

Mr. J. C. M. Leyten

**De rechter
op de schopstoel**

.

KLUWER

DE RECHTER OP DE SCHOPSTOEL

REDE

UITGESPROKEN BIJ DE AANVAARDING VAN HET AMBT VAN
GEWOON HOOGLERAAR IN DE ALGEMENE INLEIDING IN DE
RECHTSWETENSCHAP EN DE ALGEMENE RECHTSLEER AAN
DE KATHOLIEKE UNIVERSITEIT TE NIJMEGEN OP VRIJDAG
6 NOVEMBER 1970

DOOR

MR. J. C. M. LEYTEN

KLUWER—DEVENTER

ISBN 90 268 0421 4

Heren bestuurders van deze universiteit,

Dames en heren hoogleraren, lectoren, docenten, leden van de wetenschappelijke staf,

*Dames en heren studenten,
en gij allen, wier belangstelling mij verheugt,*

Zeer gewaardeerde toehoorders,

Honderd jaar geleden werd in Nederland de doodstraf afgeschaft¹ en in Rome het dogma van de pauselijke onfeilbaarheid aanvaard. Noch het een noch het ander verliep zonder strubbelingen, maar men kan thans constateren, dat anno 1970 Rome minder moeite heeft zich bij het Nederlands besluit neer te leggen dan Nederland bij het Vaticaanse. Onze Schaepmannen² van weleer zijn niet meer, zo lijkt het, maar de geest van Döllinger en Acton waart nog in de lage landen rond. Het mag mijn opzet niet zijn, op straffe van intellectuele hoogmoed, in dit uur uit te wijden over geschiedenis en betekenis van de onfeilbaarheidsverklaring. De coïncidentie van beide belangrijke eeuwfeesten drong zich op toen ik, lezend in het Weekblad van het Recht van 1870 zag op welke wijze deze twee zaken daar met elkaar werden verbonden. Voorstanders van de doodstraf hebben een ijzersterk argument: de justitie kan falen en als het gevolg daarvan een tenuitvoergelegde doodstraf is, is de fout onherstelbaar.³ Men kan daar twee contraargumenten tegen aanvoeren, waarvan het eerste – zijn logische kracht ten spijt – niet sympathiek aandoet: ook dergelijke onherroepelijke fouten moeten worden aanvaard, als de doodstraf op zich juist is. Het andere argument ontkent, dat rechters kunnen falen en, hoe dwaas het ook is, men heeft tot op de dag van vandaag dit argument gebezigd.⁴ Tot zulken richtte zich in 1870 de Franse parlementariër, Jules Simon, toen hij de Kamer volgens een persverslag⁵ herinnerde aan ‘de dwalingen van de justitie, die men weleer onfeilbaar wilde verklaren, gelijk in onze dagen de Paus (gelach), die het niet is en het zich tot een eer moet rekenen het niet te zijn.’

Het jaar 1870 was binnen de nederlandse rechtswereld allerm minst onbewogen. De hoofdredacteur van het Weekblad van het Recht, A. A. de Pinto, een wetspositivist van het zuiverste water, toont aan hoe men in de praktijk binnen een ruimte, die er theoretisch niet is, voor een betere rechtsorde kan vechten. Wij leren hem kennen als een tegenstander van de doodstraf, ongetwijfeld op humanitaire gronden, maar zijn werkargument haalt hij uit eigen school: sinds jaar en dag worden doodstraffen uitgesproken, maar géén ervan wordt tenuitvoergelegd.⁶ Daardoor wordt de eerbied voor de wet aangetast. Als straks, onverhoopt, de afschaffing er niet door zal komen, zullen

dan ook, naar De Pinto oordeelt, de daarna uitgesproken doodstraffen moeten worden geëffectueerd. Aandacht verdient, dat De Pinto zich in 1870 ook worden geëffectueerd. Aandacht verdient, dat De Pinto zich in 1870 ook reeds verzet tegen de levenslange gevangenisstraf en, als meerderen uit die tijd, een vurig voorstander is van juryrechtspraak in strafzaken, wat een boze opponent de ironie uit de pen liet vloeien, eerlang het betoog te verwachten, dat 'zoolang er geene jury bestaat de rechtvaardigheid in Nederland een ijdele droom is en dat het opleggen van welke straf ook, behalve die van boeten, moet worden verworpen'.⁷ Omtrent juryrechtspraak had De Pinto vol vertrouwen gezegd, dat het voor hem eenvoudig een kwestie van tijd was, omdat men nu eenmaal niet altijd zal kunnen volhouden, dat wat goed is voor Amerika, voor Engeland, voor Frankrijk, voor Duitsland, voor Spanje,⁸ voor België en voor Italië alleen niet bruikbaar zou zijn in Nederland en dat wij alleen niet rijp zouden zijn voor een instelling, die men in alle beschaafde landen óf heeft óf invoert en die men nergens waar men haar heeft zou willen missen.⁹ Een meestal zo goed geïnformeerd man als de Australische rechtssocioloog Geoffry Sawyer zal in 1965 zonder omwegen vaststellen, dat *de* landen van de E.E.G., anders dan Engeland en de Verenigde Staten, alleen in strafzaken en dan nog slechts die van ernstig kaliber, juryrechtspraak kennen.¹⁰ Ook Sawyer is geporteerd voor het instituut van de jury, nog nimmer heeft hij een Australische rechter critiek horen uitoefenen op de werkwijze van jury's.¹¹ Montesquieu, zelf oud-beroepsrechter, had in de 18de eeuw het enthousiasme voor lekenrechtspraak als waarborg tegen machtsmisbruik naar het continent overgebracht.¹² Rechters moesten, in geval van ernstige aanklachten, door de verdachte zelf gekozen kunnen worden of deze moest tenminste de gelegenheid hebben zóveel rechters te wraken, dat wie overbleven geacht konden worden zijn keus te zijn. Dat daardoor rechters en berechten van dezelfde conditie zouden zijn, wordt door Montesquieu niet enkel ingezien maar ook toegejuicht: de gedachte berecht te worden door iemand die het kwaad met je vóór heeft, kan alleen zó de kop worden ingedrukt.¹³ Omstreeks 1870 stond deze zaak bij ons volop in de belangstelling en de verdedigers van de beroepsrechtspraak beriepen zich, naar het schijnt, vooral op het uitzonderlijk hoge zedelijke peil van de nederlandse rechterlijke macht. Een hunner schrijft vol zalving: 'Dikwijls heeft het Nederlandsche volk zich verheugd over de deugdzaamheid zijner magistratuur'.¹⁴ Het stuk is anoniem, maar er is reden om aan te nemen, dat het van een Bossche magistraat was. Deze collectieve blijdschap van het nederlandse volk werd in 1870 zwaar op de proef gesteld doordat toen twee vreemde rechtszaken daterend van '68 en '69 in de publiciteit kwamen. Een voorloper daarvan was de in een amsterdamse krant gehekeld zaak van de opzichter Vogel, die na een 'preventieve gevangenis' van 15 maanden werd vrijgesproken en naar huis gestuurd met de boodschap, dat de justitie zich vergist had. De wijze 'waarop bij ons wordt omgesprongen met de preventieve gevangenis'¹⁵ werd fel gelaakt, zomede de 'geheime instructie'.¹⁶

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

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

Er volgde echter geen officieel dementi want, was het krantebericht niet geheel juist, dán, omdat de werkelijkheid nog erger was. Bij vonnis van 5 oktober 1868 ²⁰, zo bleek, had de rechtbank te Goes de zusjes Maria en Geertje Bek, onderscheidenlijk 9 en 5 jaar oud, wegens een drietal diefstallen ²¹ met als buit naast f 17,50 geen meerdere zaken dan een doos met kindergoed, een doos met babbelaars, een stopnaald en oude lappen, veroordeeld tot de maximum-gevangenisstraf van 7½ jaar, na, zonder enige verdere motivering te hebben overwogen, dat uit het gerechtelijk onderzoek rechtens

voldoende was gebleken, dat de beklaagden ten deze met oordeel des onderscheids hadden gehandeld. Huidige verbijstering en toenmalige verontwaardiging kunnen nog amper stijgen, als we uit hetzelfde vonnis bovendien vernemen, dat het vijfjarige meisje *bij verstek* veroordeeld was. De Pinto en de leidse hoogleraar Goudsmit zijn van de bestrijders van dit vonnis twee representanten, maar er waren ook verdedigers. De meest markante van deze kwam uit Den Bosch en is waarschijnlijk tweemaal op het tournooiveld verschenen, de laatste keer onder signering: de S.L. De Pinto nam alle stukken, die zijn weekblad werden toegezonden op, maar hij liet niet na de verdedigers van dit vonnis in een kort naschrift ²² vóór te houden, dat zij zich achter een hopeloze zaak stelden.

In zijn eigen reactie gewaagde hij opnieuw van zijn eerbied voor de justitie al was dan, wat hij voor een fabel hield een bedroevende maar waarachtige geschiedenis bevonden te zijn.²³ Goudsmit (en zoals blijkt met hem welhaast de hele nederlandse dagbladpers ²⁴) was feller, achtte de zaak bovendien symptomatisch. Hij eiste het ontslag van de officier van justitie conform wiens eis de uitspraak had plaatsgevonden als een zoenoffer voor de geschonden gerechtigheid. Wat de rechters zelf betrof: hun onafzetbaarheid stond buiten twijfel: 'hen treffe alleen de spot en de straf der publieke mening'. De officier had zich echter aan de menselijke gerechtigheid weten te onttrekken niet door te sterven, maar doordat hij kort na ²⁵ de uitspraak van 5 oktober 1868 tot president van de rechtbank te Goes was benoemd. Van het bijzondere gaat Goudsmit naar het algemene over: bij het ontwaren van zo menige rechterlijke dwaling, denkt hij nog aan iets anders. De ervaring heeft hem geleerd, dat de keus van de rechterlijke ambtenaren hier te lande veel te wensen overlaat. Het kwaad schuilt niet in het benoemingsbeleid van de ministers van justitie, wier goede wil en gemoedelijke ernst buiten twijfel staan, maar in de voordrachten der rechterlijke colleges. 'In het algemeen toch wordt daarbij gelet op hoedanigheden, die met die voor den rechterlijken ambtenaar vereist niets gemeen hebben. De één strekt tot aanbeveling zijne politieke of godsdienstige richting, de andere ene schoone familie-naam, een derde zijn behagelijk uiterlijk of de meerdere of mindere gemakkelijheid, waarmede hij zich in de grote wereld of de sociëteit beweegt.'²⁶

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

vijfjarige kleuter zou hebben voorgehouden: wat hebt ge, toen ge het feit volvoerdet gedacht, dat U zou gebeuren, wanneer men U ontdekte? ²⁷

Ook de aanval op de rechterlijke macht in het algemeen en op de benoemingsvoordrachten wordt als onjuist weersproken, nú in het tweede stuk, waarin wij ook ter geruststelling van de natie kunnen lezen, dat uit de Commentaries van Blackstone, steen des aanstoots voor Jeremy Bentham ²⁸, waarmede generaties engelse juristen het veld in werden gestuurd, blijkt, dat in Engeland kinderen niet slechts veroordeeld, maar zelfs opgehangen zijn. ²⁹ De kranten spreken desondanks in dit geval van een 'schandaal van het ergste soort' ³⁰, het woord 'barbaarsheid' valt regelmatig, Goudsmit komt nog eens uitdrukkelijk verklaren, hoe weinig gunstig hij over de *bekwaamheid* van de nederlandse magistratuur oordeelt ³¹, en een zekere W., ongetwijfeld een advocaat en een 'angry young man', laat ons weten dat zij 'met de vinger zijn aan te wijzen, de regters en raadsheren, die geen flauw begrip van recht hebben, noch stijl noch taal kennen en van wie men zelfs moet vaststellen, dat het hen aan gezond *verstand* hapert'. ³² Oud-minister Godefroi tenslotte bevestigt voluit, dat Goudsmit het bij het rechte eind had, toen deze hem als bewindsman tot de tegenstanders van de rechterlijke benoemingsvoordrachten rekende. Hij had immers, zo komt hij verklaren, als minister een wetsvoorstel tot afschaffing van die regeling ingediend, omdat zijn ervaring hem de overtuiging had bijgebracht van de verkeerde werking van de rechterlijke voordrachten. Die afschaffingswet was in 1861 in de Tweede Kamer met 61 stemmen vóór en 4 tegen aangenomen en onder de 61 voorstemmers bevonden zich, op de heer de Brauw na, al de rechterlijke ambtenaren, die leden van de Kamer waren. ³³

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

Wat van dit alles zij, in een tijd, waarin de eerbied voor wetgeving en rechtspraak welhaast sacrale vormen had aangenomen, bestond er wel degelijk felle kritiek op wetten en rechters. Is tóch de situatie, die wij, een eeuw later, onder ogen moeten zien een werkelijk andere? Tot tweemaal toe, in 1969 en 1970, is door twee verschillende voorzitters van de toevallig ook

sinds 1870 bestaande Nederlandse Juristenvereniging³⁵ dit onderwerp in hun openingsrede aangesneden.³⁶ Laten wij ons beperken tot de in 1970 door Langemeijer uitgesproken rede om daaruit te citeren dat, zelfs reeds bij vergelijking met 1960, sindsdien ‘de waardering van recht en juridische werkzaamheid in het algemeen van de kant van de samenleving als geheel grotelijks is veranderd: sterk verminderde bereidheid om zich naar geldende rechtsregels te gedragen, kritiek op de inhoud van het recht, gering-schatting voor de juristen, sterk verlaagde waardering van het recht . . . als ideële waarde en van de rechtswetenschap als een werkzaamheid, die pretendeert de maatschappij van dienst te zijn’. Dit alles wordt door hem gezien als een verschijnsel binnen de westerse samenleving. ‘Ik beken’, aldus Langemeijer, ‘dat ik moeite heb gehad om aan deze en verwante verschijnselen te wennen’. Een dergelijke uitspraak is te meer opvallend, nu zij afkomstig is van iemand, die een leven lang bewezen heeft, geen last te hebben van die bewustzijnsvernauwing, die in welhaast iedere vakkring, maar bijzonder ook in die van juristen pleegt voor te komen en krachtens welke verabsolutering van het eigen vakgebied optreedt, vergezeld van verwaarlozing en minachting van de inspanningen en verworvenheden van andere, met name verwante disciplines. Want wij kunnen wel rustig vaststellen, dat, al hebben zich ook in eigen kring steeds spaarzame stemmen daartegen verheven, de beoefenaars van het positieve recht tot voor kort geneigd waren zich binnen het geheel der maatschappelijke verschijnselen een te belangrijke plaats toe te kennen en dat – daar ligt in ieder geval het verschil met vandaag – de buitenwereld bereid was zich daar, zij het soms mokkend, bij neer te leggen. Termen als: de heiligheid van het recht, eerbied voor wet en wetgeving, eerbied voor de rechterlijke autoriteiten³⁷, die velen onzer nog vertrouwd voorkomen, kunnen niet wegnemen dat de positieve rechtsorde tegenover een groot aantal basis-waarden in het maatschappelijk leven machteloos staat: juristen kunnen de haat, de nijd, de tegenwerking, de hoogmoed, de ongebreidelde ijver- en eerezucht, die tussen mensen bestaan niet verminderen; zij kunnen de burgerrechtelijke gevolgen van het huwelijk regelen, maar niet bijdragen aan wat het huwelijk tot een waarde maakt: onderlinge liefde; maar dat brengt weer werk aan de winkel: scheidingsregelingen. Juristen voorkomen geen oorlogen en vestigen geen werkelijke vrede tussen de volkeren. Ik twijfel er zelfs aan of het positieve recht als zodanig, dat is het recht waaraan men gebonden is, een minimum aan liefde verwerkelijkst, zoals Luyten in een boeiend betoog heeft staande gehouden.³⁸ Dat is ten hoogste een postulaat van het positieve recht, maar ik geloof, dat wij het recht zelfs niet zouden kunnen missen, als dat minimum ontbrak. Éér ben ik geneigd de na-oorlogse Radbruch na te zeggen, dat het ‘positive, durch Satzung und Macht gesicherte Recht auch dann den Vorrang hat, wenn es inhaltlich ungerecht und unzumutbar ist, es sei denn, dass der Widerspruch des positiven Gesetzes zur Gerechtigkeit ein so unerträgliches Mass erreicht, dass das Gesetz als ‘unrichtiges Recht’ der Gerech-

tigkeits zu weichen hat.³⁹ Heeft deze uitspraak van Radbruch, die vóór de oorlog met instemming het woord van Goethe aanhaalde: 'Es ist besser, es geschieht dir Unrecht als die Welt sei ohne Gesetz' ⁴⁰ al de nodige opschudding verwekt als de bekering van een rechtsrelativist ⁴¹ tot een vorm van natuurrecht, zo moet toch worden vastgesteld, dat, als het recht in zich geen verdere aanspraken kan doen gelden op 'Richtigkeit', de beoefenaar van dat recht, hij zij rechtsopteller, rechter, vervolgingsambtenaar of advocaat, grote bescheidenheid past ⁴². Dat betekent uiteraard niet dat wie het met hun werk niet eens is, daaraan alleen reeds een titel tot onbescheidenheid ontleent.

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

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

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

Zoals bekend, heeft men op het continent gedacht door middel van codificaties aan de tweede eis te kunnen voldoen.⁴⁵ De systematische verwerking in wetboeken van de gehele overzienbare rechtsstof in zo klaar mogelijke taal werd als een voorwaarde beschouwd voor een absolute suprematie van de wet over de rechterlijke beslissing. Hegel roemt de regenten, die hun volkeren een 'geordnetes und bestimmtes Gesetzbuch' gegeven hebben als 'die grössten Wohltäter derselben' en zegt van hen dat zij 'damit einen grossen Akt der Gerechtigkeit exercirt haben'.⁴⁶ Dat dit mes van twee kanten sneed werd aanvankelijk allerm minst als bezwaar ervaren.⁴⁷ Het groots opgezette

wetssysteem is uit de aard van de zaak een star systeem. Een kleine bouwsteen er uit halen, betekent het gehele bouwwerk aan het wankelen brengen. Maar wie codificatie tevens zag als uitwerking en weergave van natuurrechtelijke beginselen – en dat waren er velen – die sprak niet óver, die dacht niet áán verstarring als hij de onveranderlijkheid waarnam van wat voor altijd en iedereen geldende heilige beginselen tot positieve wet verklaarde. Men bedenke hierbij tevens, dat de moderne codificatie een der vruchten van de franse revolutie was en grondbeginselen van die revolutie in rechts-termen pretendeerde te vertalen. Max Weber⁴⁸, Julius Stone⁴⁹ en anderen hebben erop gewezen, dat de revolutionair zich, uitdrukkelijk of stilzwijgend, op natuurrecht pleegt te beroepen om de omverwerping van het bestaande, waaronder de vigerende rechtsorde, te rechtvaardigen. De gebondenheid aan de positieve wet vervalt immers als deze met het natuurrecht in strijd is.

Was trouwens, zo laat zich vragen, met codificaties wel te bereiken, wat werd beoogd: een sluitend en gesloten systeem, aan de hand waarvan de rechter zonder ander hulpmiddel dan de eerste syllogistische figuur van Aristoteles⁵⁰ het geval kon beslissen?

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

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

Daarmee blééf het eerste probleem: hoe de rechters er toe te brengen in alle gevallen de wet strikt toe te passen. Twee wegen zouden, zo lijkt het, daartoe garantie kunnen bieden, de eerste: de rechter dwingen de wet toe te passen en hem desnoods straffen of ontslaan, als hij dat niet doet en, andere mogelijkheid, controle óp en rectificatie ván wetstoepassing door rechters in handen leggen van één van de beide andere machten. De bekoring was groot. Daartoe houde men in het oog, dat, waar thans de rechter vaak wordt beschouwd als handlangers van wet en bestuur, destijds bestuurder en wetgever de rechter veeleer als een dwarsligger ervoeren, tegen wie men

zich moest wapenen. Beide oplossingen echter druisten zozeer in tegen het beginsel der machtenscheiding, dat aanvaarding van één daarvan verraad zou betekenen aan de mythe van de vrije burger. 'Tout seroit perdu', roept de anders zo kalme Montesquieu uit, als de drie machten in één hand verenigd werden. Toch is in Frankrijk sinds 1789 aanvankelijk de cassatie korte tijd in handen gelegd van het Corps législatif, en daarna, gedurende langere tijd van de uitvoerende macht.⁵² Al spoedig echter werd de zorg voor de juiste toepassing van de wetten toevertrouwd aan onafzetbare en onafhankelijke rechters, waarmee de opgave: rechters dwingen de wet toe te passen om bij gebreke daarvan hetzij hun beslissing hetzij henzelf te corrigeren, als een onmogelijke werd terzijde gelegd.

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

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

Soms was het anders. In het Frankrijk van vóór en rond het begin dezer eeuw is 'president Magnaud' bekend geworden als 'le bon juge', omdat hij zich in beginsel bij zijn beslissingen van de wet niets aantrok. Anatole France, onvermoeid hekelaar van justitie en rechtspraak, raakt niet over hem uitge- praat.⁵⁶ De inhoud van zijn beslissingen is voor het merendeel in overeen- stemming met wat nu wet is: hij was misschien niet zijn tijd, wel de wet voor- uit. Zijn voorbeeld vond echter zelfs in Frankrijk geen navolging, zijn beslis- singen hielden geen stand. Slechts dan is er een garantie, dat de rechter, die

met de wet geen rekening houdt, steeds een ‘bon juge’ zal zijn, als men zich vanuit rechtvaardigheidsoogpunt in het geheel niets van de door velen tot stand gebrachte wet en bijna alles van de door weinigen zelfstandig gevormde beslissingen mag voorstellen. De ‘Freirechtslehre’, die aan Ehrlich haar naam, niet haar ontstaan dankt en die in wezen ook de volslagen onafhankelijkheid van de rechter tegenover de wet voorstond, zocht anders dan Magnaud wel naar een wetenschappelijke verantwoording van haar standpunt en heeft daardoor zeker ook enige betekenis gehad voor de verdere ontwikkeling van de verhouding tussen wet en rechter, maar kon door haar eenzijdige benadering van die verhouding zelfs in Zwitserland, waar artikel 1 van het nieuwe burgerlijke wetboek als het ware op haar maat gesneden was, geen voet aan de grond krijgen.⁵⁷

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

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

Wat meer aandacht verdient is, dat De Pinto er een flink aantal echt gehangen en over heeft om een wet afgeschaft te krijgen, die reeds in de veertiger jaren niet meer werd tenuitvoergelegd. Het moge waar zijn – en ook voor vandaag zijn betekenis hebben – dat consequente toepassing van

bestaande wetten deugdelijker middel tot snelle afschaffing daarvan kan zijn dan een aarzelende houding⁵⁹, die bovendien tot rechtsongelijkheid leidt, het is vooral óók duidelijk, dat er een keuze is gedaan, die aangevochten kan worden, als het artikel sluit met de volzin: 'Maar vóór alles eerbied voor de wet, zelfs voor de wet van de beulen als voor de wet van de make-laars⁶⁰,' een keuze toch die volstreekte gelding blijft geven aan wat als onrecht wordt ervaren, als het maar op de wet berust, omdat het alternatief is én rechtsonzekerheid én mogelijkheid van rechterlijke willekeur.

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

Er moet echter ook op een zich baanbrekend nieuw aspect van de rechtsbeschouwing worden gewezen. Geleid door Marx, Engels en Proudhon raken de industrie-arbeiders op drift. De vrijheid, die de bourgeoisie zich met de franse revolutie had verworven, wordt door hen ervaren als een zeer onvolledige vrijheid. Natuurlijk drukten zij zich anders uit, want de op feodalisme, privileges en heerlijke rechten gewonnen vrijheid van de burger, brengt hén niet dan onderdrukking, armoede, werkloosheid. En thans openbaart zich een van de antinomieën van het positieve recht: wat tot stand kwam als bescherming van de nieuw gewonnen vrijheid, is tevens verzet geworden tegen een spontane doorbraak naar verdere ontwikkeling van die vrijheid, biedt als uit de aard van zijn wezen weerstand daartegen. Dat betekende zeker niet, dat daarom het bestaande recht onaantastbaar en onveranderlijk was, maar er waren er velen, die het zo wilden gaan zien. Het is de tijd dat liberalisme en socialisme voorgoed uit elkaar gaan. Van bepaalde zijde voelt men geen behoefte meer deze of gene verkeerde wet, die of een andere onbekwame rechter te hekelen, de wetgeving zélf en het collectivum van rechters – trawanten van de rechtsorde – worden verworpen. Is het een wonder, dat rechters bereid zijn de wet toe te passen, zo heet het, als zij zich en de hunnen daarmee beschermen? De reactie is duidelijk: uit vrees voor de al-omverwerpers worden wetten, hoe beroerd ook, rechters, hoezeer ook

onbekwaam, uitgeroepen tot onaantastbare grootheden, onaantastbaar niet om der wille van recht en gerechtigheid, maar uit zelfconservering. Het positivisme, dat uit deze geesteshouding voortvloeide, is van geheel andere aard dan dat van mensen als De Pinto. Naar buiten kan het zich op dezelfde wijze opstellen, subjectief soms wel te goeder trouw: toch heeft de ideologie van de wetsgetrouwheid door dik en dun met de Socratische aanvaarding van zelfs de slechte wet in wezen niets gemeen.

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

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

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

Ten derde is daar het uiterst belangrijke inzicht, dat baanbrak inzake de verhouding van algemene regels (wetten) tot concrete gevallen, hierop neer-

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

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

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

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

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

voortgang inzake de methoden der rechtsvinding veroorzaakt of minstens bevordert is door de maatschappelijke structuren en dat de belangentegenstellingen, die scherper werden ervaren, de voedingsbodem waren waarop een zelfs puur wetenschappelijke 'Interessenjurisprudentz' kon gedijen?⁷¹ Wie dat inziets beseft ook, dat de nieuwe belangen zich eerder en duidelijker manifesteerden in de concrete beslissing, die van de rechter gevraagd werd, ook al loochende die uiteindelijk deze belangen⁷², dan in de algemene regel. Zal als straks het stakingsrecht wettelijk geregeld is, voorspel, aanleiding en oorzaak daarvan niet gezocht moeten worden in tegen- en samenspel tussen maatschappelijke werkelijkheid en rechterlijke beslissing?⁷³

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

De opvatting vooreerst, dat alle positieve recht zich rechtstreeks tot de rechter richt, reeds door Scholten als weinig verhelderend aangemerkt⁷⁴, kan bij nadere beschouwing geen stand houden, omdat zij in strijd is met de werkelijkheid van de rechtsregel, die, naar het mij voorkomt, in ideaaltipe drie elementen bevat: gij behoort U zo te gedragen of: ge moogt U aldus niet gedragen, waarin het zedelijk aspect van de regel uitdrukking vindt; het imperatieve aspect vervolgens dat ons beveelt ons zo te gedragen als het behoort en tenslotte het sanctionele: doet ge dat niet dan zal U de straf, de verplichting, de schadevergoeding worden opgelegd, die de rechter conform de wet zal vaststellen. Slechts waar het betreft het opleggen van sancties richt de wet zich tot de rechter en dan nog slechts onder voorwaarde, dat het zedelijk gevorderde, dat de wet tot een moeten verklaart, aan zijn oordeel wordt onderworpen. De eigenlijke gedragsregel, die direct of indirect uit de imperatief van de wet valt te putten, richt zich echter tot ieder van ons: gij moet Uw minderjarige kinderen verzorgen en opvoeden, ge moet het door U gekochte betalen, ge moet een rijbewijs hebben als ge een auto wilt besturen. Zijn die regels zinloos, tenzij ze door sanctie afdwingbaar zijn? Dat is een miskenning van haar oorsprong: geen recht houdt stand dan wanneer het verplicht tot wat in de gemeenschap vrij algemeen als verplichtend geldt. De spanning tussen het meerderheidsoordeel binnen de gemeenschap en het zedelijke als zodanig is daarmee niet opgeheven, maar een ieder zal wel inzien, dat de rechtsregel wel dwangregel is, maar dan ook beide: dwang én regel, waarbij nogmaals wordt benadrukt dat het woord: regel, dubbelzinnig is en zowel aanduidt wat pleegt als wat behoort te geschieden.⁷⁵ Het is niet de rechter, die de regel door haar toe te passen als vereist gedrag aan de

rechtsgenoot oplegt, maar deze, die de rechter opdraagt de regel toe te passen, omdat hij haar wenst te zien toegepast.

Dan is er vervolgens de nominale macht van de rechter: zijn beslissing is bindend en afdwingbaar, zij kan algemeen geldend worden. Wat betekent dan nog de algemene regel? Ik heb daarover reeds betoogd, dat het niet gaat om wat kan gebeuren, maar om wat meestal geschiedt. Het is waar, dat de rechter van de wet en van het systeem van de wet kan afwijken, *omdat hij dit wil*, en dat men daar machteloos tegenover staat. Het gebeurt ook. Het gebeurt echter met name waar de rechter de wil van een ander – de staat, de dictator – in zijn beslissing boven die van de wet stelt.⁷⁶ Wanneer men er met mij van uitgaat, dat het systeem van de nederlandse positieve wetgeving is gebouwd op de gelijkwaardigheid van alle mensen voor de wet, daargelaten nu of het deze in zijn concrete bepalingen realiseert, dan kan geen beslissing, conform aan die wetgeving vallen, waarin de gelijkwaardigheid principieel afhankelijk wordt gesteld van toevallige omstandigheden, want dat betekent erkenning van onvrijheid, slavernij. En toch zal men in 1938 een beslissing kunnen aantreffen, krachtens welke de voltrekking van een burgerlijk huwelijk in Nederland tussen een man, die in 'zijn 'vaderland' als 'Jude' bekend stond en een vrouw van 'deutschen Blude' geweigerd werd, onder meer op grond, dat 'de rechtbank niet kan onderschrijven, dat het beginsel van de menselijke gelijkwaardigheid een zodanig essentieel bestanddeel van ons recht en van onze openbare orde zou uitmaken, dat Nederland ook aan vreemdelingen, die zich gedurende korte of lange tijd op ons grondgebied bevinden, die menselijke gelijkheid met betrekking tot de bevoegdheid om een huwelijk aan te gaan heeft te waarborgen, ook in die gevallen, waarin de nationale wet van de vreemdelingen op grond van een door haar gemaakt onderscheid in ras een huwelijk tussen hen verbiedt'.⁷⁷ Gelukkig waren er in die tijd ook andere beslissingen.⁷⁸ Incidenteel kan, wat de Engelsen noemen 'window dressing' zeker voorkomen. Maar op zich genomen demonstreert het slechts het onvolmaakte van al het ondermaanse. Wie op deze grond toetreedt tot het leger van de rule-scepticisten, moet zich eens verdiepen in wat Hart in zijn prachtige boek: *Concept of Law*, ter weerlegging daarvan heeft gezegd.⁷⁹ Daaraan kan nog slechts het volgende worden toegevoegd: als rechters in het algemeen niet in strijd mét en onder veronachtzaming van de wet rechtspreken, kan dat twee oorzaken hebben, waarvan de eerste is: hun inzicht, dat zij aldus de grenzen van hun macht te buiten gaan. Voor wie met, om maar enkele namen te noemen, Montesquieu, Kant en Acton⁸⁰ de overtuiging is toegedaan, dat elke machthebber van nature geneigd is de grenzen van zijn legitieme machtsuitoefening te overschrijden, lijkt het weinig aannemelijk, dat juist rechters aan die verleiding weerstand zouden kunnen bieden. De andere oorzaak is echter, dat rechters in feite de macht om wetten naast zich neer te leggen niet bezitten. Ik ben ervan overtuigd (en ik wijs er op, dat ik zelden van een dergelijke categorische

formulering gebruik maak) dat dít de exacte weergave van de huidige stand van zaken is. Rechters die als lasthebber van een absoluut monarch, in welke vorm dan ook optredend, door deze geruggesteund of door deze gedwongen, rechtspraken of spreken, bezitten de macht, om wetten te laten voor wat zij zijn, wél. Ontvalt hun deze steun, dan zijn zij machteloos. Als rechters thans principieel van de wet zouden afwijken, waar het *hun* goeddacht, uit overweging dat, wat zij willen wet is, zouden zij in de kortst mogelijke tijd de rechterlijke macht in deze vorm afschaffen. Want onafhankelijkheid en afzetbaarheid van rechters moge een in het volk diep verankerd rechtsbeginsel zijn, zij zijn uiteindelijk gegrond op wettelijke bepalingen, die de vrijheid van de rechtsgenoot beoogden en rechters, die zich van de wet niets aantrekken, zullen niet met een beroep op de wet A.B.⁸¹ aan de kant worden gezet, maar vanuit de overtuiging, dat hun beslissingen non-existent en dus waardeloos zijn. Dat dit niet gebeurt is, komt omdat de rechters dit beseffen en zich naar dat besef gedragen. Wanneer de rechtspraak incidenteel van de wet afwijkt – men denke aan het verbod van echtscheiding krachtens onderlinge overeenstemming van de gehuwden – dan is dat omdat zij daarbij de instemming heeft van het overgrote deel van de rechtsgenoten en verder gaat zij niet. Wijken rechters met dergelijke instemming van de wetgeving als geheel af, dan is de rechtsorde definitief vernietigd en de revolutie een feit. Het zullen dan andere rechters zijn, die rechtspreken op grond van reeds aangenomen of minstens reeds aanvaarde andere wetten ,en wat anders is er dan aan de hand dan dat andere wetten – getrouw – door andere rechters worden toegepast? Dit is, denk ik, de betekenis van Langemeijers te weinig beroemd geworden uitspraak: ‘De rechter kan niet rechtspreken en revolutie maken tegelijk’.⁸² Wel zal de rechter krachtens deze macht de volstrekt onrechtvaardige wet, waarover Radbruch spreekt, moeten negeren om te voorkomen, dat hij zich, als in het Duitsland van Hitler schuldig maakt aan moord door een uitspraak waarbij hij, die duidelijk onrechtvaardige wet opvolgend, de doodstraf uitspreekt.⁸³

Als dan toch de verhouding tussen wet en rechter drastisch is gewijzigd, kan dat slechts zijn reden vinden in de nieuwe inzichten, die baanbraken, omtrent de intrinsieke mate van gebondenheid van de individuele *beslissing* aan de algemene regel. De werkelijkheid als feitelijkheid, maar ook als in de ‘Natur der Sache’ gelegen waardering van die feitelijkheid, dringt zich tussen regel en beslissing in. Maar die werkelijkheid in feit en waardering is voor de rechter een gegeven, dat hij weliswaar al dan niet onderkent en al dan niet juist waardeert, maar niet iets dat hij krachtens zijn wil schept.⁸⁴ Zij is ook niet de enige determinant van zijn beslissing, maar staat in spanningsverhouding tot de imperatieven van de algemene regel, die rekbaarheid heeft, maar met elastiek dan ook de eigenschap gemeen heeft op de meest ongelagen momenten te kunnen knappen. ‘Einzelfallgerechtigkeit’, zoals onze oosterburen het zo indrukwekkend noemen, staat wel in een zekere span-

ning tegenover normgerechtigheid, maar zoals de laatste geen recht meer is als zij de werkelijkheid van het bijzondere geval miskent, zo kan gene slechts recht zijn als zij aan de norm ontleend en tot de norm herleidbaar is. Probleemdenken en systeemdenken mogen in de praktijk van de rechtsbeoefening geen tegenstellingen zijn⁸⁵ omdat recht, dat geen regels – en dus geen systeem – meer erkent, een functie, die het tot recht maakt mist: de verschaffing van algemene patronen van handelen, van rechtszekerheid en voorspelbaarheid van de rechterlijke beslissing, die haar in actu overbodig maakt. 'Het recht der werkelijkheid'⁸⁶ blijft ook in de rechterlijke beslissing normgebonden, zoals de norm door de werkelijkheid wordt beïnvloed en méde bepaald.

Op dit punt zij er aandacht aan geschonken, dat de 'Interessenjurisprudentz', die de 'Begriffsjurisprudentz' verdreef, op haar beurt later door velen werd verlaten, die zich tot een 'Wertjurisprudentz' bekenden, waarin het niet om belangen, maar om waarden gaat, die in recht en rechterlijke beslissing om voorrang en ordening strijden. Dat niet alleen de wetgever, maar ook de rechter bij zijn beslissingen een rangorde van waarden dient te hanteren en dit doet, soms zonder dat hij het zich bewust is, volgt uit wat is gezegd over de verhouding van de regel tot de beslissing. Maar al hebben de aanhangers van de drie opvattingen elkaar wetenschappelijk naar het leven gestaan en eigen leer verabsoluteerd, is het wellicht tóch niet te verdedigen, dat hier slechts een ontwikkeling in de methode van de rechtsvinding plaatsvond, waarbij het nieuwe het oude niet vernietigde maar aanvulde en dat er sprake is van een drieslag, waarin systeem en belang opgeheven werden tot de daaruit voortvloeiende maar niet daarin opgaande waarden, welke recht en rechtsbeslissing verwezenlijken? En ziet men dan ook in de rechtswaardenleer de onderscheiding aangebracht tussen Werthöhe en Wertstärke⁸⁷, lijkt het dan niet of in een wereld, waarin het wettelijk systeem zijn rol moet blijven spelen, maar waarin belangen en waarden pluriform worden gewaardeerd, in de wereld kortom van het conflict, opnieuw de opgave wordt gesteld en ingezien om te komen tot een optimale verbinding tussen het gewenste en het goede?

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

la vertu'.⁹⁰ De betekenis van de mens te erkennen, ook als hij niet is homo economicus, is niet de geringste opgave van een zuivere rechtswaardenleer.

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

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

toevallige passant, die ons dorp voorbijkomt of van een marktkoopman aan wie wij op marktdag al onze geschillen ter onmiddellijke standrechtelijke beslissing toevertrouwen.⁹³

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

Anders is het gesteld met de wijze van gezagsuitoefening door de rechter, die direct ingrijpt in de positie van partijen en verdachten. Men kan van rechters niet verlangen, dat zij engelen zijn, al zullen misschien velen van hen hun collega's herkennen in Rilke's befaamde engelenbeeld: 'zij hebben alle moede monden en lichte zielen zonder zoom'. Wel kan men eisen, dat ieder die met de rechter te maken krijgt toegesproken wordt in een taal, die voor hem werkelijkheid wordt.⁹⁵ Als de rechter de man onder wie beslag is gelegd voor de schuld van een ander aanspreekt als derde-gearresteerde, getuigt het van intelligentie als deze zich daarover verontwaardigd toont en voorts informeert naar de beide andere arrestanten. De juridische vaktaal is, denk ik, voor de rechtswetenschap onmisbaar maar in de samenspraak tussen rechter en rechtsgenoot moet zij gemedend worden, omdat die samenspraak van werkelijk belang is, maar dat slechts kan zijn als de sprekers elkaar verstaan.⁹⁶ Ook zal de rechter in zijn contact met de rechtsgenoot van geen onwelwillendheid, ongeduld, barsheid of verveeldheid mogen blijken geven. Daardoor immers maakt hij de man of vrouw, die vóór hem staat, of, voor mijn part náást hem zit, en die toch al in een hem totaal vreemde omgeving en situatie verkeert, waarin het echter wél om zijn belangen gaat, tot iemand, die niet op maximale wijze tot zijn recht kan komen. Het risico dat van deze houding misbruik wordt gemaakt, zal de rechter moeten aanvaarden. Dat betekent niet, dat de rechter de gelijke is van partijen en verdachten en zich als zodanig moet gedragen. Hij is mogelijk zelfs in alles hun mindere behoudens dan in een opzicht: hij is geroepen op zo goed mogelijke informatie en zo goed mogelijke gronden een gezaghebbende beslissing te

geven. Dat de rechtspraak verbeterd zal worden door rechtszittingen te verstoren of door gemeenschappelijk op de tafel van de rechter te klimmen onder het zingen van protestliederen, betwijfel ik dan ook sterk.

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

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

Ook als dit is of wordt bereikt, is de rechterlijke macht gedoemd en gezegend om 'en quelque façon nulle' te blijven. Rechters zijn 'met recht zonder macht'. Schopt men te hard en te veel tegen hun stoel, dan valt niet deze

om, maar de onafzetbare rechter er uit. Die lege stoel zal dan spoedig weer bezet zijn, want voor het rechtsbedrijf geldt het woord van Sartre voorlopig in alle gestrengheid: Continuons. Maar ook dan zal dra blijken, dat geen rechterlijke vrijheid op persoonlijke macht gebaseerd kan zijn, dat recht-spraak slechts door macht ondersteund, niet op macht gegrondvest is, want macht is de vorm van de vrijheid maar tevens haar negatie.

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

Heren curatoren,

Toen de portugese schrijver José Duarte Ramalho Ortigio in 1883 Nederland bezocht en van zijn bevindingen verslag deed in een boek vol lofprijzingen, wijdde hij het laatste, verreweg het kortste, hoofdstuk daarvan aan de intellectuele ontwikkeling hier te lande. Hij schreef onder meer: 'Het college van curatoren is een specifiek nederlandse instelling. Elke universiteit heeft zijn eigen curatorium, uit 5 voornamen bestaande. In geen ander land in Europa vindt men dit verschijnsel: vijf mannen, volkomen buiten de praktijk van het onderwijs staande, die in naam van de wetenschap de hoogste belangen van een universiteit behartigen in volkomen harmonie met het docentencorps zonder enig conflict over technische competenties en in volmaakte geest van vrijheid en vooruitgang'.⁹⁸ Nu ook in Nederland dit unieke verschijnsel dreigt te worden uitgeroeid en de portugese bezoeker van het Nederland van 1983 mogelijk nog wel universiteiten, maar niet meer de 5 wijze mannen van weleer zal aantreffen, voel ik enige voldoening en aanzienlijke dankbaarheid, dat het U, curatoren, met zelfs meer dan 5 in getal, heeft goedgeacht mij aan deze universiteit tot het geven van onderwijs in de inleiding en de algemene rechtsleer te benoemen.

Dames en heren leden van de academische senaat,

Wij groeien vast in tal en last en dat is wel de reden, waarom het genoeg deel uit te mogen maken van Uw college, dat – heb ik het wel begrepen – al evenmin als institutie het jaar 1983 zal aanschouwen, tenzij dan als een uit as verrezen fenix, nog niet geleid heeft tot een frequente interactie met ieder Uwer. Hoe weinig dat U en Uw college moge deren, ik houd er mij van verzekerd, dat mijn derving aan wijsheid dientengevolge, met geen smartegeld is goed te maken.

Heren leden van de faculteit der rechtsgeleerdheid, dames en heren leden van de wetenschappelijke en administratieve staf van het juridisch instituut,

Vriendschappelijke medewerking, geduld en gemoedelijke hulpverlening mocht ik in het voorbije jaar van U ondervinden. Hoe nodig dat was, weet alleen die het ondervond. Van mijn dankbaarheid kan ik wel gewagen, de maat ervan tot uitdrukking brengen is minder licht. Ik hoop volgens al-oude beginselen van ruilrechtvaardigheid mijn schuld in de toekomst eniger-mate te kunnen vereffenen, maar dat houdt in, dat gij mij reeds surséance van betaling hebt verleend en het staat te bezien of ge daarin niet een ak-koord zult moeten toestaan, vór beneden de 100 %.

Dames en heren leden van de rechterlijke macht

In uw midden leerde ik, dat de opgave, die het rechtsleven stelt aan hen, die in moderne verhandelingen decisionmakers en social engineers worden genoemd, de paradoxale bereidheid vraagt van inzet van de hele persoon en uitschakeling van al het persoonlijke, behoudens in allerlaatste instantie van het geweten. Dat ook de rechterlijke macht deel heeft aan de crisis, waarin de maatschappij zich bevindt, kan alleen hem verwonderen, die niet beseft met hoeveel strengen de rechtspleging aan die maatschappij is verbonden zonder dat nochtans beider bewegingen volstrekt éénparig kunnen en mogen zijn. Ik denk, dat de jaren, die ik als advocaat, als hulp-griffier en als rech-ter temidden van U beleefde, de vriendschap en hartelijkheid, die ik daarbij ondervond, maar ook de critiek, die eigen kritische instelling wel bij U op-riep, mijn inzicht zoveel heeft verrijkt als binnen de maat der eigen moge-lijkheden realiseerbaar was.

Met schroom, maar uit aandrang van gemoed, die tot spreken noopt, ge-waag ik nog een keer van de onverholen bewondering, die ik mijn leven lang voor mijn reeds lang geleden overleden vader blijf koesteren om wat hij in mijn vroege jeugd mij voorleefde; met blijdschap mag ik vaststellen, dat mijn moeder, nog altijd het geestelijk en geestig middelpunt van onze familie, mét deze, hier aanwezig is. Van gevoelens als hier aangeraakt zijn woorden een gebrekkig voertuig, zoals zij tekort schieten als ik zou willen getuigen van de liefde en voortdurende steun, die mijn vrouw mij gaf.

Dames en heren studenten,

Een jaar of zes geleden hield te Rotterdam een tot hoogleraar benoemd oud-rechter zijn inaugurale rede. De paardensprongen, die hij het recht toen liet maken, zijn een verrijking voor de rechtsdogmatiek.⁹⁹ Ik wil nu echter een ander onderdeel van die rede belichten. Hij vermeldt, dat een gezaghebbend rechtsgeleerde hem verzekerd had, dat het professoraat hem wel zou beval-len, omdat het een instelling is die uit het paradijs stamt. Inmiddels heeft hij,

naar ik aanneem vrijwillig, de Hof van Eden verlaten om zijn intrek te nemen in het Hof van Amsterdam. Zou ik ooit al van mijn huidig beroep dergelijke verwachtingen hebben gekoesterd, dan heeft reeds voor mijn benoeming een klein maar voortvarend deel Uwer mij van zulk misverstand genezen. Er zijn paradijselijker en rustiger werkkringen dan die aan een universiteit in beweging. Maar rust is niet de normale toestand van de dingen en mensen op het ondermaanse. Alles beweegt, tenzij er krachten zijn die het stopzetten. Het afgelopen jaar heeft mij in ieder geval geleerd, dat ik nog veel moet leren, maar ook, dat gij bereid zijt dat te aanvaarden. Als ik in staat zal zijn, zoals ik hoop, u in de toekomst enige rechtsinzichten te geven, die ook buiten de boeken hun waarde behouden, zal dat slechts kunnen gebeuren vanuit een geesteshouding als die waarvan de 61-jarige Lord Acton, benoemd tot hoogleraar in de moderne geschiedenis te Cambridge blijkt gaf, toen hij zijn college begon met de korte allocutie: Fellow-students.¹⁰⁰

Ik heb gezegd.

NOTEN

1. Alleen in het zogenaamde burgerlijk strafrecht. In het militair strafrecht bleef de doodstraf bestaan voor ernstige misdrijven in oorlogstijd. De Tweede Kamer stemde vóór afschaffing in de verhouding 48-30 bij twee afwezigen. In de Eerste Kamer was de meerderheid vóór veel krapper: 20-18, en een lid afwezig. De Tweede Kamer beraadslaagde vijf dagen. In de Eerste Kamer is getracht de stemming uit te stellen totdat de Frans-Duitse oorlog was beëindigd. Bekend is, dat de doodstraf in het burgerlijk strafrecht weer werd ingevoerd voor 'oorlogsvergripen', zulks bij het Londense Besluit (K.B.) van 22 december 1943, later overgenomen in de Wet Oorlogsstrafrecht van 10 juli 1952 (met wijzigingen). De meerderheid vóór dogma-verklaring der onfeilbaarheid was heel wat groter. Ik geloof, dat er maar twee tegenstemmers waren, van wie nog gezegd werd, dat zij dit deden omdat zij niet van de laatste beraadslagingen en afspraken op de hoogte waren. Er bleven echter bij de stemming vele kardinalen weg.
Over het probleem van de doodstraf, in Engeland de laatste jaren nog zo actueel, het boeiende artikel van H. L. A. Hart: *Murder and the principles of punishment: England and The United States*, in: *Punishment and Responsibility, essays in the Philosophy of Law*, Clarendon Press, Oxford 1968, pag. 54-89. Het artikel is in 1957 geschreven.
2. Het meervoud kan hier letterlijk worden opgevat. In 1870 verbleef niet alleen de toen nog jonge Herman Schaepman (26 jaar) voor studie te Rome, direct in verband met het concilie kwam daar toen ook Mgr. A. I. Schaepman, aartsbisschop van Utrecht. Ondanks hun verschillende positie, waren zij beiden vurig voorstander van de dogma-verklaring. De 'ultramontaan in hart en nieren', Herman, voegde zijn Duitse vrienden toe: 'Wenn die Infallibilität nicht proklamiert wird, dann sind Sie alle in zwanzig Jahre Rationalisten'. Zie o.a. Jos van Wely o.p.: Schaepman, uitgeverij Brand, Bussum, 1954, pag. 83-99.
3. De Pinto voert in zijn artikel overigens ook het bekende 'utilitaristische' argument reeds aan: 'er is nog nooit iemand geweest, die heeft kunnen aantonen, dat dáár, waar men van de doodstraf heeft afstand gedaan, het getal der groote misdaden is toegenomen. Het tegenovergestelde verschijnsel heeft zich veeleer geopenbaard...'.
In onze tijd zou het belangrijk zijn als men kon nagaan of afschaffing van zware vrijheidsstraffen voor bepaalde vergripen op de frequentie daarvan enige invloed heeft.
4. Zie het voorwoord van W. Pompe bij de Nederlandse uitgave van: *Unschuldig Verurteilt*, geschreven door Herrmann Mostar (Prisma-serie no. 272 van het Spectrum te Utrecht): 'Een rechter, die thans een hoge positie in de Nederlandse rechtspraak inneemt, heeft mij eens de stelling betwist dat iedere rechter, die duizend veroordelingen heeft uitgesproken daarbij zeker enige onschuldigen heeft veroordeeld'.
5. Opgenomen in het W. v. h. R. 1870, no. 3195, pag. 4.
6. Hij had zich daarbij ook kunnen beroepen op de praktijk van de militaire strafpleging. In het W. v. h. R. uit de veertiger jaren (de exacte vindplaats is mij helaas ontschoten) staat een klein berichtje, vermeldende, dat een soldaat, die tot de doodstraf was veroordeeld wegens belediging en wegens het slaan van een meerdere, gratie heeft gekregen in de vorm van tien jaren kruiwagenstraf. Letterlijk schrijft De Pinto: 'Wanneer eenmaal de wet zal hebben uitgemaakt, dat de doodstraf eene nuttige en noodige zaak is, die moet worden gehandhaafd, dan zal geen minister van justitie meer verantwoord zijn, die medewerkt tot de stelselmatige ontduiking der wet alleen omdat zijn subjectieve mening hem iets anders zegt (W. v. h. R. 1870, no. 3170, pag. 1).

7. W. v. h. R. 1870, no. 3200, pag. 4.
Zie ook het Rapport Vermogensstraffen, uitgebracht in 1969 door een commissie onder voorzitterschap eerst van mr. F. M. Westerouen van Meeteren, later van mr. W. C. van Binsbergen (uitgegeven bij de Staatsuitgeverij): bij gelijke effectiviteit moet steeds de voor de delinquent lichtste sanctie worden gekozen (2.6. pag. 14) en: onvoorwaardelijke vrijheidsstraf dient ultimum remedium te zijn en als zodanig teruggedrongen te worden tot het onvermijdelijk minimum (3.4. pag. 23).
8. Elders in het W. v. h. R. (1870, no. 3192, pag. 6) meldt een schrijver echter, dat alleen Nederland en Spanje van jury-rechtspraak verstoken zijn.
9. W. v. h. R. 1870, no. 3178, pag. 1.
10. 'Law in Society', uitgave: At the Clarendon Press, Oxford 1965, pag. 80: Today in the countries of the European Economic Community their use is confined to serious crime and often in forms which an Anglo-American lawyer would hardly recognize.
11. Zie daarentegen de ongemeen felle kritiek op juryrechtspraak, vooral in civiele zaken, van Jerome Frank in: Courts on Trial, Myth and Reality in American Justice, Princeton University Press, 1950, met name in de hoofdstukken 8 (The jury-system) en 9 (Defense of the jury-system – proposed reforms), pag. 108–145.
12. In het beroemde hoofdstuk 6, van het elfde boek uit 'De l'esprit des lois': De la constitution d'Angleterre, waaraan ook het in de tekst direct hiernavolgende is ontleend. 'C'étaient d'ailleurs la connaissance des institutions judiciaires anglaises, la haute autorité professionnelle et morale des grand juges anglais, et surtout l'institution du jury, qui avaient sans doute inspiré à notre grand philosophe sa conception particulière du pouvoir judiciaire.' Aldus: Esmein (bewerking door Barthélémy, later Nézard van) Eléments du droit constitutionnel français et comparé, 7 ed., 1921, eerste deel, pag. 463.
13. Ook de 'grands', die altijd blootstaan aan afgunst, dienen volgens M. beschermd te worden tegen kwaadwilligheid en wel op een verregaande manier: zij moeten worden berecht door dat deel van het *wetgevend* lichaam, 'qui est composée des nobles'.
14. W. v. h. R. 1970, no. 3200, pag. 4.
15. De preventieve hechtenis is van ouds een der moeilijkst te rechtvaardigen en te hanteren instituties geweest van het (straf)recht. Zie reeds Hobbes in Leviathan: 'Imprisonments... may happen from two divers ends, whereof one is the safe custody of a man accused... The former is not punishment; because no man is supposed to be punished, before he be judicially heard and declared guilty. And therefore whatsoever hurt a man is made to suffer by bonds, or restraint, before his cause be heard, over and above that which is necessary to assure his custody, is against the law of nature (Pelican Classic, pag. 358–359).
Dat wij sinds 1870 nog niet zo ver gevorderd zijn moge blijken uit het navolgende citaat uit het W. v. h. R. 1870, no. 3190, pag. 6:
Het Alg. Dagbl. v. Ned. verlangt van de minister van justitie een wetsontwerp tot afschaffing van de preventieve gevangenis... Er is in de beschouwingen van dat dagblad voor het overige veel waarheid. Ook wij hebben meermalen ons ernstig verzet tegen de wijze waarop men bij ons nog gewoon is de preventieve gevangenis toe te passen, maar men gaat toch te ver, indien men haar geheel wil afschaffen. Er zijn, menen wij, nog zeer enkele gevallen, waarvoor zij op dit oogenblik niet kan worden gemist, maar wanneer zij daartoe beperkt wordt, dan zal er maar zeer weinig van de zaak overblijven. De vrees voor ontvluchting houden wij in den regel voor volkomen hersenschimmig...'.
16. W. v. h. R. 1870, no. 3192, pag. 6.
In militaire zaken is het er overigens 'nog erger' mee gesteld. Een kapitein in beroep van een maand arrest, krijgt van het Hoog Mil. Gerechtshof zijn straf verminderd tot 14 dagen kamerarrest, maar heeft intussen vier maanden 'gezetten'.

17. Over Dirkje Veldhuizen in W. v. h. R. 1869, no. 3142, pag. 6 (de doodstraf werd toen omgezet in gevangenisstraf, maar men wist nog niet wat er aan de hand was) en voorts 1870: no. 3179, pag. 4, no. 3185, pag. 1, no. 3196, pag. 2, no. 3198, pag. 5, no. 3201, pag. 4, no. 3202, pag. 3 (bevattende het arrest in haar zaak met een zeer lezenswaardig voorwoord), no. 3204, pag. 4 en 6, no. 3206, pag. 6. De doodstraf werd bij K.B. van 21 september 1869 'verwisseld in tuchthuisstraf van 10 jaren', deze straf werd bij besluit van 10 november 1869 veranderd in 10 jaar correctionele gevangenisstraf en in het W. v. h. R. van 21 april 1870 staat vermeld, dat de 'keukenmeid', die kwaad was op haar mevrouw omdat zij nooit naar de kerk mocht, kwijschelding verkreeg van het nog onvervulde gedeelte der gevangenisstraf.
18. Dat zoiets allereerst aan het *verstand* appelleert, is typisch voor de jurist van die tijd. Overigens sloeg het bij niet-juristen emoties genoeg los.
19. W. v. h. R. 1870, no. 3192, pag. 6.
20. Vonnis opgenomen in het W. v. h. R. 1870, no. 3197, pag. 3.
21. Waarvan twee door inklimming, de andere door de deur van het varkenshok.
22. Zie bijv. W. v. h. R., no. 3200, pag. 4 en 3204, pag. 5.
23. W. v. h. R. 1870, no. 3198, pag. 5 met de klassieke onheilsuitroep: 'Omnia iam fiunt fieri, quae posse negabam'.
24. W. v. h. R. 1870, no. 3208, pag. 5, spottenderwijs concipieert een inzender het vonnis van de publieke opinie, getekend door bijna alle hoofdredacteuren van de Nederlandse dagbladen, bij welk vonnis de Rechtbank te Goes, zonder gehoord te zijn, wordt veroordeeld.
25. Post non propter.
26. W. v. h. R. 1870, no. 3200, pag. 4.
27. W. v. h. R. 1870, no. 3200, pag. 4. Toch meent ook deze auteur: 'Kritiek van de handelingen der regterlijke magt is zekerlijk geoorloofd en nuttig' om dan als geneesmiddel aan te geven: 'wij willen gaarne toegeven, dat veel den toets der kritiek niet kan doorstaan *en dat het daarom hoog noodig is door het geven van behoorlijke tractementen*, het personeel der regtbanken te verbeteren.' Hij stond in deze mening niet alleen. Nog geen twee weken later (W. v. h. R., no. 3205, pag. 4) schrijft L: 'Het kwaad schuilt in het kruyersloon, waartoe de regterlijke tractementen zijn afgedaald'.
In dit verband zij verwezen naar een belangrijk artikel van Langemeijer, gedateerd mei 1945: De toekomst van de rechterlijke macht (Ned. Jur. Bl. 1945, no. 32). Hij verzet zich daarin tegen de aangeheven leuze: Verhoog de salarissen als dit nodig is om de geschikte mensen (voor de rechterlijke macht) te krijgen. Hij acht dit onuitvoerbaar, maar ook 'onjuist omdat in onze tijd veeleer verlaging van zeer hoge dan verhoging van lage bezoldigingen het doel moet zijn'. Een merkwaardige uitzondering hierop staat hij voor: de eindsalarissen der eerste en tweede instantie zouden door periodieke verhoging gelijk kunnen worden gemaakt aan die van de Hoge Raad.
28. Van een voorgenomen: comment on the commentaries, publiceerde Bentham een Fragment on Government. Daarin noemt hij Blackstone, bij wie hij in 1763 college liep 'a determined and persevering enemy' van iedere redelijke en dus ook door hem, Bentham, voorgestane verbetering van de wetten. Daarom is het welzijn van de mensheid onafscheidelijk verbonden met de 'downfall of his work'.
29. W. v. h. R. 1870, no. 3204, pag. 5.
30. W. v. h. R. 1870, no. 3204, pag. 4.
31. W. v. h. R. 1870, no. 3206, pag. 4.
32. W. v. h. R. 1870, no. 3210, pag. 5.
33. W. v. h. R. 1870, no. 3211, pag. 3. De verdere lotgevallen van het ontwerp heb ik nog niet kunnen naspeuren. Daar de rechterlijke benoemingsvoordrachten nog steeds bestaan kan het wel geen wet geworden zijn.

34. Hazewinkel-Suringa: Inleiding tot de Studie van het Nederlandse Strafrecht, Tjeenk Willink, Zwolle, 1953, pag. 415.
35. Ook de oprichting van het W.(P.)N.R. stamt uit het bewogen jaar 1870. Zie W.v.h.R. 1870, no. 3173, pag. 4: Wij ontvingen in de aanvang van dit jaar de twee eerste nummers van een nieuw Weekblad voor Notaris-Ambt en Registratie.
36. Mr. G. J. Scholten op 27 juni 1969 te Arnhem, zie Handelingen van de Ned. Jur. Ver. 1969, 99ste jaargang, stuk II, pag. 3-7 en Mr. G. E. Langemeijer te 's-Gravenhage, rede gepubliceerd in het Ned. Jur. Bl., afl. 26 van 1970, pag. 780-787.
37. Woorden genomen uit de advocateneed.
38. Prae-advies Dr. W. Luypen O.E.S.A., gepubliceerd in de Annalen van het Thijmgenootschap, december 1958, pag. 281-318. Boeiend is ook de daarop volgende discussie, met interventies van o.m. mrs. Loeff, Langemeijer, J. van der Ven, Jonkers, Pompe, Bronkhorst, Hommes, enz. Deze is gepubliceerd in de Annalen van mei 1960, pag. 96-116.
39. Zinsnede uit het befaamde artikel van 1946: 'Gesetzliches Unrecht und übergesetzliches Recht', opgenomen in: 'Rechtsphilosophie', zesde na de dood van Radbruch door dr. E. Wolf verzorgde en ingeleide druk, Koehler Verlag, Stuttgart 1963, pag. 347-357.
40. Radbruch, o.c. pag. 181.
41. Over deze door Radbruch zelf wel aanvaarde kwalificatie Kisch, in het Ned. Jur. Bl. van 5 april 1969, afl. 14. Hij vindt het geen gelukkige kenschetsing, want 'zo bij enig rechtsfilosoof, zo kan men bij hém waarnemen de combinatie van relativisme in het intellectuele en beschouwelijke, en beginselvastheid in het volitieve en persoonlijke'. Zie voorts nog Radbruch o.c. pag. 102 en vlg.
42. Zie ook Radbruch, oc. pag. 208: 'Ein guter jurist würde aufhören ein guter jurist zu sein, wann ihm in jeden Augenblick seines Berufslebens zugleich mit der Notwendigkeit nicht auch die tiefe Fragwürdigkeit seines Berufes voll bewusst wäre'.
43. Ongetwijfeld bekende formuleringen van de hand van Montesquieu: De l'esprit des lois, XI, 6. Vóór Montesquieu had Locke reeds de machtscheiding gepropageerd, maar de pouvoir judiciaire had het in zijn 'Essay on civil government', niet verder gebracht dan tot een dependance van de wetgevende macht. Ná hem had Cazalès in 1790 verklaard: 'Dans toute société politique il n'y a que deux pouvoirs, celui qui fait la loi et celui qui la fait exécuter. Le pouvoir judiciaire, quoi qu'en aient dit quelques publicistes, n'est qu'une simple fonction, puisqu'il consiste dans l'application pure et simple de la loi.' Montesquieu had met zijn kenschetsing van de rechterlijke macht als: 'en quelque façon nulle et invisible' iets anders beoogd. Als eigenstandigheid had de rechterlijke macht niets te betekenen, maar haar macht ging juist hierin schuil, dat zij de wet, zonder beïnvloeding van de kant van de wetgevende of uitvoerende macht, onbevreesd voor welke gevolgen dan ook, kon toepassen. Deze negatieve macht was wat Montesquieu aanleiding gaf van een afzonderlijke puissance te spreken, die 'in zekere zin' niets inhield.
44. 'Rules are important so far as they help you to predict what judges will do. That is all their importance, except as pretty play-things', aldus Llewellyn in 'The bramble bush'. Beroemder nog werd de uitspraak: 'The law is what the courts say it is'.
45. Dat is overigens wel een der voornaamste doeleinden geweest van elke codificatie sinds Justinianus. Ging ook niet de invoering van het Pruisische landrecht gepaard met de uitgesproken wens van de 'Subtilitätenkram' der juristen verschoond te blijven?
46. Grundlinien der Philosophie des Rechts, Par. 215, Anmerkung.
47. Behalve bij de historische school, die in Duitsland de codificatie meer dan een eeuw tegenhield. Het gaat dan ook niet aan Hegel al te zeer verwant aan deze school te verklaren, zoals vaak gebeurt. Men zie ook zijn hevige aanval op Hugo o.c. par. 3, waarin hij hem onbegrip verwijt inzake de betekenis van de historie.

- Dat ook de historische school de verstarring van het Duitse rechtsleven niet kon tegengaan, is een geheel andere zaak.
48. 'Das Naturrecht ist daher die spezifische Legitimitätsform der revolutionär geschaffenen Ordnungen. Berufung auf Naturrecht ist immer wieder die Form gewesen, in welcher Klassen, die sich gegen die bestehende Ordnung auflehnten, ihren Verlangen nach Rechtsschöpfung Legitimität verliehen, sofern sie sich nicht auf positive religiöse Normen und Offenbarungen stützten.' (Pag. 265 van de editie Rechtssoziologie, uitgegeven bij Luchterhand, Neuwied 1960.)
 49. In: 'Human Law and Human Justice', London 1965, in het bijzonder hoofdstuk 2: 'Early voyages of justice in the west.' Stone benadrukt de *twee* kanten, van waar een beroep op het natuurrecht wordt gedaan: de conservatieve en de revolutionaire, zie pag. 37: 'In the eighteenth century American colonies, natural law was involved as a revolutionary force; within a century it was to become an ideological bulwark of conservative resistance to social legislation which seemed to challenge the existing economic order. The swing between poles of revolutionary and conservative functions run throughout the course of natural law history.'
 50. En, volgens Kant, de enige echte: 'Die falsche Spitsfindigkeit der vier syllogistischen Figuren' (1762).
 51. Montaigne, Essais, livre 3, ch. XIII: 'De l'expérience', Uitgave Garnier Flammarion, pag. 274-275. Ook Hobbes wist het al: iedere mondelinge of geschreven wetsregel heeft interpretatie nodig.
 52. Mr. D. J. Veegens: Cassatie in burgerlijke zaken, Tjeenk Willink, Zwolle, 1959, pag. 17-20.
 53. Sinds 1917 echter hier te lande met die merkwaardige uitzondering, dat de rechtsmacht van de rechter en de uitvoerbaarheid van rechterlijke vonnissen en van authentieke akten worden beperkt door de uitzonderingen in het volkenrecht erkend (art. 13a wet A.B.).
 54. Afkomstig, naar ik van Hart leerde, van Bishop Hoagly en bekend geworden door het boek van Gray: 'The nature and sources of law', 2e druk, New York 1923.
 55. Geciteerd bij Sawyer, o.c. pag. 18. Dezelfde Dixon heeft bij dezelfde gelegenheid nog een andere zaak 'opgelost', waar ik aan het eind van dit opstel op terugkom: 'Those who, on the contrary, believe that society is best served by giving rein to the competitive exertion of the energies of every-one in his calling or pursuit, must also see that the courts must preserve the rights of each from the encroachment of the others'. Deze redenering komt mij beslist niet overtuigend voor.
 56. O.m. in dat merkwaardige verhaal van een rechtszaak: Crainquebille, waaruit ik citeer: 'que l'idée d'une justice juste n'a pu germer que dans la tête d'un anarchiste. Le président Magnaud rend, il est vrai, des sentences équitables. Mais on les lui casse, et c'est justice.' Verder: Les juges intègres, en: Jean Marteau, een verhaal, dat eindigt met enige 'jugements' uit het rode boekje van Magnaud. Over Magnaud ook: Sawyer o.c. pag. 22-23, en Henri Lévy-Bruhl in Sociologie du droit (P.U.F., no. 51) en in Aspects de Droit Sociologique, librairie Marcel Rivière.
 57. Art. 1 luidt: 'Das Gesetz findet auf allen Rechtsfragen Anwendung, für die es nach Wortlaut oder Auslegung eine Bestimmung enthält. Kann dem Gesetz keine Vorschrift entnommen werden, so soll der Richter nach Gewohnheitsrecht und, wo auch ein solches fehlt, nach der Regel entscheiden, die er als Gesetzgeber aufstellen würde. Er folgt dabei bewährter Lehre und Ueberlieferung.'
- Zeker is het oordeel van Sawyer over Ehrlich te hard: 'but on this foundation of social fact, he built a monstrous theoretical structure, which so far as intelligible, is self contradictory (o.c. pag. 176). Ehrlich's hoofdwerk: 'Grundlegung der Soziologie des Rechts', eerste uitgave van 1913, trekt thans opnieuw belangstelling. Gurvitch is even overdreven in zijn lof als Sawyer in zijn verwerping. Over deze en andere, hier en later te bespreken stromingen in de rechtsvinding, zie men vooral ook K. Larenz: 'Methodenlehre der Rechtswissenschaft', 2e druk, 1969,

- Springer Verlag: Historisch-kritischer Teil, pag. 9–173. Voorts Kamphuisen in zijn, m.i. te weinig bekend boek: *Beschouwingen over Rechtswetenschap*, Dekker en van de Vegt NV, 1938, Nijmegen, Utrecht, over Ehrlich: op pag. 44–45.
58. Ter verificatie: *Brabants Dagblad* van 13 augustus 1970, sportpagina's.
 59. Opmerking verdient echter ook de heel anders gerichte uit Scandinavisch-rechts-sociologische kringen stammende opvatting van de functie van de niet afgeschafte maar dode wet in het politieke vlak. Zij zou daar een verzoenende werking hebben: de ene groep, bijv. de conservatieven, zijn tevreden omdat het beginsel als wet bleef gehandhaafd; de andere, de progressieven, klagen evenmin omdat het door hen verworpen beginsel in de praktijk geen toepassing krijgt.
 60. W. v. h. R. 1870, no. 3177, pag. 1 en no. 3182, pag. 5. De eerbied voor wet en rechter verstomde ook na 1870 niet. Zij komt regelmatig terug. Een enkel voorbeeld uit 1936: 'Zekerheid van recht', door Mr. R. D. Kolléwijn, openingscollege te Groningen: 'uit het voorgaande weet ge enigszins wat ge van mij zult hebben te verwachten: eerbied voor het recht, dat geldt... zal in mijn onderwijs voorop staan. Niet uit zucht om bij de autoriteiten te zweren...' (pag. 23, uitgave Wolters, Groningen).
 61. Citaat uit het artikel: 'De persoon van de rechter', van Mr. R. H. A. M. Baron van Hövell tot Westerflier, in *Ars Aequi*, januari 1967 (aflevering gewijd aan de 'functionele rechtsleer'), pag. 51–61. Zie ook de wat ontvenderende reactie daarop van Mr. R. A. Bloembergen in het volgende nummer: 'Het belang van de rechter als persoon', pag. 129–132. Larenz o.c. pag. 228 en vlgg., Kamphuisen o.c. pag. 5–69.
 62. Binding: 'Die Normen und ihre Überbetung'.
 63. A. Thon: 'Rechtsnorm und Subjectives Recht'. In de 'topische' rechtsbeschouwing (Viehweg) bloeit deze visie onbekommerd door. Ook Alf. Ross gaat in zijn werk, in het Engels vertaald als: 'On Law and Justice', London 1958, geheel van deze gedachte uit.
 64. Uitspraak van Roscoe Pound, geciteerd bij Jer. Frank in: 'Courts on Trial'.
 65. Het unus-judex systeem, met name in het strafrecht (politierechter, maar ook de rechter-commissaris in strafzaken, die het eerste bevel tot voorlopige hechtenis geeft) óók echter in het civiele recht (kort geding, enkelvoudige kamer) hoezeer ook om andere redenen gewenst, blijft, naar mijn oordeel, daarom een hachelijke zaak. Uitbreiding ervan, teneinde onder meer de procesgang te versnellen, zal altijd nauwkeurig moeten worden afgewogen tegen het bezwaar dat de beslissing teveel van mijnheer A of B afkomstig is.
 66. Aldus bijv. Alf. Ross o.c. Te onzent: Ter Heide in zijn bekende boek: 'Vrijheid, over de zin van de straf', waarin hij echter ook het damspel (door E. A. Poe hoger geschat dan het schaakspel) en de voetbalsport opvoert.
 67. Hierover in een bespreking van de dissertatie van mr. Ter Heide: mr. R. A. V. Baron van Haersolte, 'Een fenomenologisch positivist in het strafrecht' in: *Tijdschrift voor Strafrecht*, afl. 4, 1966, pag. 184–211, daarvan in het bijzonder de pagina's 195–199.
 68. Zie H.R. 22 mei 1953, N.J. 1954, 189 (Sio Arrest), H.R. 29-9-61, N.J. 1962, no. 14 (Picus-arrest), het bindend advies van de oud-president van de Hoge Raad mr. Smits van 10 mei 1966, N.J. 1968, no. 275 met noot H. D(rion) en H.R. 6 maart 1970, gepubliceerd onder meer in *Ars Aequi*, mei 1970, met onderschrift mr. W. C. L. van der Grinten. Wie de inhoud van de noot bij het bindend advies zorgvuldig vergelijkt met het laatstgenoemde arrest en vervolgens opmerkt, dat dit arrest mede is gewezen door voormelde annotator, inmiddels van hoogleraar lid van de Hoge Raad geworden, ziet hier in bescheiden mate gedemonstreerd een stelling, die ik overigens maar zeer betrekkelijk juist acht: 'Law is what (one judge of) the court says it is'.
 69. Algemeen Deel uit de Asser-serie, 2e druk 1934, Tjeenk Willink te Zwolle.
 70. Larenz, o.c. pag. 51 en vlgg.

71. Heck beklemtoont de onafhankelijkheid van zijn 'Interessenjurisprudenz' 'von einem bestimmten philosophischen System oder einer Weltanschauung'. Zie echter Larenz o.c. pag. 53, 54.
72. Juist in extreme gevallen, waarbij de normale exegese van de algemene regel, zeer apert onbevredigend is, pleegt de rechtspraak om te gaan. Komen er later gevallen van minder extreme aard, die ook onder de nieuwe rechtspraak zouden kunnen worden gebracht, dan gebeurt het nogal eens, dat de nieuwe regel bij die gelegenheid wordt ingekrompen, m.a.w. dat de oude exegese weer wat terrein wint. Een duidelijk zij het niet recent voorbeeld: het rechtersrecht inzake de natuurlijke verbintenis. De verplichting uit fatsoen of moraal van de arresten van 1926 werd later omgevormd tot een *zeer dringende verplichting*. Zulke leerstukken als die inzake civielrechtelijk misbruik van recht, smartegeld, ongegronde verrijking en conversie van nietige rechtshandelingen, zijn alle mede bepaald door de bijzondere gevallen, waarbij zij ter sprake kwamen.
73. Hierover artikelen van o.m. H. Drion, Borst, V. d. Gun, Bakels, Heertje en Van Esveld in 'Stakingsrecht', uitgave van Kluwer, Deventer, 1965. Wat betreft het befaamde Panhonlibco-arrest van 15 januari 1960, N.J. 1960 bl. 84, onderschrijf ik geheel het oordeel van Langemeijer in zijn opstel in de brochure: 'Opstellen en Stellingen over Klasse justitie' (Uitgave JFAS en Machi(a)velli: 'waar het op aankomt is dat geen jurist, ook als zijn sympathie nog zozeer aan de kant van de stakers stond, had kunnen oordelen, dat de staking niet – in beginsel – wanprestatie was. Men kan daar uitzonderingen op aannemen en daarin is de Hoge Raad naar mijn mening wel zover mogelijk gegaan, maar de hoofdregel is er een, waar geen rechter "onder uit kan" ...').
74. Algemeen Deel, 2e druk, pagina 16 en 17.
75. Hierop wijzen o.m. Scholten, Algemeen Deel, 2e druk en Max Weber in zijn: 'Rechtssoziologie'.
76. Men zie ook P. Ricoeur, in de door A. Peperzak in het Nederlands vertaalde bundel: 'Politiek en Geloof' (Ambo, Utrecht 1968) en speciaal het artikel: 'De Paradox van de macht', pag. 32 en vlgg. Daarin op bladz. 55: 'Is de onafhankelijkheid van de "rechter" niet de allereerste voorwaarde voor een voortdurende beveiliging tegen machtsmisbruik? Het komt mij voor, dat de rechter een figuur is die vrijwillig en met instemming van allen buiten de fundamentele conflicten van de samenleving gehouden moet worden'. Hoewel ik vermoed, dat dit laatste niet mogelijk is zonder de maatschappij vast te leggen, is toch wel duidelijk, dat Ricoeur die onafhankelijkheid van de rechter – hij schreef naar aanleiding van Hongarije 1956, – allereerst zag als vrijheid ten opzichte van de 'almachtige' staat en haar bestuurders.'
77. Rb. Arnhem N.J. 1938, no. 919. Zelfde beslissing, maar zonder deze overweging Rb. Arnhem N.J. 1939, no. 930.
78. O.a. Rb. Den Bosch N.J. 1936, no. 479 en duidelijker nog van dezelfde rechtbank N.J. 1936, no. 860. Een van de rechters, die aan deze beide vonnissen meewerkte, schreef hierover, voorzichtig, maar overtuigd in het Ned. Jur. Bl. van 1936, blz. 1009 en 1037; Mr. J. W. M. Schröder: 'De Duitse rassen- en huwelijkswetgeving bezien in het licht van het Nederlandsch Internationaal Privaatrecht'. Als Den Bosch, aanvankelijk op grond van een gelegenheidsargument Rb. Rotterdam N.J. 1934, pag. 546 en N.J. 1936 no. 454, Dordrecht (N.J. 1936, no. 456) en Amsterdam (N.J. 1938, no. 331) verklaarden de stukken weer ongenoegzaam tot het sluiten van een huwelijk.
79. H. L. A. Hart, 'The concept of Law', at the Clarendon Press, Oxford, 1961 hoofdstuk VII: 'Formalism en rule scepticism', pag. 121.-150. Zie pag. 127: 'Legal theory has in this matter a curious history; for it is apt either to ignore or to exaggerate the indeterminacies of legal rules.'
80. Montesquieu: 'Mais c'est une expérience éternelle que tout homme qui a du pouvoir est porté à en abuser; il va jusqu'à ce qu'il trouve des limites. Qui le diroit. La vertu même a besoin de limites' (o.c. XI, 4).

- Kant: Het bezit van de macht bederft het vrije oordeel van de rede onvermijdelijk.. Acton: (in een briefwisseling met de latere bisschop van Londen, waarin hij als rooms-katholiek deze anglicaan verweet de slechte pausen uit het verleden te veel te 'sauveren') 'Power tends to corrupt and absolute power corrupts absolutely'.
81. Bijv. de artt. 3, 5, 11, 12 en 13.
 82. In de in noot 73 vermelde brochure van 8 februari 1969, pag. 7, 2e kol.
 83. Radbruch in zijn in noot 39 vermelde artikel.
 84. Dat was juist het aspect dat de Freirechtslehre in een soort voluntarisme van de rechter overbenadrukte.
 85. Zie: Esser, 'Grundsatz und Norm in der richterlichen Fortbildung des Privatrechts', 2e druk 1962; de korte beschouwing van Wieacker: 'Gesetz und Richterkunst', Larenz. o.c.
 - In Nederland twee afleveringen van *Ars Aequi* jrg. 1967, januari en februari, met onder meer een heldere beschouwing van Langemeijer over Esser (febr.) en een belangrijk artikel van Ter Heide: *Iudex viator* (januari).
 86. I. H. Hijmans, 'Het recht der werkelijkheid', Haarlem 1910.
 87. Onder invloed van Nicolai Hartmann, 'Ethik', 1926.
 88. Drukt men smart in geld uit, dan is het overwaardering van economische belangen als dat mondesmaat gebeurt. Daarom moet men m.i. niet, als bij ons, het principe aanvaarden, maar zo zuinig mogelijk toepassen. Gezegd moet worden dat de bedragen sneller stijgen dan de waardedaling van geld rechtvaardigt. Overigens is in dit opzicht het marxistisch-communistisch standpunt, dat smart op geld waarden een typisch staaltje van kapitalistische perversie is, wel te begrijpen. Maar als men ook andere dan economische belangen in het recht wil accepteren, zal men toch niet kunnen volstaan met alleen maar een 'njet' tegen de omzetting van smart in geld.
 89. Tiende wandeling (en laatste voltooiide) van de 'Promeneur solitaire'. Uit: 'Les reveries du promeneur solitaire', Garnier-Flammarion, pag. 168.
 90. Deze vaststelling komt voor in de eerste noot van het eerste boek van 'Emile ou de l'Education', uitgave Garnier-Flammarion pag. 36, en leidt tot de conclusie dat de wet niet genoeg macht aan de moeders geeft. Rousseau is niet alleen door zijn – alle praktische bezwaren ten spijt – grandioze conceptie van 'Le contrat social' voor de jurist een blijvende bron van studie. In zijn *Lettre à M. d'Alembert*, zegt hij van de vrouw die zoveel macht moet krijgen: 'Mais si j'ajoute qu'il n'y a point de bonnes mœurs pour les femmes hors d'une vie retirée et domestique' en elders (ik weet niet precies meer waar, maar geloof in het voorwoord voor 'La nouvelle Heloise') verklaart hij, dat geen fatsoenlijk meisje vóór haar huwelijk een roman leest. Over Rousseau: Hollak in 'Wijsgerig Perspectief', januari 1970, afl. 3: 'Rousseau en de huidige maatschappij critiek', pag. 195-212.
 91. Radbruch, o.c., pag. 169. Daar valt ook de nadruk op de functie van het recht als vredemaker. Cuche wordt aangehaald, 'La paix, la sécurité sont les premiers bienfaits que le Droit nous doit procurer'. De vredemakende functie van de rechtspraak in haar beslissingen is – in de Westerse wereld echter van een twijfelachtig allooi: het is de vrede die gesloten wordt nadat de een gewonnen heeft, de ander verslagen is. Het is opvallend dat Langemeijer in zijn in noot 36 vermelde rede terloops de functie van het bemiddelend vonnis, dat wel vrede kan stichten, naar voren brengt. Van het bemiddelend vonnis waren in verleden dagen te onzent Hartzfeld en Catz propagandisten zonder succes.
 92. Het is, denk ik, een constructie in de slechte zin van het woord, die ervan uitgaat, dat zoveel geschillen niet voor de rechter komen omdat men al weet wat de rechter zal beslissen. Allereerst komen juist zulke geschillen nogal vaak wel voor de rechter, omdat er betalingsonmacht is of verlangen naar betalingsuitstel. Maar vooral worden talloze geschillen buiten de rechter om opgelost op een wijze waarvan de partijen heel goed weten dat de rechter ze zo niet zou oplossen of kunnen oplossen.

- Men denke aan betalingsuitstelregelingen, oplossingen van bouwconflicten, financiële regelingen tijdens huwelijk en na de dood van een der gehuwden enz.
93. Vrije weergave van Montaigne, *Essais*, livre III, pag. 276, Garnier-Flammarion. In Azië, zo vertelt Ehrlich in zijn 'Grundlegung', moest de rechter, die het ook niet meer wist, steeds elke partij voor de helft gelijk geven. Het Salomo's oordeel inzake het al dan niet ondergeschoven kind is hiervan het proto-type, maar heeft als bijzonderheid, dat het ten doel had de executie van de beslissing te voorkomen om de juiste beslissing te laten zegevieren. Jer. Frank schrijft, dat in Amerika jury's soms dobbelstenen opgooien om te zien hoe zij zullen beslissen. Deze functie van de rechtspraak: met gezag een einde maken aan het geschil hoe dan ook (zij het dan liefst op een goede manier) demonstreert dat een gemeenschap desnoods wel wetten kan missen maar geen rechters. (Van der Grinten: 'Het civiele recht is voor zijn bestaan niet afhankelijk van een wetgever, doch van een rechter' in: 'Opstellen over recht en rechtsgeschiedenis aangeboden aan Prof. Mr. B. H. D. Hermesdorf, Kluwer, Deventer: 'Handelen te goeder trouw', pag. 155-156). 'Historiquement la justice rendue à chacun a été le premier besoin des sociétés humaines. Le pouvoir judiciaire *sous une forme embryonnaire*, est le plus ancien de tous, il a fait son apparition alors qu'aucun des autres n'existait encore. Avec un caractère arbitral fortement marqué, il commence déjà à s'exercer pour appliquer les premières coutumes, alors que la loi est encore inconnue...'; Esmein (zie noot 12) pag. 502. Het bewijst uiteraard echter niet dat rechters als er wetten zijn, daaraan niet gebonden zouden zijn. Het andere uiterste is de in Duitsland beroemd gebleven uitspraak van von Kirchmann uit 1847, door Coing vrij onlangs in het volle licht gesteld: 'Drei berichtigende Worte des Gesetzgebers und ganze Bibliothek werden zur Makulatur' in 'Wertlosigkeit der Jurisprudenz als Wissenschaft'.
 94. In: 'Courts on Trial.'
 95. Waarmee niet bedoeld wordt op een gemanieerde wijze van 'in eigen dialect' toespreken.
 96. Dat ook de rechter, ondanks inspanning, soms niet in staat is de rechtsgenoot te begrijpen, vormt de andere pool in deze zaak. Een advocaat, die zijn cliënt kent, zal dergelijke impasses echter gauw door hebben.
 97. Theoretisch is het niet noodzakelijk, dat men deze waarde – een passend en homogeen team – op moet geven, als men het maatschappelijk conflict binnen het rechtscollege voet aan wal laat zetten in ruimer mate dan nu gebeurt. Het lijkt voorts duidelijk, dat dit tengevolge van de onvermijdelijke vernieuwing van de rangen, op de duur geleidelijk aan toch zal gebeuren. Maar de rechterlijke benoemingsvoordrachten, die zich op het standpunt van het homogene team stellen, zullen, zolang zij de feitelijke invloed behouden, die zij thans bezitten, toch wel een duidelijk remmend effect hebben op deze vernieuwing. Zeker is het niet het gewenste alternatief, rechters zonder meer door de Kroon te laten benoemen.
 98. Deze aanhalingen zijn overgenomen uit de – verkorte – Nederlandse vertaling van de hand van dr. M. de Jong van het boek 'A Holanda'. De vertaling verscheen in 1964 in de Prisma-serie van het Spectrum te Utrecht, no. 930. De aanhalingen staan op pag. 189-192.
 99. Mr. S. Royer, 'Een paardesprong in het privaatrecht', op 26 nov. 1964 te Rotterdam gehouden inaugurele rede, uitgegeven door Tjeenk Willink te Zwolle. De verderop vermelde passage treft men aan in de allocutie tot curatoren, pag. 16.
 100. 'Inaugural lecture on the study of history' gehouden te Cambridge in juni 1895, gepubliceerd in de bundel: 'Lectures on modern History', The Fontana Library 1960 pag. 17-41, waarin het advies van Lord Brougham wordt vermeld de inleiding in de rechtenstudie met het lezen van Dante aan te vangen. Hemel of hel?

