van de mens

- Je geld of je vrijheid
  In: Het maatschappelijk draagvlak van het strafrecht in de jaren negentig, Justitiële verkenningen, jrg. 16, nr. 1, 1990, blz. 33–43

- Van oud naar nieuw BW
  Ter eerbiedige nagedachtenis van artikel 705 oud BW
  NJB 3 maart 1990, afl. 9, blz. 342–343

- Een veelzijdig jurist
  Interview met Prof. Mr. J.C.M. Leijten, door Nanda Lieftink en Theodoor Richard
  In: Hoge Raad 150 jaar 'Het valt wel mee', een uitgave van het landelijk overleg juridische faculteitsbladen, 1970, blz. 39–41

- Herinnering aan Gerard Langemeijer
  NJB 28 april 1990, afl. 17, blz. 622–624

- Rol van het nietje in strafprocesrecht
  NRC-Handelsblad, 19 november 1990

1991

- Boekbespreking: Zo kan het ook, naar aanleiding van:
  De hollende kleurling, door Jeanne Doomen
  NJB 1991, afl. 1, blz. 14–15

- De linqua Belgica
  NJB 1991, afl. 1, blz. 16

Datum uitgave onbekend

- Gedichtenbundel: Eerbare betogen
  Uitgeversmaatschappij: De Koepel, Nijmegen

Deze bundel opstellen is prof. mr. J.C.M. Leijten aangeboden ter gelegenheid van zijn afscheid als hoogleraar.
De bijdragen zijn van:

prof. mr. G.C.J.J. van den Bergh, mr. P. Boeles,
prof. mr. G.J.M. Corstens, prof. mr. J.W. Fokkens,
prof. mr. W.C.L. van der Grinten,
prof. mr. C.A. Groenendijk, mr. A. Hammerstein,
prof. mr. W.C.E. Hammerstein-Schoonderwoerd,
prof. mr. A.S. Hartkamp, prof. mr. A.Ph.C.M. Jaspers,
prof. mr. H.U. Jessurun d'Oliveira,
prof. mr. S.C.J.J. Kortmann, mr. M.E. Leijten m.m.v.
mr. J.A. Leijten, prof. mr. H.Th.J.F. van Maarseveen,
prof. mr. J.M.M. Maeijer, mr. L.C.M. Meijers,
mr. P. Mout, prof. mr. G.E. Mulder, mr. J.M. Polak,
prof. mr. J. Remmelink, prof. dr. N.H.M. Roos,
mr. E.L. Schaafsma-Beversluis, prof. mr. D.F. Scheltens,
prof. mr. A.V.M. Struycken, prof. mr. P.J.P. Tak,
prof. mr. Th.W. van Veen, prof. mr. D.W.F. Verkade
en prof. mr. J.B.M. Vranken

ISBN 90 271 3339 5