

*Handelingen 1975
der Nederlandse
Juristen-Vereniging
deel 1.*

W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle

PREADVIES PROF. MR. J. G. M. LEYTEN

De positie van de rechterlijke macht in de samenleving.

Inleiding, 101

1. De onvermijdelijke spanning, 109
 2. De te onzent onbeminde jury, 112
 3. De benoeming tot rechter, 117
 4. De macht van de rechter, 122
 5. Recht en redelijkheid (a t/m f), 126
 6. Integratie, concentratie, specialisatie, 136
 7. Het kort geding (a t/m c), 148
 8. Small-claims courts?, 159
 9. De dissenting opinion in de rechtspraak, 166
 10. Rechtshulp en kosteloos procederen (1-3), 167
- Uitleiding, 169

De positie van de rechterlijke macht in de samenleving. (1)

INLEIDING

Toen de werkgroep Wiersma zo ongeveer aan het einde was gekomen van haar hoorzittingen, richtte haar voorzitter het woord tot de secretaris-generaal van het ministerie van justitie, prof. mr. A. Mulder en zeide:

Aanvankelijk heeft de werkgroep, overeenkomstig hetgeen de Minister van Justitie tijdens de behandeling van de begroting voor het jaar 1972 aan de Tweede Kamer heeft geantwoord, de vraag in hoever er in het functioneren van de bestaande rechterlijke macht organisatorische verbeteringen moeten worden aangebracht als uitgangspunt gekozen. Van enkele kanten werd echter naar voren gebracht, dat dit uitgangspunt niet juist was en dat de Staatscommissie eventuele organisatorische wijzigingen pas zou moeten bezien wanneer zij een conclusie zou hebben bereikt t.a.v. de vraag *welke in het algemeen de rol van de rechter in de samenleving zou moeten zijn*. Zou de werkgroep tot de slotsom komen dat tot deze laatste werk-

(1) Ik heb onvoldoende tijd gehad om na te denken over onderwerpen die geschikt zijn voor de N.J.V.-vergadering van 1977. Ik kan dus niet aan het verzoek van het Bestuur van de Vereniging (gepubliceerd in *NJB* 1975, blz. 363) voldoen. Maar een algemeen voorstel rond de thema's heb ik wel. Ik zou willen suggereren aan de preadviseurs en de vergadering wat minder hooi op de vork te laden, want mij althans is het overkomen, dat de grootste massa hooi er onderweg toch al afviel. Dat geeft een schuldig gevoel en juristen hebben al schuldgevoelens genoeg.

wijze aan de Staatscommissie moet worden geadviseerd, dan zou hij voor een ander uitgangspunt opteren dan de Minister oorspronkelijk voor ogen stond. Ook zou dit uiteraard invloed hebben op de samenstelling van de Staatscommissie. (2)

Tot welke slotsom is de werkgroep gekomen? Wij vinden daarover iets in hoofdstuk IV van haar rapport: Enkele vragen en voorstellen van principiële aard. (3)

Eén van die drie vragen is immers of organisatorische veranderingen betreffende de rechtspleging gebaseerd moeten worden op de uitkomst van een studie over de grondvragen van het recht spreken.

De werkgroep meent, dat de beslissing *of* 'bestudering van de theoretisch-maatschappelijke grondslagen van het recht spreken als uitgangspunt moet dienen voor de algemene herziening van de rechterlijke organisatie, beter genomen kan worden vóór de instelling van de staatscommissie dan naar aanleiding van het advies, eventueel een interim-advies, van de staatscommissie zelf'.

Wij bevinden ons hier, zonder dat het uitgesproken wordt, volop in de problematiek van de agendering, die (ook) in andere gevallen nogal eens hét struikelblok is voor politieke commissies van enige betekenis.

Omdat het in de eerste plaats de opdracht van de werkcommissie was, de minister van advies te dienen over de taakomschrijving, waarmee de staatscommissie in zee moest gaan (de minister vroeg, hem *zo nauwkeurig mogelijk* aan te geven *welke onderwerpen* bij de herziening betrokken moesten worden) lag het voor de hand, dat nu juist de werkcommissie over de vraag *of* dit een onderwerp voor de Staatscommissie was, zou adviseren. Als de werkgroep dan ook vaststelt, dat het gewenst lijkt hierover 'iets meer te zeggen', komt dat nogal laconiek over.

En waar komt dat meerdere op neer? De werkgroep:

Degenen die gepleit hebben voor een fundamentele bezinning op vragen, die aan rechtspleging ten grondslag liggen hebben met name gewezen op *de positie van de rechter in de sa-*

(2) *Gedachten over de toekomst van de rechtspleging*, rapport van de werkgroep herziening rechterlijke organisatie ingesteld bij beschikking van de minister van justitie van 23 december 1971, staatsuitgeverij 's Gravenhage, 1972 (verder aan te duiden als: *Gedachten*) blz. 98.

(3) *Gedachten*, blz. 6 e.v.

menleving; gesproken wordt ook wel van de 'rol' van de rech-

ter in de samenleving. De rol van de rechter in de samenleving is verschillend naar tijd en plaats.

Dit laatste beaam ik graag, al is de factor plaats in dit verband niet zó belangrijk.

Vervolgens ontwikkelt de werkgroep een gedachtengang die uitmunt door eenvoud: Sinds de inwerkingtreding van de wet R.O. in 1838 is er een duidelijke ontwikkeling te zien van de rol en de functie van de rechter en daarmee samenhangend van diens plaats in de maatschappij. De rechter van Montesquien, slaafse dienaar van de wet, is vervangen door de rechtvormende rechter; dat alles zonder dat de wet R.O. of de wet A.B. die wijziging tot uitdrukking hebben gebracht.

Welnu, aldus de werkgroep, 'er is geen enkele reden om aan te nemen dat de rol van de rechter in de maatschappij in de toekomst niet verder zal evolueren' en áls zo'n evolutie zich voordoet, dient de rechterlijke organisatie daarvoor geen sta-in-de-weg te zijn.

Is op korte termijn een dergelijke ontwikkeling te voorzien, dan zou het nuttig kunnen zijn zich daarop te bezinnen alvorens een nieuwe rechterlijke organisatie te ontwerpen.

Anders spannen we immers het paard achter de wagen.

Anderzijds mag echter het gevaar niet uit het oog verloren worden, dat een bezinning op de functie en de rol van de rechter in de maatschappij aanleiding kan geven tot langdurige theoretische discussies, waarvan niet noodzakelijk een concreet resultaat behoeft te worden verwacht.

En dan loopt het paard niet eens meer in de buurt van de wagen. Er gebeurt niets.

Wat de werkgroep op dit punt adviseert is dus eigenlijk allerm minst duidelijk. Wél moet men haar nageven, dat zij haar onduidelijkheid niet in nevelen heeft gehuld om zó duidelijkheid te simuleren. In de laatste alinea van hoofdstuk IV wordt geopperd, dat er meer materiaal te verzamelen is over de problematiek van de rol van de rechter in de samenleving dan de werkgroep heeft kunnen doen: als de minister iets voor dit fundamenteel onderzoek voelt (maar voelt de werkgroep er zelf iets voor?) geeft de werkgroep hem in overweging: "dat materiaal te doen verzamelen *vóór* tot instelling van de Staatscommissie wordt overgegaan". Aan mensen, die vragen waarom de instelling van de staatscommissie zo lang uitblijft wijs ik altijd op deze passage en als zij dan vragen wie met het ver-

zamelen van dat materiaal bezig is, pleeg ik te antwoorden, dat ik dacht dat zij dat deden.

Laat ik er maar eerlijk vooruitkomen: het klinkt erg onnozel, nog erger: conservatief, te zeggen, dat je bij een herziening van de rechterlijke organisatie geen dringende behoefte gevoelt aan *fundamenteel* onderzoek. Het gecursiveerde woord, suggereert immers dat je anders maar wat áánmoddert en het kost nogal moeite om toe te geven, dat de methode van trial and error, van piecemeal reformatie en stuksgewijze herziening, waar juristen in het verleden zich aan overgaven, toen zij nog niet geholpen werden door de critiek van andere gedragswetenschappen, eeuwenlang een soort gemodder is geweest.

Ik moet schuld bekennen in dit opzicht. Ik heb ook geroepen om voorafgaand grondslagenonderzoek.⁽⁴⁾ Diep in mijn hart vroeg ik me ook toen al af, of ik bijv. zelf over die fundamentele grondslagen veel belangrijks te zeggen zou hebben, maar ik troostte me met de gedachte, dat de totaal-visie met vernieuwende aard van anderen zou komen.

Ik heb thans echter sterk de indruk dat we in een vervelende impasse zijn geraakt, doordat we voor elkaar niet willen toegeven, dat we in het voorzien van een nieuwe ontwikkeling van de rechtspraak zelfs op korte termijn – voorzover die ontwikkeling niet een voortzetting, soms ook een reactie, op *bestaande* toestanden en situaties is – als juristen voor het overgrote merendeel maar zeer matig begaafd zijn. De minister heeft in 1974 aan de Tweede Kamer een brief geschreven om haar op de hoogte te stellen van zijn denkbbeelden over de in te stellen Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie. Hij onderschrijft daarin de door de werkgroep geadviseerde taakomschrijving voor de Staatscommissie, die aldus luidde:

met inachtneming van het door de werkgroep verzamelde materiaal⁽⁵⁾

a. van advies te dienen over de maatregelen die getroffen moeten worden om de organisatie van de rechtspraak in ruime zin, de samenstelling van de rechterlijke macht daaronder begrepen, zodanig te vernieuwen, dat de recht-

(4) *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1973, nr. 2, blz. 540–547.

(5) Dit materiaal is echter zó uitgebreid, zó heterogeen en op vele punten innerlijk tegenstrijdig, dat het 'in acht nemen' daarom nu niet direct een geringe opgave is.

spraak aangepast zal zijn aan de huidige maatschappelijke omstandigheden en inzichten,

b. voorstellen te doen omtrent in verband daarmee te treffen wettelijke voorzieningen.

In de brief, althans de samenvatting daarvan, verschenen in het *NJB*, 1974, blz. 562, noemt de minister dit de uitgebreide taakopdracht omdat het er niet alleen om gaat:

de rechterlijke macht beter te structureren en efficiënter te laten werken. Hij heeft overwogen, dat een organisatie, die steunt op een wet van 1827 (ook al is die vaak aangepast) toe is aan een totale herwaardering en een aan volledige en wezenlijke aanpassing aan veranderde omstandigheden. Daarbij zullen *fundamentele* vraagstukken aan de orde moeten komen zoals de concentratie en integratie van gerechten en specialisatie van de rechter op bepaalde gebieden. De ontworpen taakomschrijving geeft verder ruimte voor aanpak ook van *andere fundamentele* vraagstukken. De staatscommissie moet wel het gevaar vermijden te verdrinken in complexe vraagstukken van algemene aard, waarover de meningsvorming nog niet voldoende duidelijk is. Het is namelijk gewenst, dat een modernisering, die nodig is en op afzienbare termijn bereikbaar moet zijn, tot stand komt. In dit verband wijst de minister erop, dat een aantal van de problemen vraagt om een spoedige standpunt-bepaling. Hij denkt daarbij aan een eventuele instelling van de raad voor de magistratuur... aan specialisatie binnen de rechterlijke macht en aan de opleidingseisen...

Ik krijg bij dat alles de indruk, dat we al een paar jaar bezig zijn in een kringetje rond te lopen. De werkgroep heeft de concrete onderwerpen voor de staatscommissie *nét* nauwkeurig aangegeven, omdat dat niet mogelijk was, daar die onderwerpen afhankelijk waren van een studie over de aard van het rechtspreken in onze tijd en de rol van de rechter daarbij. Evenals de minister voelt zij misschien wel *iets* voor *fundamenteel* onderzoek, maar het moet toch weer niet al te fundamenteel zijn, anders komen we tot niets. Wanneer we gaan spreken over de rol van de rechter in de samenleving kan men moeilijk tegenspreken, dat dit een complex vraagstuk van algemene aard is, waarover de meningsvorming nog niet voldoende duidelijk is. Zolang als er over recht en rechtspraak is gedacht, is dit complexe vraagstuk altijd – en meest als controverser – aan de orde ge-

weest. Het is, zogezegd, een vast thema, een zaak die sinds jaar en dag op de rol voorkomt, waarin meestal uitstel wordt gevraagd, waar soms iets in gebeurt, maar waarop nog nooit een eindvonnis is gewezen. Iedereen begrijpt, dat als de 'grote' herziening van de rechterlijke organisatie moet wachten op de definitieve oplossing van dit vraagstuk, daarmee de herziening tot in der eeuwigheid uitgesteld zal zijn. En zaken als concentratie, integratie en specialisatie kan men dan wel fundamentele problemen van rechtspraak noemen, zij staan wel degelijk vooral in dienst van een betere structurering en het meer efficient maken van de rechtspraak. En welke de 'andere fundamentele vraagstukken' zijn, waarvoor ook ruimte is, maar die niet mogen zijn 'complexe vraagstukken van algemene aard' wordt nu juist weer niet vermeld. Ik zou het er toch maar het liefst op houden, dat het belangrijke concrete vraagstukken zijn, die ons bezighouden in verband met wat wij nu waarnemen omtrent de wijze waarop de rechtspraak werkt. Anders gezegd: ik denk tóch dat een herziening van de rechtspraak en haar organisatie, haar oorsprong vooral moet nemen in een aandachtige beschouwing van de gebrekkige werkelijkheid en niet vanuit ideeën hoe rechtspraak zou kunnen en moeten zijn, als we niet met de werkelijkheid van een bestaande rechtspraak te maken hadden. En intussen is de situatie nu zo, dat er niets tot stand komt: er is géén lijst van onderwerpen, die de staatscommissie moet behandelen, enkel een vage formule krachtens welke zij de rechtspraak aangepast moet maken aan huidige maatschappelijke omstandigheden en inzichten. Er is géén materiaal verzameld omtrent de rol van de rechter in de samenleving en de staatscommissie zelf zal zich met een dergelijk complex vraagstuk van algemene aard ook niet moeten gaan bezighouden. Er is voorts door de werkgroep een voorstel gedaan omtrent de samenstelling van de staatscommissie, maar de minister heeft dat voorstel in zijn brief niet overgenomen. Naar mijn gevoel komt dat, omdat we het ons op echt hollands-ethisch puriteinse wijze zo moeilijk aan het maken zijn om tot iets te komen, dat er geen *beginnen* aan is. Er is opgemerkt – in het rapport Wiersma – dat

het grondmodel van rechtspraak en rechterlijke organisatie in zijn *fundamentele* opzet nog steeds gebaseerd is op de boeren-samenleving, die eeuwenlang in een nauwelijks veranderende verschijningsvorm het gezicht van de samenleving bepaalde. (6)

(6) *Gedachten*, blz. 90.

Ik laat die opmerking zonder 'fundamentele' kritiek voor wat zij is, al zou men kunnen volhouden, dat sinds de codificatie, waarbij de rechterlijke organisatie geregeld werd, het grondmodel waarop de wetgeving werd gemodelleerd dat van de kleine burger was. Maar als het nodig is de rechtspraak en haar organisatie aan te passen aan een industriële samenleving, dan spits ik de oren als er daarop gebaseerde concrete veranderingsvoorstellen op tafel komen. De ontwerpers van de engelse Courts Act 1971, worstelden ook met het probleem, dat de rechterlijke organisatie in Engeland – veel ouder dan de onze – was opgezet voor een agrarisch land. Hun hervormingsvoorstellen, die in vrij korte tijd tot wet werden, dóén daar iets aan, zonder dat er nu erg veel theoretische beschouwingen zijn gelanceerd over de rol van de rechter in de samenleving. Om één ding te noemen, dat ik typerend vind:

There is also flexibility in the areas that are served by courts; if one court centre has too much work then cases may be diverted to some other centre, subject to proper regard for the convenience of parties and witnesses. (7)

Straks liet ik de werkgroep aan het woord, toen zij ervan gewaagde, dat de opvatting omtrent de taak van de rechtspraak sinds 1838 zeer ingrijpend is veranderd. Ik ontken dat niet, maar zou daarnaast de stelling durven verdedigen, dat ze minstens zo ingrijpend gebleven is wat ze was. De verschillen zijn groot, de overeenkomsten groter. Belangrijker echter is nog, dat die ingrijpende veranderingen inzake de taak van de rechter bij het beslechten van conflicten zich voltrokken hebben zonder daarmee corresponderende herzieningen in de rechterlijke organisatie of in de wijze van rechtspreken. Dat wij nu nog kunnen werken met ons Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering uit 1838 zou een intelligent mens, die er voor het eerst met aandacht kennis van nam, volstrekt ongelofelijk voorkomen. Als er geen reden is om aan te nemen, dat de rechtspraak ook in de toekomst niet verder zal evolueren, dan is er evenmin reden om bij voorbaat aan te nemen, dat zulk een evolutie nu wél gestremd zou worden door een wettelijke organisatie-structuur. Ik pleit niet voor de stopzetting van de 'grote herziening' van de rechterlijke organisatie. Wel voor een realistische en vooral concrete benadering ervan. En we moeten daarvan niet verwachten, dat zij de stimulans zal worden voor een ideale ontwikkeling van de rechtspraak, zeker niet nu we niet eens weten welke die ideale

(7) R. M. Jackson, *Enforcing the law*, revised edition 1972, bl. 407.

ontwikkeling is en eigenlijk alleen weten, of menen te weten, dat de rechtspraak min of meer in een crisis verkeert.

Enige jaren geleden had ik een geheim verlangen. Ik zou graag van alle commissies waarvan ik lid was ontheven worden om deel te nemen aan één commissie: de staatscommissie tot herziening van de rechterlijke organisatie. Samen met anderen aan praktische oplossingen werken ter verbetering van het rechtsbedrijf, dat mij steeds heeft gebocid, leek mij werkelijk tijd en moeite waard. Dit heimelijk verlangen heb ik niet meer: daarom kan ik het ook openbaren. Ik heb ontdekt – te laat weliswaar, maar het is dan toch gebeurd – dat ik met volstrekte stomheid geslagen wordt, als men mij vragen stelt over de aard van het vonnis, de rol van de rechter in de samenleving, de taak van de mens in de maatschappij en andere fundamentele vragen. Ik kan er niet één zinnige gedachte over in mijn hoofd krijgen als ik de vraag zo voorgelegd krijg. Ik had dus eigenlijk de uitnodiging tot het schrijven van dit preadvies niet moeten aanvaarden. Ik kan zo een aantal mensen noemen, die veel geschikter zijn om over zulke algemene onderwerpen te schrijven. Ik ben overigens wel gestraft voor mijn hoogmoed. Want natuurlijk legt een mens zich niet direct bij zijn beperkingen neer. Het aantal mislukte aanzetten tot een opstel over de rol van de rechter in de samenleving kan via recycling een kleine economische opleving in de papierbranche tot stand brengen. En eigenlijk had ik ook een excuus. De uitnodiging die ik in 1973 ontving en aannam, schrijvende, dat ik zou *proberen* iets tot stand te brengen had betrekking op het thema: Taak en organisatie van de rechterlijke macht. Daarin lagen, zo meende ik, thema's verscholen, die ook zonder de analyse van complexe algemeenheden, op niet volstrekt zinloze wijze konden worden behandeld. Maar het Bestuur van uw vereniging heeft mét de Werkgroep de bakens verzet. In juli 1974 was het onderwerp geworden: de positie van de rechterlijke macht in de samenleving. Pas nu begrijp ik, dat het de preadviseurs zijn, die het materiaal bijeen moeten brengen, dat aan de staatscommissie dient te worden aangeboden, vóór deze aan het werk kan slaan. Ik heb vertrouwen in mijn mede-preadviseurs. Zij zullen de staatscommissie ongetwijfeld van waardevolle gedachten op dit punt voorzien. Wat mij betreft ik zal mijn beperkingen onder ogen moeten zien en enkel wat thema's behandelen of zelfs maar aanstippen, die concreet te maken hebben met de rol van de rechter in de samenleving. Ik had er voorlopig dertig geïnventari-

seerd(8), die mij voldoende boeiden om er wat over te zeggen. Maar tijd en ruimte ontbreken – zoals al spoedig bleek – om ze zelfs maar grotendeels te behandelen. Ik heb dus een keuze gemaakt. Maar ook dat behoeft niet te betekenen, dat die keuze de lezer boeit. Daarom is ieder thema – behalve wellicht het eerste – van een duidelijke omschrijving voorzien en kan men elk thema, dat weerzin opwekt, overslaan, zonder dat daardoor de andere onderwerpen óók nog onbegrijpelijk worden. Er is geen enkel bezwaar om van dit preadvies kennis te nemen in de trein op weg naar Roermond. Maar als men van Venlo komt, zou het aardig zijn de lezing reeds op het perron van Venlo aan te vangen.

1. *De onvermijdelijke spanning*

Wat ik hieronder versta kan door de navolgende voorbeelden verdelijk worden:

a. Onlangs is een salarisregeling tot stand gekomen voor hogleraren, krachtens welke een nieuw benoemd hoogleraar pas na een jaar of vijftien het salaris bereikt, dat voordien ieder hunner reeds bij zijn benoeming verkreeg. Vanzelfsprekend betekent dit, dat de financiële lasten verbonden aan het hoogleraarschap voor de staat aanmerkelijk zijn verminderd en ook, dat het hoogleraarschap – financieel gesproken – een flink stuk minder waard is geworden. Deze regeling heeft niet veel verzet ontmoet. Minder verzet, zo neem ik aan, dan wanneer met een zelfde financieel eindresultaat het globale salaris van de hoogleraar was verminderd, minder ook

(8) Hier volgt de opsomming: 1. De anonieme rechter. 2. De rechterlijke macht, haar aanzien en verhevenheid. 3. Toga en rituelen. 4. Rechtshulp en kosteloos procederen. 5. De unus iudex. 6. Het carrière-systeem binnen de rechtspleging. 7. De benoeming van rechters. 8. Een onvermijdelijke spanning. 9. De rechter en zijn onafhankelijkheid. 10. Het proces als vorm van uitschakeling van kritiek (Luhmann). 11. Contempt of court and the sub-judice-regel. 12. De jury als toetssteen. 13. De gespecialiseerde rechter. 14. Instanties in strafzaken. 15. Het pleidooi in civiele zaken. 16. Integratie (of afschaffing?) van de kantongerechten. 17. De opleiding tot rechter. 18. Recht en redelijkheid. 19. Substantial due process en formeel due process. 20. De politieke rechter. 21. Rechtshistorische interpretatie. 22. Het kort geding. 23. Versnelling van de civiele procedure (procederen op verkorte termijn). 24. 1966/178 of kwadrataire onredelijkheid. 25. Rechtspraak ad personem, en ad rem. 26. Dissenting opinion. 27. Het bemiddelend vonnis. 28. Rechtspraak contra legem. 29. Small-claims courts? 30. Rechters op reis.

dan wanneer het salaris van hoogleraren vanaf het bereiken van de zestigjarige leeftijd geleidelijk zou worden verminderd. Beide laatste methoden, zouden met evenveel kracht van redenen verdedigd kunnen worden als de thans gekozene. Om onaangenaamheden met kollega's te voorkomen over hervormingsvoorstellen, die niet bestaan en voorlopig kennelijk niet haalbaar zijn, ga ik dat niet beargumenteren. Niet haalbaar onder de huidige omstandigheden, en waarom kostte het dan zo weinig moeite onze jeugdige knappe koppen met hun wereldhervormend élan, die bereid zijn een betrekking te aanvaarden, die hen op zijn best tot vakidioten bestempelt zonder vrije tijd, zo in het financiële vlees te snijden? Dood-eenvoudig omdat er geen organisatie is van mannen en vrouwen, die op het punt staan hoogleraar te worden. De reeds benoemden zijn veilig op grond van verkregen rechten. Het is een nare, maar niet ongewone eigenschap, dat men weinig moeite heeft om nieuwkomers moeilijkheden of gebrek aan faciliteiten op te dringen, die men zelf niet meer kan ontmoeten. Dat jonge hoogleraren nog zoveel moeten leren, is als argument aangevoerd. Een redelijk tegenargument zou zijn, dat zij in ieder geval genoeg weten om reeds zo jong benoemd te worden. Maar wie moet dat opwerpen? En wie kan naar voren brengen, dat oudere hoogleraren al zoveel hebben afgeleerd, dat dat ook wel eens op een negatieve rekening zou kunnen worden gezet?

b. De amerikaanse socioloog Irving Kristoll heeft zich onlangs afgevraagd of er veel terecht zal komen van de zo urgente hervorming van de universitaire opleiding in de V.S. Van de hoogleraren, zo zegt hij zonder aarzeling, is in dit opzicht in ieder geval weinig of niets te verwachten, want geen enkele sociale groep bezit de verbeeldingskracht zichzelf en de eigen situatie te doorschouwen: 'Individual members of the group may and do- but the group as a whole cannot.'

Zou er reden zijn om aan te nemen dat het anders is als wij de groep van hoogleraren vervangen door de groep van leden van de rechterlijke macht? Of geldt ook hier, wat Kristoll zegt:

So the beginning of wisdom in thinking about (universities) is to assume, that the (professors) are a class with a vested interest in and an implicit ideological commitment to the status quo, broadly defined, and that reform will have to be imposed upon them as upon everyone.

Dat is hard gezegd en ik houd mijn hart vast als ik denk aan wie die hervorming *dán* zullen doorvoeren, omdat ook de legitieme belangen van de groep dan wel eens zó in verdrukking kunnen komen, dat daardoor alleen reeds de hervorming mislukt, maar het lijkt mij toch waar in deze zin, dat het bijzonder moeilijk is een groep – in casu de rechterlijke macht – uit zich zelf te laten komen tot hervormingen, wanneer die in ieder geval óók dit aspect vertonen (daargelaten of zij heilzaam zijn) dat zij de groep of een aanmerkelijk deel van de groep schade of onzekerheid toebrengen. Alleen wie de mythe handhaaft dat rechters zo ontstegen zijn aan eigen belang, dat zij zich zonder mankeren laten uitschakelen of degraderen, als daarmee een objectief welzijn te behalen valt, zal er anders over denken.

Stel eens dat de vraag rijst en in positieve zin wordt beantwoord, of we onze gerechtshoven niet kunnen afschaffen? Zou het dan zo vreemd zijn, dat alle individuele raadsheren van hoven zich óók zouden afvragen: en wat moet er dan met mij gebeuren. En dat die vraag hun oordeel *mée* zou bepalen?

Een commissie uit de Kring van Kantonrechters heeft in december 1973 een bijzonder interessant rapport uitgebracht, met veel critische gegevens over de rechtspleging in het buitenland. (Over de duitse rechters uit de Weimar-republiek wordt – terecht – gezegd: de staaltjes politieke klassejustitie uit die tijd zijn legio, en over de duitse rechterlijke macht na de tweede wereldoorlog wordt zonder protest Sonnemann geciteerd – men had ook bij mijn collega Willem Nagel te rade kunnen gaan – die, in 1963 spreekt over de ‘Pervertierung der menschlichen Grundnormen im Berufsstand der Richter’.) Er is dus geen sprake van, dat het rapport de vroeger wel gekoesterde idee handhaaft dat het rechterschap als zodanig een verheven zaak is, die de mens als rechter aan critiek van gewone stervelingen onttrekt.

Maar toch luidt de laatste alinea van het rapport aldus:

Naar de mening van de Commissie behoeft er in Nederland niet geïmporteerd te worden. Nederland heeft een eigen systeem ontwikkeld, *welk systeem ten aanzien van de kantonnale rechtspraak* – behoudens enige gerechtvaardigde critiek op niet principiële, het systeem als zodanig niet rakende onderdelen – *voortreffelijk werkt*.

Het gaat er nu niet om of dit juist is of onjuist. Ik wijs er alleen op, dat kantonrechters van kantonrechtspraak – en niet van andere

rechtspraak – zeggen, dat zij in Nederland voortreffelijk werkt. Het typische van die conclusie is, dat ze zó te verwachten is, dat alleen reeds daardoor argwaan ontstaat. Al behoeven we niets te importeren, zou het dan toch niet kunnen zijn, dat ons inheems gewas verbeterd kan worden?

Deze spanning bedoel ik en die spanning maakt ook duidelijk, van welke bijzondere betekenis de samenstelling van de Staatscommissie is. Naar mijn mening kan alleen in een soort revolutionaire toestand een hervorming opgezet en doorgevoerd worden, zonder dat de belanghebbenden daarin een belangrijke stem hebben of zonder dat ze grandioos mislukt, als die stem ontbreekt. Dat wil niet zeggen, dat daarmee iedere wezenlijke hervorming, waarmee óók gevestigde belangen gemoeid zijn, onmogelijk is. Maar wel, dat dan een extra handicap te overwinnen is, die meestal niet overwonnen wordt, tenzij men terdege rekening houdt met die belangen.

En tot goed verstand citeer ik nog eens Kristoll met een kleine variant: 'er is geen enkele reden om aan te nemen, dat de nederlandse (kanton)rechters bijzonder kortzichtig of egoïstisch zijn'. Maar evenmin – denk ik – om aan te nemen, dat (kanton)rechters bijzonder op zelfvernietiging gesteld zijn.

In de navolgende thema-behandelingen doe ik meestal net alsof er geen belangen van de 'in-group' betrokken zijn bij een reorganisatie. Ik ga dus gewoon na of het wel zin heeft in strafzaken hoger beroep te handhaven, of de kantongerechten niet beter in de rechtbanken geïntegreerd kunnen worden. Maar ik heb dit thema van de onvermijdelijke spanning vooropgezet om niet de indruk te wekken, dat ik nog wereldvreemder ben dan sommigen denken.

2. *De te onzent onbeminde jury*

Dit onderwerp, door A. Mulder bij wege van uitdaging als toetssteen der 'Reformbedürftigheid' onzer rechtspraak opgeworpen (9) en door de werkgroep overgenomen (10) kan eigenlijk niet in kort bestek worden behandeld. Toch zal ik mij tot een paar gedachten beperken. De jury – ik doel hier op het klassieke systeem van de twaalf gezworenen in strafzaken – wordt bij ons sinds jaar en dag voornamelijk gezien als een onuitroeibaar cuvel in vreemde rechts-

(9) *Gedachten*, blz. 98.

(10) *Gedachten*, blz. 7 onder d).

stelsels, waarvan wij goddank verschoond zijn gebleven. Wie ziet hoe een prominent strafrechtsgeleerde als W. Pompe was, zich in 1967 met 17 regels van het probleem afmaakte en vooral met welke argumenten (11) begrijpt, dat de pleiter voor invoering van een jury-systeem – al is het maar in beperkte vorm – tegen windmolens vecht. Van 1809 tot 1813, zo schrijft Pompe, hebben wij de jury gekend (wat al niet juist is) en daarna is zij uit onze wetgeving verdwenen: 'et il n'y a aucune tentative sérieuse de rétablir cette institution'. Dat laatste is wel volstrekt in strijd met de feiten, want tot ongeveer 1870 wemelde het van de petities en eisen om de jury weer in te voeren. Dat dit geen resultaat heeft opgeleverd is een andere zaak. De afwijzing werd echter allerm minst gebaseerd op de superioriteit van het eigen stelsel, maar werd gemotiveerd door er op te wijzen, dat wij voor het jury-systeem nog niet rijp waren. In 1851 heette het, 'dat de jury ook hier te lande bij meerdere ontwikkeling van onze constitutionele instellingen, in een meer of minder verwijderd verschiet, door de natie zal worden verlangd'. (12)

Pompe vroeg zich tenslotte af, waarom bij ons de jury geen genade kan vinden en antwoordde: daar te onzent de overtuiging bestaat dat 'juger des hommes en droit pénal est la tâche de juristes compétentes'. Op de vraag: waarom geen leken betrekken bij de strafrechtspraak, luidt het antwoord dus: omdat strafrechtspraak een taak is voor juristen. De aanhangers van jury-rechtspraak zouden niet onredelijk zijn als zij zouden volhouden, dat hun vraag nu juist was, waarom dat zo is.

Ik neem aan, dat wederinvoering van enige vorm van jury-rechtspraak bij ons geen kans maakt. Ik heb nog nooit zelfs maar een gematigd voorstander daarvan gesproken, dan alleen in monoloog met mijzelf. Waarom is die situatie zo als zij is? Wellicht zal men antwoorden: wegens de slechte ervaringen, die er in het buitenland mee opgedaan zijn. Wij hebben geleerd van de fouten van anderen. Daarbij ziet men dan echter wel een paar feiten over het hoofd. Op jury-rechtspraak is inderdaad critiek uitgeoefend, daar waar zij in praktijk werd gebracht en zeker niet altijd zonder goede gronden. Maar waar het om gaat is, of men daar dit systeem met zijn tekortkomingen zou willen inruilen voor ons systeem. En onze zelfverzekerdheid moet toch wel een beetje aan het wankelen worden gebracht, als wij kennis nemen van de resoluties van de studiec om-

(11) In het congresboek: *Le jury face au droit pénal moderne*, Bruxelles 1967, blz. 253.

(12) W. Wintgens, *Advis over Regierlijke Organisatie*, 1860, blz. 29 e.v.

missie van de Union Internationale des Magistrats, die in oktober 1973 te Brugge bijeenkwam:

Wat het strafrecht betreft acht de grote meerderheid het wenselijk het principe van de deelname van de burgers aan de rechtspraak te handhaven hetzij als gezworenen hetzij als bijzitters, terwijl een meerderheid meent, dat zij zelfs over de schuldvraag samen met de beroepsrechters moeten beraadslagen. Zij is eveneens voorstander van de aanwezigheid van leken in de organen van de kinderrechtspraak...

Zij meent, dat als logisch uitvloeisel van het vorenstaande tevens bevorderd dient te worden, dat aan de rechtspraak in hogere feitelijke instanties door lekenrechters wordt deelgenomen.

Met betrekking tot de eisen van benoembaarheid der rechters meent zij, dat het voor het strafrecht voldoende is te eisen, dat zij goede burgers zijn, voor het kinderrecht moet daar toch aan toegevoegd worden bijzondere ervaring in jeugdproblemen. (13)

Dat klinkt aanzienlijk minder negatief dan velen onzer verwacht en wellicht gehoopt zullen hebben.

Naar mijn idee is dat ook niet verwonderlijk, want een goed jury-systeem moge dan in het strafrecht geen betere, geen 'deskundiger' uitkomsten opleveren dan geboden worden in het systeem dat alleen de beroepsrechter kent, het heeft, in gevallen waarin het van belang is dat de uitspraak vertrouwen inboezemt van zoveel als mogelijk – daartoe de meeste kans. Verpaalen heeft onlangs voor bepaalde juridische beslissingsterreinen betoogd, dat speciale rechters – niet behorend tot de gewone rechterlijke macht – zelfs dan de voorkeur verdienen als vaststaat dat hun beslissingen slechter zijn dan die van beroepsrechters, mits die slechtere beslissingen de betrokken rechtzoekenden meer vertrouwen inboezemen. Dat gaat mij rijkelijk ver want vertrouwen is ook niet alles, zoals oplichters en zij die opgelicht worden vanuit verschillende optieken weten. Maar hier gaat het om simpele zaken, waarvoor vakmatige deskundigheid niet vereist is. Of vaststaat dat iemand een bepaald feit begaan heeft, is geen juridische kwestie. Het is een oordeel dat in twijfelgevallen van persoon tot persoon kan verschillen, maar dat door juridisch inzicht niet wordt verscherpt en, naar ik meen, door

(13) De resoluties zijn opgenomen in het *'Mededelingenblad'* van de Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak, voorjaar 1974, nr. 28, blz. 37.

routine (die trouwens niets met het zijn van jurist te maken heeft) evenmin wordt verbeterd. Lindsay (14) heeft het als terloops aldus gezegd: 'We have in the jury system a relic of this device of what Professor Lowell has called sample democracy, *but its extension to any but the simplest jobs is clearly impossible*'. Dat neemt echter niet weg, dat deze eenvoudige zaken grote betekenis en geladenheid kunnen hebben. De beoordeling van handelingen van verklaarde tegenstanders van een vigerend staatsbestel kan – in principe – even goed door beroepsrechters als door leken geschieden. Maar een veroordelende uitspraak door de eersten kan in een turbulente tijd of onder turbulente omstandigheden niet alleen de veroordeelden, maar ook een deel van de bevolking met argwaan vervullen op grond van het simpele feit, dat beroepsrechters staatsambtenaren zijn, aangesteld door de executive en door deze bezoldigd. 'Il faut même que les juges soient de la condition de l'accusé, ou ses pairs, pour qu'il ne puisse pas *se mettre dans l'esprit*, qu'il soit tombé entre les mains des gens, portés à lui faire violence' schreef eens een beroemd oud-rechter. (15) En dat gold dan vooral 'dans grandes accusations'.

Er is dus best wat ten voordele van het jury-systeem te berde te brengen en bij een voortgang van de politieke verscheidenheden, gelijk onze tijd die te zien geeft, zou ik mij zelfs kunnen voorstellen, dat ook de beroepsrechter bij ons op den duur de instelling daarvan als een positieve zaak zouden beschouwen.

Er is in een studie van Kalven en Zeisel (16) aangetoond, dat jury's iets meer vrijspreken dan beroepsrechters. In Engeland is het verschil echter bijzonder klein, in de V.S. wat groter. Drabbe heeft in zijn boek over de jury betoogd, dat dit de ondeugdelijkheid van het jury-systeem aantoonst: de schuldige verdachte kiest voor de jury, omdat hij dan meer kans maakt om vrijgesproken te worden, want een jury is emotioneler, gemakkelijker te beïnvloeden. (17) Het argument overtuigt mij niet, want een emotionele jury zou door een welsprekend aanklager óók tot meer veroordelingen kunnen worden verleid. Bovendien gaat het uit van een feit: de *schuldige* ver-

(14) *The modern democratic state*, volume one, 1947, blz. 282.

(15) Montesquieu, *De l'esprit des lois*, Boek XI, hoofdstuk zes.

(16) Ik heb alleen van uittreksels van die studie: Disagreement between jury and judge (1966) kennis genomen. Deze uittreksels zijn te vinden in: *Sociology of Law*, 1969, een reader samengesteld door V. Aubert, blz. 237 e.v.

(17) L. W. M. N. Drabbe: *Deelneming van leken aan strafrechtspiegeling*, 1955, blz. 90 e.v. Een zeer interessante studie.

dachte, dat nu juist niet vaststaat noch komt vast te staan. Maar laten we aannemen, dat het waar is. Dan betekent dat, dat een jury *vdker* dan beroepsrechters mensen, die een telastegelegd feit wel degelijk hebben begaan vrijspreekt, hoewel natuurlijk ook beroepsrechters mensen vrijspreken die schuldig zijn aan het feit. Zou dat verschil dan te verklaren zijn door aan te nemen, dat leken makkelijker twijfelen aan het begaan zijn van een feit dan beroepsrechters? Zo ja, welke twijfel is dan de beste? Ik ben echter van mening dat de vraag: heeft hij het gedaan, ja of nee, zo'n vaak simpele en steeds onjuridische kwestie is, dat het oordeel daarover niet te correleren valt met de tegenstelling: juristen – leken. En als er een correlatie bestaat dan zou ik menen, dat juristen the reasonable doubt meestal verder uitstrekken dan de gewone man, die zich door theoretische mogelijkheden niet van de wijs laat brengen. Als dat zo is dan is dat meerdere aan vrijspraken bij leken te verklaren door het feit, dat zij gepleegde formeel strafbare feiten, niet strafwaardig vinden, niet wensen te laten bestraffen.

In de jury-rechtspraak vermengt zich ons begrip van vrijspraak met de idee van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid op een ongekunstelde wijze. In laatste instantie is uitoefening van strafrecht beteugelde vergelding. Misschien zal in een betere toekomst de vergeldingsidee geheel overwonnen worden, nu is het nog zo, dat ook als preventie of heropvoedingsaspecten geen enkele reële betekenis hebben, daarmee de idee dat gestraft moet worden nog niet is verdwenen. Dat kan en moet men betreuren omdat zulke straf alleen maar een kwaad is, en als straf niets goeds uit kan richten. Maar daarmee is het verschijnsel niet verdwenen.

Maar de tegenkant van deze lelijke medaille geeft dit beeld te zien: als een jury van gewone mensen, die het volk vertegenwoordigen, het formeel strafbare feit dat begaan werd niet strafwaardig acht, zal zij ook geen behoefte aan vergelding hebben en dus vrijspreken. Ik zeg niet, dat zo'n jury daarbij steeds rechtvaardig of redelijk handelt. Ik meen alleen, dat niet de beroepsrechter maar de jury van leken in staat is op deze wijze de algemeenheid van de strafbepaling en de daaraan inherente onrechtvaardigheid in individuele gevallen te corrigeren.

Twee uitspraken van beroemde engelse rechters over de jury. Ze klinken allebei wat hoogdravend in de oren van ons, die de jury hebben uitgebannen, maar kunnen daarom nog wel leerzaam zijn: Devlin: 'The jury is the lamp, which shows, that freedom lives'.

Denning: 'Time and again the jury has been found to be our safeguard against harsh laws, but also against prejudice and legal formalism'.

En al zegt diezelfde rechter Denning vervolgens, dat het jury-systeem vooral in engels-sprekende en denkende landen de aangewezen oplossing is, omdat de mensen daar zo verstandig en evenwichtig zijn en niet deugt voor de latijnse landen, voorzien van een temperament 'easily moved to pity or hate', toch zou ik menen, dat de enige geldige reden, waarom wij geen jury-systeem zullen invoeren en het, naar ik vrees, niet eens zullen overwegen déze is, dat we er nooit mee hebben leren werken. En eigenlijk zeg ik dat met tegenzin en met kleine hoop op tegenspraak.

3. *De benoeming tot rechter* (18)

Zeker een van de neteligste problemen bij herziening van de rechterlijke organisatie, die minstens moet beogen – en terugblikkend bezien niet zonder redelijke kans – óók voor een flink deel van de 21ste eeuw te gelden, is het rechterlijk benoemingsbeleid.

Waarom is het zo'n netelig probleem? Niet – en niet bij benadering in een mate als vroeger het geval was – wegens het deskundigheidsvereiste. Het is maar een subjectief oordeel – maar ik ervaar de meeste rechters van alle geledingen als minstens redelijk deskundige vaklieden, terwijl het vak mettertijd aanzienlijk ingewikkelder en onoverzichtelijker is geworden. Misschien is het aan de gestelde eisen van deskundigheid te wijten, dat de laatste jaren bij vacatures een zo opvallend gering aantal kandidaten zich zelfs maar aanmeldt, maar toch ga ik aan dat probleem voorbij, omdat ik meen (19) dat het van snel voorbijgaande aard is.

Maar waarom dan wel? Ik zal proberen het zo te zeggen, dat niet per se misverstanden worden opgeroepen, en dat betekent een wat omslachtige benadering van een zaak, die naar ik heb begrepen emotioneel geladen is:

In de rechterlijke uitspraak wordt de concrete rechtspositie van de

(18) Hiervan valt niet los te denken het systeem van de selectie van toekomstige rechters (R.A.I.O.'s). Ook de bevorderingen binnen het systeem staan er in direct verband mee.

(19) Ik heb dit nader uitgewerkt in een artikel in het *Tijdschrift voor Privaatrecht*, 1973, nr. 2: De opleiding van de magistratuur in Nederland, blz. 355-390.

individuele burger vastgelegd, soms ook krachtens de werking van het jurisprudentierecht voor de toekomst het recht bepaald. En de rechterlijke uitspraak, die dat doet, heeft – volgens sommigen steeds, volgens anderen nogal eens – een politiek aspect *in deze zin*, dat de keuzevrijheid, die de algemene regeling, welke van toepassing is, openlaat of via open normen veronderstelt, door de rechter zo kán worden ingevuld als overeenkomt met zijn denken over maatschappij en samenleving. Nu lijkt het duidelijk, dat de invulling van deze vrijheid, die ik dus aanduid als politieke werkzaamheid, lang niet altijd de uitspraak en haar gevolgen onder critiek van de samenleving stelt. In heel wat gevallen immers is de keuze niet alleen een redelijke (wat niet wil zeggen, dat de andere keuze onredelijk zou zijn) maar wordt zij ook als zodanig ondervonden (wat niet hoeft samen te gaan) en in weer andere gevallen is de keuze wellicht aanvechtbaar – en wordt zij door juristen-vakmensen vaak met grote aandrang bestreden – maar blijft zij als juridisch-technisch probleem buiten de belangstelling van de gemeenschap. De gemeenschap kan zich bij dat ontbreken van belangstelling bijzonder vergissen en zéér ten onrechte menen, dat de zaak maatschappelijk niet relevant is, maar slechts een onder-onsje voor juristen. Dat gebrek aan belangstelling – met grote vrijheid voor de rechtspraak en een ontbreken van critische begeleiding – is een symptoom van ‘politieke bewusteloosheid’ van de gemeenschap en ik denk dat wij – behoudens enige uitschieters – een zeer lange periode van die bewusteloosheid sinds zo’n jaar of tien *achter* ons gelaten hebben.

De met de mond beleden – of niet tegengesproken – waardering voor recht en rechtspraak was toch vaak niet veel meer dan een uiting van volstrekte onverschilligheid voor iets waar men in het algemeen het belang niet van inzag. Daar moet eerlijkheidshalve wel aan toegevoegd worden, dat onze rechterlijke macht in ieder geval niet manifest tegen de keer inging, zoals bijv. in het Duitsland van de Weimar-republiek, waar reeds tussen de beide wereldoorlogen een zeer virulente critiek op de rechterlijke macht met haar ‘Abneigung’ van de republikeinse staatsinstellingen gestalte vond en onder leiding van onder meer Radbruch zelfs tot splitsing onder de rechters zelf leidde via de oprichting van een ‘Republikanische Richterbund’. Hedemann schreef hierover verwijtend: ‘Dadurch ist auch der politische, sogar ins Parteipolitische hinübergreifende Stoff zum Diskussionsgegenstande des richterlichen Ver-

bandswesens geworden'. (20) Dat was in 1927. In 1942 luidde art. 20 van het Volksgesetzbuch, waarvan deze Hedemann een der drie opstellers was:

Der Richter spricht Recht nach freier Überzeugung und nach der von der nationalsozialistischen Weltanschauung getragenen Rechtsauslegung.

Deze 'Grundregel' stond, aldus Hedemann 'im Dienst des Partei-programms' enz. Maar ook zonder evidente afwijkingen binnen de rechtspraak van wat het denken in de samenleving eist, kan bij toenemende verschillen in inzicht omtrent de inrichting der samenleving en daarmee haast noodzakelijk gepaard gaand grotere politieke betrokkenheid der staatsburgers, de keuze in vrijheid, die de rechter geboden wordt, problematisch worden.

Die situatie doet zich te sterker gelden al naargelang:

- a. de groep van de rechters verder af staat van het merendeel der bevolking of als vër afstaand wordt ervaren;
- b. de vrijheidsmarge wordt uitgebreid onder invloed van nieuwe denkbeelden omtrent de verhouding rechter-wetgever-samenleving.

Onder die omstandigheden kan met klem de vraag gesteld worden: hoe komt het dat onze rechters altijd, vaak, nogal eens (21) afwijken van wat in onze samenleving een gebruikelijke gedachtengang is, waarom opteren zij altijd, vaak, nogal eens voor juist dit – toch fel omstreden – standpunt?

Als dan het antwoord kan zijn: geen wonder, want die rechters vormen een besloten groep, die zichzelf aanvult, een groep bovendien die historisch vanuit een soort 'bovenlaag' van de bevolking is ontstaan, dan houdt dat antwoord het verwijt in van een ondemocratische benoeming van mensen tot rechter, die er de oorzaak van is dat hun vrije beslissingen, die de burgers binden, in een bepaalde richting uitvallen.

Ons systeem van rechter-benoeming staat aan deze critiek bloot. In feite worden alle rechters weliswaar door de Kroon benoemd, maar geheel in overeenstemming met de wensen van het rechterskollege, waarbij de rechter verlangd wordt. Het is mijn vaste overtuiging, mijn ervaring zou ik haast durven zeggen, dat aldus slechts

(20) Justus Wilhelm Hedemann, *Einführung in die Rechtswissenschaft*, zweite Auflage, 1927, blz. 477.

(21) De modaliteiten hangen af van de aard van het politieke denken der critici.

zelden rechters worden aanbevolen, die niet voldoende deskundig zijn of het beloven te worden en dat, zo dit ooit gebeurt, het nog veel zeldener voorkomt, dat de reden daarvan is het handhaven van een bepaalde denksfeer binnen het kollege. Aan onze gerechten moet redelijk hard gewerkt worden en iedere benoeming van een niet-deskundige, betekent een flinke overlast voor de anderen. Maar komt het niet méér voor, dat een wel deskundig sollicitant niet wordt aanbevolen, omdat men zijn mentaliteit niet aanvaardt, omdat hij in het team niet thuis-hoort, niet een der onzen is of kan worden?

Rechtspraak staat in dienst van een publiek belang, dat allerlei onderscheidenheden en facetten vertoont. Die dienst aan het publiek belang, te leveren door de rechtspraak, kan – als we de overige factoren constant houden – het best tot haar recht komen als de rechterlijke macht op een wijze wordt samengesteld, die de vertegenwoordiging van die onderscheidenheden en facetten het best waarborgt, die in ieder geval de klacht, dat dit niet gebeurt niet kan leggen bij de wijze waarop de rechterlijke macht zich samenstelt. Ik sprak over constant houden van de andere factoren. Ik doelde daarbij op behoorlijke deskundigheid en integriteit. Een factor, die echter op deze wijze per definitie niet constant gehouden kan worden in deze constellatie is de 'team-verbondenheid' van de nieuwe rechter als voorwaarde voor zijn benoeming. De aanwezigheid van die factor is een toevalligheid, die niet beoogd werd. Het handhaven van die eis zou immers juist de klacht van hen, die beweren dat rechters – binnen de grenzen van het deskundig aanbod – niet zoveel mogelijk het denken in de nederlandse samenleving representeren, kracht bijzetten en continueren.

Dat komt erop neer, dat men het systeem van de rechterlijke aanbevelingen in de vorm, zoals dat thans werkt, niet zal dienen te handhaven. Voor onze denksfeer – en ik denk a fortiori voor die van komende generaties – trekt immers zo'n bijna bindende aanbeveling dat, wat een publieke zaak en een publiek belang is, te uitsluitend in de kring-van-het-onder-ons en zal dus wantrouwen wekken – terecht of ten onrechte – dat doet er in wezen niet toe, waar de condities voor wantrouwen gegeven zijn. En die condities zijn volop aanwezig in een maatschappij op drift, met grote verschillen in denksfeer en levenswijze, een maatschappij bovendien, waarin men – niet op mijn verzoek overigens – de gebondenheid van de rechter aan de wet alleen maar wenst, als men de wet redelijk vindt.

Ik zal nu wel moeten zeggen, hoe ik mij de benoeming van rechters in de toekomst voorstel, maar ik zal mij beperken tot de grondlijnen, niet verwachtende dat ik veel instemming zal krijgen, maar desondanks in een voor mij niet steeds gebruikelijke rustige overtuiging, dat het tóch die kant op moet.

De sollicitanten voor het rechtersambt – in ruime zin genomen – dienen te verschijnen voor een Raad voor de Rechterlijke Macht, die hen op hun geschiktheid voor het verlangde ambt beoordeelt. Die Raad stel ik mij voor als bestaande uit (tenminste) 12 leden, alsmede een voorzitter, die geen stemrecht heeft als hoedanig ik mij denk een door de minister van justitie aangewezen vertegenwoordiger van zijn ministerie. De helft van de stemhebbende leden bestaat uit leden van de rechterlijke macht, benoemd door de Vereniging voor Rechtspraak, en liefst met variaties naar leeftijd, functie en geslacht. De andere helft van de stemhebbende leden van de Raad is samengesteld uit leden van de Kamer(s). De Kamer(s) zelf benoemen of kiezen deze leden voor een bepaalde tijd, die niet al te kort mag zijn en die bijvoorbeeld zou kunnen samenvallen met de gewone zittingsduur van een kabinet. Ook bij de rechterlijke leden moet wisseling plaatsvinden, maar ook daar dient de termijn niet te kort gesteld te worden. Herverkiezing zou echter uitgesloten moeten zijn, omdat bij mogelijkheid daarvan het niet-herkiezen vaak als een diskwalificatie geldt zodat de leden hun taak gaan perpetueren.

De Raad maakt een voordracht op van drie of vier personen, voorlopig zonder voorkeur. Deze voordracht wordt gestuurd naar het college, waarvoor de vacature geldt. Het college kan bedenkingen tegen gepaalde kandidaten aanvoeren, schriftelijk en gemotiveerd. Het kan geen andere kandidaten suggereren en evenmin mag het een voorkeur te kennen geven (al zou die bij bedenkingen tegen alle voorgedragenen minus één toch wel indirect tot stand komen). Na ontvangst van het advies maakt de Raad een definitieve voordracht op en wel naar voorkeur, welke aan de Kroon wordt aangeboden. Aan die voordracht is de Kroon gebonden aldus, dat zij één van de voorgedragenen moet benoemen.

De benoeming van leden bij de Hoge Raad zou ongewijzigd kunnen blijven. Maar ook daar zouden vacatures gewoon opengesteld moeten worden. Ook bij hoogleraren heeft men daar aan moeten wennen. Maar het lukt wel.

Prakke schrijft:

En inderdaad is het wel zeker dat het gebrek aan effectieve macht het rechters onmogelijk maakt met blijvend success op te treden tegen een repressieve wetgeving in een repressief maatschappelijk klimaat. (22)

Waar, zo versta ik dit, onbehoorlijke wetgeving de instemming en bijval ondervindt van de bevolking, zal de rechtspraak na verloop van tijd dienovereenkomstig onbehoorlijke uitspraken geven.

Prakke maakte deze opmerking in een studie over het toetsingsrecht. Als argument *vóór* toetsingsrecht wordt wel eens aangevoerd, schrijft hij,

dat het in kwade tijden als de burgerlijke vrijheid gevaar loopt, een dam zou kunnen opwerpen tegen al te ver gaande vrijheidsbeperkingen.

En hij citeert dan ter weerlegging Hugo Black, die in 1937 door Roosevelt tot rechter in het Supreme Court van de V.S. werd benoemd:

It should be clearly brought out that it is mere fantasy to see the judicial power as a means of stemming the strong and steady tide of intolerance and suppression. If these things are what our people want, they will get them.

Black is meer dan 30 jaar aan het Hof verbonden geweest. Hij was een fervent voorstander van Roosevelt's New-Deal regelingen, waarvan er *vóór* zijn benoeming een flink aantal ongrondwettig waren verklaard, wat grote onrust in het land had verwekt. Black's standpunt is gemakkelijk te verklaren, want tevoren was hij als democraat lid van de Senaat geweest en had hij o.m. een wetsontwerp mee ingediend, dat uiteindelijk zou uitgroeien tot de Fair Labor Standards Act. Zijn benoeming bij het Hof vormde een keerpunt in de juridische strijd: hij bracht de meerderheid bij de voorstanders van de New-Deal en na zijn benoeming is geen onderdeel van deze wetgeving meer ongrondwettig verklaard. Men zou dus geneigd zijn te zeggen, dat we hier te maken hebben met een rechter, die de 'judicial restraint' in zijn vaandel heeft geschreven, terwijl Black in feite toch bekend is als een 'judicial activist'.

Het lijkt mij de moeite waard deze kwestie wat nader te beschou-

(22) L. Prakke, *Toetsingsrecht*, preadvies uitgebracht voor de Nederlandse Vereniging voor Rechtsvergelijking, 1971, blz. 80.

wen. Black had voor zijn houding inzake de New-Deal wetgeving behalve een politiek motief ook een rechtstheoretische grondslag. Hij was een verklaard tegenstander van de leer van het '*substantive due process*'. Dit laatste houdt in, dat het hoogste Hof de 'reasonable-ness', de redelijkheid van federale en statelijke wetgeving mag en moet beoordelen, en bij ontbreken daarvan die wetgeving ongeldig zal verklaren. Daartoe woog het Hof bijv. bij een New-Deal regeling het publieke belang daarvan af tegen particuliere eigendomsrechten

and held manytimes that state regulations of health- or labor conditions unduly infringed on the rights of private property. This concept was the Court's major weapon against social legislation. (23)

De conservatieve rechters van het Hof waren in deze gevallen dus verregaande activisten.

Na de tweede wereldoorlog en met name vanaf de Mc-Carthy-periode en de inzet van de koude oorlog, lijkt het alsof Black zijn oude standpunt heeft verlaten. Eerst als dissenter, later sprekend voor een eensgezind Hof of voor de meerderheid, verklaart hij herhaaldelijk ongrondwettig wetgeving en handelingen van de overheden, die strijdig zijn met de 'civil liberties'. Black is een activist geworden. De conservatieve rechters prediken nu 'judicial self-restraint'. De situatie is dan ook een heel andere geworden. Het is de executive, het congres, het zijn de staatswetgevers, die repressief gaan optreden. Aanvankelijk in een maatschappelijk klimaat dat zeer ongunstig is als het om bescherming van burgerlijke vrijheden gaat. En zie, het Hof

did give very restrictive interpretations of the right of freedom of speech in cases involving persons charged with Communist associations.

Black verzette zich via dissenting opinions ('individuals may and can do, the group as a whole cannot, om in ander verband nog een Kristoll te citeren). Toen de Mc-Carthy rage zich door haar toenemende hysterie begon te zelfmoorden (wat in andere woorden inhoudt, dat het klimaat niet blijvend repressief was) kregen Black en zijn medestanders de overhand.

Maar men moet goed inzien, dat er in deze gevallen geen sprake was van ongrondwettigverklaring van wetgeving en handelingen

(23) The justices of The United States' Supreme Court, 1789-1969, deel III, blz. 2329 e.v.

met behulp van de substantive due process leer, ofwel de leer van de redelijkheid. Nog in 1965 bleek in een heel scherp toegespitst geval dat Black zuiver gebleven was in zijn leer. In de staat Connecticut bestond een wetgeving inzake geboorteregeling, die verbood en strafbaar stelde het gebruiken én het adviseren van voorbehoedsmiddelen. Griswold en andere medici die voorbehoedsmiddelen hadden aangeraden werden onder die wet veroordeeld en gestraft. Deze wetgeving werd door het Hof onverbindend verklaard. Douglas, bijna steeds medestander van Black, gaf de opinion van de meerderheid, maar Black dissenteerde, hoewel hij van mening was en dat ook duidelijk zei, dat hier van een *volmaakt absurde* wetgeving sprake was.

Het verdient aandacht, dat ook Douglas de redelijkheidstoets als zodanig principieel verwerpt:

We do not sit as a superlegislature to determine *the wisdom, need and propriety* of laws, that touch economic problems, business affairs or social conditions.

Maar Douglas oordeelde, dat deze wet een recht van privacy schond, dat 'ouder was dan de Bill of Rights, ouder dan onze politieke partijen, ouder dan ons school-systeem'. Een soort voorgrondwettelijk ongeschreven grondrecht dus. In feite echter doet hij wel degelijk een beroep op de bijzondere onredelijkheid van de wet als hij zegt:

Would we allow the police to search the sacred precincts of marital bedrooms for telltale signs of the use of contraceptives? The very idea is repulsive to the notions of privacy surrounding the marriage relationship.

Ongetwijfeld zal Black het hier van harte mee eens zijn geweest (wie niet, zou ik haast zeggen, maar in Connecticut moeten dezulken er toch in meerderheid ooit geweest zijn), maar omdat hij anders dan Douglas in dit oordeel niets anders zag dan een redelijkheidstoets, ging hij met de conclusie van Douglas niet mee. Hij kwalificeerde de meerderheidsbeslissing als: a dangerous re-emergence of substantive due process.

Als het van belang kan zijn, wil ik wel toegeven dat ik met Douglas meegestemd zou hebben, hoewel ik vind dat Black gelijk heeft. Het is echter het gelijk van de volstreekte consequentie-drift en er komt een punt, hier bereikt m.i., waar alle theorie grauw is.

Hiermee is echter nog niet verklaard, hoe Black de belangrijkste

voorvechter kon worden van een judicial activism, dat zich uitstrekte over het gebied van de burgerlijke vrijheden. Men zou zo zeggen, dat het gebruiken van voorbehoedmiddelen toch wel duidelijk op dat terrein thuishoort.

De verklaring is niet zo ingewikkeld: de wetgevingen en daarop berustende handelingen en uitspraken, die Black aantastte, waren in strijd met een voorschrift van de constitutie. Niet het eigen inzicht omtrent de wijsheid of de stupiditeit van een wet leidde Black bij die beslissingen, maar de regels van de grondwet. Black is van oordeel dat bijv. de vrijheid van meningsuiting een (gelukkig *welhaast*) door de overheid onaantastbaar recht van het individu is, omdat de grondwet dit uitspreekt (first amendment). Zelfs Holmes' ontnappingsclausule als er sprake is van een 'clear and present danger' aanvaardt hij niet in deze omvang want

in moments of tension those who are deciding whether clear and present danger exists, will be far to prone to find such dangers.

Men zal nu wellicht betogen, dat Black toch – als het hem uitkomt – dezelfde resultaten bereikt als de aanhangers van de substantial-due proces-leer. Uit zijn dissent inzake Griswold v. Connecticut blijkt al dat dit niet het geval is.

Het verschil is aldus te omschrijven: Als Black een wetgevingsbepaling voor ongrondwettig verklaart, gebeurt dit op grond van strijd met een grondwetsartikel. Natuurlijk legt hij dit grondwetsartikel uit en hij geeft er een zeer sterke werking aan, maar ik zou ieder durven tegenspreken, die zegt, dat die uitleg van het artikel onredelijk is, en dus eigenlijk geen uitleg maar een vaststellen van de rechtsverhouding naar eigen redelijkheidsinzicht zonder meer.

Het zijn juist degenen, die wettelijke vrijheidsbeperkingen m.b.t. het gesproken en geschreven woord zo gemakkelijk geldig verklaren ondanks de grondwetsbepaling, die al spoedig in feite de autonome redelijkheidsleer toepassen. Slechts in schijn leggen zij het grondwetsartikel uit. In werkelijkheid wegen zij – naar hun inzicht van redelijkheid, hun politiek inzicht – het belang van vrije meningsuiting af tegen de belangen van de staat. Zij achten de wet redelijk ook al is deze onconstitutioneel. Dat blijkt duidelijk uit de zaak Barenblatt v. U.S.A.

Barenblatt weigerde aan een commissie uit het congres te antwoorden op de vraag of hij ooit lid van een communistische partij was

geweest. Hij kreeg daarvoor 6 maanden gevangenisstraf plus een geldboete. De meerderheid van het Hof hield die beslissing in stand. Zij maakte daarbij gebruik van de methode, die als substantial due proces bekend staat en waarmee men álles kan bereiken. Het is de

so-called balancing test holding that the public interests outweighed the interest of the individual in this situation.

Black, gesteund door Warren en Douglas, ontkende doodeenvoudig dat deze afweging mocht geschieden. Het eerste amendement op de constitutie van de V.S. bevat er zelfs geen zinspeling op.

5. *Recht en redelijkheid* (24)

The common law of England is, on the whole, in full accord with the good sense of the people'' - Denning. (25)

'De Nieuwmarkters schrijven B en W dat zij tot overleg kunnen komen als U alsnog zult besluiten te voldoen aan de door ons gestelde redelijke voorwaarde'.

(N.R.C. Handelsblad, 11 maart 1975).

- a -

In zijn preadvies: juridische vormgeving aan sociale actie, schrijft Van Maarseveen over de 'tendens dat legaliteit als norm of waarde aan belang inboet' om dan te vervolgen:

of de wet iets zegt, wordt minder gewichtig dan de vraag of wat de wet zegt redelijk en overtuigend is en of de wetsinhoud aansluit op de heersende opvattingen. Dat geldt voor mensen in de meest uiteenlopende rollen: rechters, ambtenaren, burgers en bestuurders. *Naleving van de wet wordt minder en minder een vanzelfsprekendheid.* (26)

(24) Zeer tot mijn spijt zal in de inmiddels verschenen feestbundel voor mijn Nijmeegse collega F. Duynstee: *Politiek, Parlement, Democratie*, de ooit onder deze titel aangekondigde van Mr. J. v. d. Hoeven niet te vinden zijn.

(25) Alfred Denning, *Freedom under the Law*, 9e druk 1971, blz. 58.

(26) Preadvies van Prof. mr. H. Th. J. F. van Maarseveen, uitgebracht voor de Vereniging voor de vergelijkende studie van het recht van België en Nederland, 1974, blz. 20.

Het probleem, dat hier nogal eenvoudig wordt gesteld én praktisch opgelost, heeft vele aspecten. Allereerst is het iets anders of de burger de inhoud van de wet aan de redelijkheid toetst of dat dit geschiedt door de rechter. Want die laatste toetsing zal ten opzichte van de eerste toch altijd het karakter van een hoger-beroep redelijkheidstoetsing hebben. Blijft de *burger* bij zijn ongehoorzaamheid aan de wet, omdat hij deze onredelijk vindt, en wordt dit oordeel door de rechter niet gedeeld, dan loopt eerstgenoemde minstens de kans, dat dit voor hem onaangename gevolgen heeft, die uit naam van het recht op hem worden toegepast. Wanneer *bestuurders* de wet slechts naleven voorzover deze hen overtuigt en volgens hen redelijk is, dan kan het er met de rechtsbescherming van de burger tegen de overheid wel eens heel slecht voor komen te staan. Alle dictaturen beginnen met bestuurders, die zich zelf als boven de wet verheven gedragen en die niet tijdig naar het niveau van de wet – die voor hen en hun aspiraties zo onredelijk is – worden neergedrukt. Over sommige ambtenaren, die het met de wet zo nauw niet nemen, als die niet met hun overtuiging correspondeert heeft, niet zo lang geleden Crinice le Roy gesproken en geschreven, maar hij noemde dat verschijnsel: Onrecht in de ruimtelijke ordening. (27)

Mij gaat het er vooral om, dat als eerste in de rollenrij van Van Maarseveen de rechter figureert: het is niet vanzelfsprekend dat de rechter de wet naleeft, in de zin van: op anderen toepast als die wet niet redelijk en niet overtuigend is of als haar inhoud strijdt met heersende opvattingen. Dat zou althans een tendens zijn. Alvorens hierop in te gaan moet ik natuurlijk toegeven, dat iedere rechter de vanzelfsprekende behoefte heeft de wet zo redelijk mogelijk toe te passen. Maar ook in die vaststelling zit een angel. Het is namelijk niet alleen denkbaar – men kan het met vele voorbeelden staven – dat rechters al met al *die* wetstoepassing de meest redelijke vinden, die – laten we zeggen van twee mogelijkheden – de *materieel* minst bevredigende oplossing biedt, bijv. omdat de gekozen mogelijkheid in overeenstemming is met wat de wetgever indertijd op het oog had. Het komt dan wel voor, dat zij betreuren deze beslissing te *moeten* nemen, soms valt dat zelfs in hun beslissing te lezen, maar zij zouden het dan toch nog meer betreuren als ze de andere oplossing gekozen zouden hebben. Maar ik zou met Jessurun d'Oli-

(27) Rede bij de aanvaarding van het hoogleraarschap aan de universiteit van Utrecht, 1972.

veira toch wel willen aannemen, dat redelijke wetstoepassing tegenwoordig vertaald kan worden als uitdrukking van het 'sterk levende verlangen naar materieel aanvaardbare beslissingen'. (28)

Wat Van Maarseveen als – blijkbaar door hem toegejuichte – tendens aanwijst is iets anders dan uitleg van wetsbepalingen zo, dat hun werking tot materiaal aanvaardbaar resultaat leidt. Dat moet wel uitdrukkelijk gezegd worden, omdat het verschil in de *rechts-theorie* dreigt weggestopt te worden en ook uiterst moeilijk in zijn algemeenheid kan worden omschreven. Men begint dan met de stelling, dat woorden, waarin wetsteksten nu eenmaal vervat zijn geen 'proper meaning' hebben. Vandaar lijkt het maar een kleine stap naar de vaststelling, dat de woorden der wet dus een oneindige variatie aan betekenissen kunnen hebben, waaronder die welke aan de hoogst mogelijke redelijkheid voldoet. Maar de stap is veel te groot. Zet men haar, dan is alle verbale communicatie tussen mensen onmogelijk, want geen mens is in staat er rekening mee te houden, dat alles wat tot hem gezegd wordt telkens alles kan betekenen. Woorden hebben immers wél een gebruikelijke betekenis. Interpretatieproblemen en interpretatiemogelijkheden ontstaan dan ook buiten deze harde kern in the 'fringe' area. (29)

Er bestaat daarbij een moeilijkheid, die een juist zicht op de situatie nog meer vertroebelt. Laat mij een engelse rechter citeren om dat te verduidelijken:

The Law is what the judges say it is. If the House of Lords were to give an act of Parliament a meaning which no one else thought it could reasonable bear, it is their construction of the words used in preference to the words themselves that would become the law. (30)

Dit lijkt indrukwekkend. Maar in feite heeft het met iets heel anders te maken dan met wat ons bezighoudt. De vraag was: *zijn rechters bevoegd* een beslissing te geven in strijd met de wet als volgens hen de redelijkheid dat gebiedt. Wat Devlin als het er op aankomt zegt is, dat niemand er iets tegen kan doen als zij oordelend in laatste instantie in strijd met hun bevoegdheid handelen.

Men moet zich echter maar eens voorstellen, dat rechters bij hun

(28) Alweer in een preadvies: De meerwaarde van rechterlijke uitspraken, 1973 (Ned. Ver. voor Rechtsverg.) blz. 45.

(29) Hierover o.m. H. L. A. Hart, *The concept of law*, 1971 *passim* en R. W. M. Dias, *Jurisprudence*, 3d ed., 1970, blz. 9 e.v.

(30) Devlin, *Samples of Law Making*, geciteerd bij Dias, o.c., blz. 127.

uitlegging van alle wetten zo te werk gingen als Devlin voor *één* geval naar voren brengt, en ik denk dat zelfs engelse rechters spoedig zouden weten, waar zij aan toe waren.

Een even bekend rechter zegt dan ook (31)

We sit here to find out the intention of Parliament and of Ministers and carry it out, and we do this better by filling in the gaps and making sense of the enactment than by opening it up to destructive analysis.

Dat is wat ik zou willen noemen het geven van een aanvaardbare zin aan een wettelijke regeling teneinde haar zo goed mogelijk tot haar recht te laten komen. Een Engelse Law-Lord reageerde hier overigens – in 1952 – op met de opmerking, dat als er leemten in de wet waren deze bij wet moesten worden opgevuld.

– b –

Van Maarseveen's stelling gaat echter uit van het geval, dat de wet, op de meest redelijke wijze uitgelegd, nog niet of juist dientengevolge niet meer aan de redelijkheid voldoet, wat vanzelfsprekend alderminst een onmogelijke suppositie is. Dan bestaat ook bij rechters, aldus Van Maarseveen, de tendens de legaliteit te verlaten ten gunste van de redelijkheid. Als dat zo is – ik zou er in deze research-vreugdige tijd wel eens onderzoek naar willen instellen bij de rechters zelf – dan zou ik dat met kracht en overtuiging willen afwijzen. Ik stel er absoluut geen prijs op, dat mijn gedrag in de samenleving geregeerd wordt door het geheel aan redelijkheidsinzichten van 500 rechters. Mijn vertrouwen in de rechtspraak berust grotendeels hierop, dat ik verwacht dat rechters hoewel zij – tot op zekere hoogte – hún redelijkheidsinzicht als autonoom verschijnsel tot 'the law' *kunnen* maken, dit zeer uitdrukkelijk niet zullen doen. Moet ik daarom een rechtspositivist heten, ik aanvaard de schande. Ik ben het in ieder geval liever dan aanhanger van een *rechters*-positivisme, want niemand zal toch wel willen ontkennen, dat het alternatief hiertoe leidt: het formele gezag van de besluiten genomen door Koning en Staten-Generaal wordt vervangen door het formeel gezag van de rechter.

Daarbij zullen nederlandse rechters dan moeten beginnen met twee fundamentele wetsbepalingen, welke rechtstreeks van hen *naleving* (en dus niet toepassing op anderen) vereisen, als onredelijk geheel (31) Denning, geciteerd bij Dias, o.c., blz. 141.

buiten spel te zetten. Ik doel op art. 11 van de Wet Algemene Bepalingen en art. 131 lid 2 van de Grondwet.

Zulk een toetsingsrecht aan autonome redelijkheid en overtuigingskracht zal bovendien een ander belangrijk probleem geheel non-existent maken: te weten de vraag of het wenselijk is dat rechters wetten in formele zin kunnen toetsen aan de grondwet, althans aan de grondrechten, die in de grondwet verankerd zijn. Eerstgenoemd toetsingsrecht gaat immers veel verder: is de wet strijdig met een redelijk *geachte* bepaling van de grondwet, dan past de rechter de grondwetsregeling toe op grond van zijn inzicht in de redelijkheid. Maar acht hij ook de grondwetsbepaling – na uitlegging – niet redelijk, dan wordt deze eveneens overboord gezet. Dat daarmee de rechtsstaat aardig in het gedrang komt, zal misschien op Van Maarseveen niet zoveel indruk maken. Ik vrees, dat hij het begrip: rechtsstaat evenals het begrip: rechtsorde ‘een gedachtenspinsel zonder werkelijkheidsgehalte’ zal vinden. Want, zo betoogt hij, als juristen mensen die illegaal optreden het verwijt toevoegen: onwettig optreden verstoort de rechtsorde, dan mogen die van hem met een engelstalige dooddoener antwoorden: and so what? Want de rechtsorde is toch een gedachtenspinsel enz.

Voor mij betekent de rechtsorde wel wat. Ik kan haar niet omschrijven, maar bevind me dan in het niet al te ontmoedigende gezelschap van Augustinus van Hippo, die het begrip ‘water’ ook niet kon definiëren en toch volhield dat water niet alleen bestond maar nodig was. Krachtens onze rechtsorde moet ik schade door mijn onrechtmatig gedrag aan een ander veroorzaakt vergoeden. Krachtens die rechtsorde kan mijn vrouw van mij scheiden als ik het te bont maak. Krachtens die rechtsorde moet een verdachte worden vrijgesproken als niet vaststaat dat hij gedaan heeft wat hem is telastegelegd.

Het gaat er helemaal niet om, dat die rechtsorde niet allerlei mankementen vertoont en men kan er zelfs oprecht van overtuigd zijn, dat zij op fundamentele terreinen volstrekt onjuist is. Maar dat het een kwaad is als die rechtsorde verstoord wordt, omdat ik zonder meer mijn beloften niet nakom, als ik naar willekeur schade kan aanrichten zonder dat men vergoeding kan eisen, als onschuldigen even goed kunnen worden veroordeeld als schuldigen, kortom als illegale daden in Nederland op-zijn-engels worden goedgepraat met: and so what, dat lijkt mij toch moeilijk te weerleggen. En als Van Maarseveen antwoordt, dat hij natuurlijk dat soort illegale daden niet op

het oog heeft, omdat de redelijkheid van de bepalingen die zoiets verbieden toch boven twijfel verheven is, dan zeg ik: wie maakt uit of een bepaling buiten twijfel redelijk of onredelijk is?

— c —

Als er een concreet, algemeen geldend en erkend natuurrecht van kracht was in onze samenleving dan zouden Van Maarseveen en ik een toetsteen hebben, maar ik denk niet dat hij vanuit die gedachtengang opereert en ik doe het ook niet. Toch zou ik mij zonder moeite een rechtsorde kunnen voorstellen die ik als onrechtvaardig zou bestempelen. Bijv. die waarbij juist het tegenovergestelde werd gereguleerd van wat ik aan het einde van paragraaf b) omschreef. In zo'n rechtsorde zou ik hopen de moed en het inzicht te hebben als rechter te defungeren en als burger zou ik mij niet tot gehoorzaamheid verplicht achten.

Waar het echter om gaat is, dat mensen zeer fundamenteel van inzicht kunnen verschillen omtrent de redelijke inrichting van de samenleving zonder dat een dier inzichten op volstreckte geldigheid — zelfs binnen plaatselijk en tijdelijk verband — aanspraak kan maken. Ik voel er niets voor om dan rechters — in afwijking van de wet — te laten uitmaken, wie er gelijk heeft. Want dat zou betekenen, dat zij een soort boven-menselijke wijsheid bezitten. Waar halen zij die vandaan? Rechters zijn bij ons juristen en behoren dus tot die kleine groep mensen uit de gehele bevolking, die, zoals men vaak zegt de rechtenstudie heeft verkozen bij gebreke van een duidelijke andere voorkeur. En die zouden uiteindelijk in grote maatschappelijke controverses met voorbijgaan van het oordeel van de wetgever bepalen wat recht is? Ik sluit mij van harte aan bij de woorden van Ricoeur (32):

Is de onafhankelijkheid van de rechter niet de allereerste voorwaarde 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 moet worden gehouden.

Zodra men van rechters politieke beslissingen eist *in deze zin*, dat zij stelling kiezen — en dus een bindende beslissing nemen — in de fundamentele conflicten der samenleving krachtens eigen formeel ge-

(32) P-Ricoeur, In: *Politiek en Geloof*, nederlandse vertaling van A. Peperzak: *De paradox van de macht*, blz. 55.

zag – en dus met verwerping van het gezag der wet – is het met hun gezag óf met onze vrijheid gedaan. Waarom zouden de tegenstanders immers die uitspraak aanvaarden en waarom anders aanvaarden de voorstanders die uitspraak dan omdat zij overeenkomstig hun wens is?

– d –

In de Duitse Bondsrepubliek is krachtens meerderheidsoordeel een wet aangenomen, waardoor abortus in het algemeen geoorloofd althans niet strafbaar meer is als zij plaatsvindt binnen drie maanden na de verwekking. Ook bij ons kán binnen niet al te lange tijd een dergelijke wet – of zelfs een van verdere strekking – in werking treden. Ik zou hopen dat dat niet gebeurt, maar verder wil ik mijn inzicht over de redelijkheid van zo'n wet buiten discussie laten. Want al acht ik dat inzicht juist, kan ik het dáárom aan anderen opleggen? Ik kan mij niet voorstellen, dat allen die een andere mening zijn toegedaan dommer of slechter zijn dan ik. Maar stel, dat ik rechter was in een college, dat over de wet die abortus toestond, bindend zou moeten oordelen, wat dan? Ik zou zeker niet vóórstemmen, want een geweten is ook iets, maar ik zou ook weigeren tegen te stemmen als dat moest geschieden enkel en alleen op mijn eigen oordeel over de rechtvaardigheid en redelijkheid van die wet. Ik zou mij dus schuldig maken aan rechtsweigering maar mij verdedigen met het verweer, dat ik als rechter onbevoegd ben krachtens eigen inzicht over een wet te oordelen.

In de West-Duitse Bondsrepubliek kan men zich nadat een wet is aangenomen tot het Bundesverfassungsgericht wenden met eis de wet ongeldig te verklaren wegens strijd met de grondwet. Dat is in dit geval gebeurd door de C.D.U. Reeds lang voor de uitspraak viel stond vast, dát het Bundesverfassungsgericht de wet strijdig met de grondwet zou verklaren en met name met art. 2 lid 2 daarvan:

Jeder hat das Recht auf Leben und körperliche Unversehrtheit. Die Freiheit der Person ist unverletzlich. In diese Rechte darf nur auf Grund eines Gesetzes eingegriffen werden.

Nu geeft minstens de laatste zinsnede, die ik aanhaalde, bijzonder te denken. Het recht op leven van een bewoner der Duitse Bondsrepubliek kan bij wet worden aangetast. Is dat redelijk? Stel dat er een wet werd aangenomen, waarbij werd bepaald dat wegens de bestaande overbevolking van iedere twee pasgeboren babies er een – bij lot aan te wijzen – zou worden gedood?

Laat mij me echter bepalen tot de beslissing inzake abortus, liever het voorspel daarvan, dat daarom zo typerend is omdat men wist hoe de uitslag zou luiden, vóór de beslissing – op 25 februari 1975 – werd afgekondigd.

Wat opvalt is dat niemand, die zich *de zaak* aantrekt, zich ook maar enigszins bekommert om de *motivering* van de beslissing. Hannelore Mabry, oprichtster en voorzitter van het 'Frauenforum e.V. München' kondigt op 13 februari 1975 aan, dat direct na de uitspraak een grote protestdemonstratie zal plaatsvinden in München. De mondig geworden duitse vrouwen zullen op de uitspraak massaal reageren door 'Kirchen- und Partei-Austritte, durch Wahlverweigerung...' Pas als de grondwet voor beide geslachten realiteit is geworden zal die boycott stopgezet worden.

Een partij-functionaris van de CDU reageert precies omgekeerd. Abortus, zo schrijft hij, is alleen toegestaan, 'wenn Leben gegen Leben steht'. Hij eindigt met de constatering: 'Und wir werden die Entscheidung respektieren'. Dat is geen aanvaarding van de macht van de rechter, maar van het eigen standpunt, waarvan Blüm weet, dat het Bundesverfassungsgericht het – in meerderheid – aanhangt. Die laatste zin zou volstrekt onzinnig zijn als slot-som van zijn betoog, wanneer de zaak nog in die zin sub judice was, dat de beslissing nog naar beide zijden openstond. Want dan had zij moeten luiden: wij zullen maar één beslissing respecteren: die waarbij de wet ongrondwettig wordt verklaard.

Ook de Jusos – 'das Jungvolk der SPD' – mengde zich vooraf in de discussie. Ik citeer:

Die Jusos haben ganz vorn auf ihre Abschlusliste Bundesrichter Dr. Karl Haager gesetzt. Sie kritisieren vor allem, dasz Haager seinerzeit auf Vorschlag der SPD und der FDP in das höchste deutsche Richter-Gremium gewählt würde, nun aber gegen die von SPD und FDP geplante Neufassung des Par. 218 gestimmt habe. Wegen 'dieses skandalösen Verhaltens' so eine Juso Bundesvorstandsmitglied, hätten die Richter Dr. Helmut Simon und Wiltraut Rupp vom Brünneck, die for die Fristenlösung stimmten... keine Chance gehabt einen vierten Kollegen für ihre Argumente zu gewinnen. Ein Patt von vier zu vier in Karlsruhe hätte das Gesetz durchgebracht. (33)

(33) De voorgaande citaten en samenvattingen zijn overgenomen uit het duitse weekblad *Quick* van 13-2-75.

Ik ben het niet altijd eens met de opvattingen van Mr. E. Jurgens, maar wat hij over deze zaak schrijft in het weekblad 'de Tijd' van 7 maart j.l. onderschrijf ik voor een groot deel van harte: 'Dit is geen taak voor een rechterlijk college, maar voor de wetgevende macht...' Ik zou echter de beslissing niet minder ongelukkig hebben gevonden, als het Hof unaniem of in meerderheid de nieuwe abortus-wet in overeenstemming met de grondwet had geoordeeld. Want het punt waar het hier om gaat: moet ook ongebooren leven wettelijk worden beschermd, is geen rechtsvraag, die in de Duitse grondwet beslist wordt, maar allereerst een morele vraag en in onze tijd blijkbaar zelfs een partijpolitieke als men de Jusos voor ernstig mag nemen, die menen, dat een rechter gebonden is aan de partijpolitiek van de groep, die hem tot rechter heeft 'gemaakt'. Om met Hugo Black te spreken: 'If these things are what our people want, they will get them'. Wij zullen de democratie moeten aanvaarden, ook waar ze ons niet zint, tot ze zich zelf tegenspreekt. Dat zou beginnen, waar men krachtens meerderheidsoordeel verplicht wordt abortus te plegen of te doen plegen.

- e -

Alle rechterlijke werkzaamheid is politieke werkzaamheid wordt tegenwoordig vaak betoogd. Accoord, als men daaronder verstaat dat het werk van de rechter, de beslissing van maatschappelijke conflicten, ingrijpt in de samenleving, zoals de duitse rechter Wassermann met wat veel ophief verklaart. (34) Accoord óók als men het werk van de rechter ziet als regelgevend en regelontwikkend binnen het bestel van de bestaande wets- en rechtsorde. Onze ingewikkelde maatschappelijke verhoudingen, onze gecompliceerde, elkaar overlappende, soms tegensprekende wettelijke regelingen, onze vrijheid die de wet aan de rechter geeft of toestaat, maken die bevoegdheid reeds tot een zware en zeer verantwoordelijke. Niet accoord echter als men aan de rechter het oordeel in handen geeft over de redelijkheid der wet en hem vervolgens toestaat eigen redelijkheid daarvoor in de plaats te stellen. Want die eigen redelijkheid zal het einde zijn van zijn toch al betrekkelijke maar broodnodige onafhankelijkheid.

(34) In: *Der Politische Richter*, Serie Piper, 1972.

Nawoord:

In een artikel in *Themis* van einde 1974 (35) heb ik over dit thema ook reeds geschreven. Ik heb daar contra-legem rechtspraak niet *geheel* verworpen. Ik blijf erbij, dat er gevallen zijn, waarin de rechter, duidelijk in strijd met de wet oordelend, er menselijkerwijs zeker van kan zijn a) dat hij de instemming heeft van ieder weldenkend mens van welke politieke richting of levensbeschouwing ook en b) dat beslissen overeenkomstig de wet alleen maar tot verbijstering of zelfs hilariteit zou leiden. Dan kan en zal hij zijn gang gaan, omdat dat de *vanzelfsprekende* gang van zaken is. Maar dat zijn de gevallen, waarin bij de overgang van redelijkheid naar vanzelfsprekendheid der (afwijkende) beslissing dat grensgebied ten gunste van de vanzelfsprekendheid aanmerkelijk is overschreden. Ik heb daar in *Themis* voorbeelden van gegeven. (36). Ik zou er echter uitdrukkelijk op willen terugkomen, dat ik een kybernetisch model van rechtspraak prefereer dat geen 'contra legem' handelen kent. Dat is een uitspraak geweest, die ik niet voldoende heb overwogen. De varianten van beslissingen binnen het wettelijk systeem van ons recht, die de rechter toekomen, moeten, behalve in voornoemde a-politieke gevallen, liggen binnen wat ik zou willen noemen het redelijk interpretatieveld van de wettelijke regeling. Zonder de zelfgenoegzaamheid te delen, die blijkt uit het eerste citaat (van Denning) boven dit hoofdstukje, waardoor redelijke wetsuitlegging samenvalt met redelijke beslissingen overeenkomstig 'the good sense of the people', zou ik met nadruk ook willen wijzen op het tweede citaat waar de redelijkheid van een omstreden standpunt door de aanhangers daarvan a-priori wordt vastgesteld. Dat gebeurt *ook*, wanneer er van redelijkheid, naar helaas meestal pas achteraf blijkt, geen sprake is. Maar weer een Duits voorbeeld: Van de onder nazi-regime tot standgekomen wettelijke bepalingen inzake 'Feiertagslohnansprüche' voor werknemers, die 'keinerlei Vorbehalte für jüdische Arbeiter enthielten' heet het in een rechterlijk oordeel van 1939 (37):

(35) *Themis*, 1974 nr. 5/6: Wie komt daar uit zijn hokje. Over civiele rechtspraak en haar grenzen, blz. 679 e.v.

(36) H.R. 1973/406, H.R. 1973/396, H.R. 1973/397 en H.R. 1974 nr. 199, uitgewerkt in het *Themis*-artikel vermeld in noot 35, blz. 715-724, nr. 20. In het laatste geval heeft de H.R. de vanzelfsprekendheid van een beslissing contra legem *niet* aanvaard.

(37) Vindplaats bij Bernd Rüthers: Die unbegrenzte Auslegung. Zum Wandel

‘Es musz als ausgeschlossen angesehen werden, der Gesetzgeber wollte die Juden auch heute noch vor einem Nachteil bewahren oder ihnen eine Wohltat zukommen lassen’.

Die ‘redelijkheid’ plaatste een hele bevolkingsgroep buiten de bescherming van het recht.

En wie zegt, dat iedereen inziet dat dit doch geen redelijke beslissing is, antwoord ik, dat ze pas na de oorlog aan de kaak is gesteld. Toen ze maar op weinig duitse Joden meer toegepast kon worden, wist iedereen dat ze niet toegepast diende te worden.

6. Integratie, concentratie, specialisatie

Bij herlezing van het rapport Wiersma valt mij op, dat briefschrijvers en deelnemers aan hoorzittingen al met al toch veruit de meeste aandacht besteden aan het eigenlijke organisatieprobleem: de opbouw der gerechten, hun bemanning en de taakverdeling.

Daarbij komen dan met name de volgende problemen aan de orde:

- a. Is het gewenst de eerste aanleg van zaken die thuis horen bij de gewone rechtspraak onder een nóémer te brengen: de kanton-gerechten en de rechtbanken te ‘fuseren’?
- b. Zal ook rechtspraak, die thans buiten de gewone valt, binnen deze rechtspraak moeten worden ondergebracht. Te denken valt hierbij vooral aan de administratieve rechtspraak. (38)
- c. Moeten de colleges van eerste instantie (thans méér dan 60 Kantongerechten en 19 rechtbanken,) alsmede eventueel de eerste instantie van de geïntegreerde administratieve rechtspraak territoriaal opnieuw ingedeeld worden en geconcentreerd tot – het getal wordt vaak genoemd – tien-rechtbanken die wat betreft werk-

der Privatrechtsordnung im Nationalsozialismus, 2e druk 1973, blz. 169. Beslissing L.A.G. Düsseldorf 7 juli 1939. Deze en soortgelijke rechtspraak werd bevestigd door het R.A.G. 24 juli 1940, JW. 1940, 1852. Alleen het LAG Berlin weigerde mee te doen. In 1941 werd het probleem op te verwachten wijze geregeld in een ‘Verordnung über die Beschäftigung von Juden’, een staal van ‘Sonderarbeitsrecht’, waarvan Rüthers schrijft dat het ‘als Beispiel gesetzlichen Unrechts und totalitärer Willkür gelten darf’. Maar daaraan was voorafgegaan een voorbeeld van rechterlijk onrecht en willekeur.

(38) De hiermee verbonden problematiek heb ik niet behandeld. Ik verwijs naar De Leede: *De Rechtspleging in het Sociaal en Economisch Recht*, Nijmeegse rede 1973 en naar de afscheidsrede van de voorzitter van de Centrale Raad van Beroep A. Blom, gepubliceerd in *NJB* 1975, blz. 456 e.v. Beide pleiten voor integratie. Zie met name De Leede, blz. 18–19.

intensiteit zo wat met elkaar gelijk gesteld kunnen worden – of misschien zelfs tot één centrale rechtbank? (39)

d. Welke specialisatie(s) moeten binnen deze geconcentreerde gerechten van eerste instantie plaatsvinden?

e. Kan, wanneer aldus de kwaliteit van de rechtspraak in eerste instantie opgevoerd is, de tweede feitelijke instantie verdwijnen?

f. Indien de tweede feitelijke instantie blijft bestaan, moet dan haar taak niet worden verkleind door 'bemoeilijking' van appel? Zal er óók in tweede instantie geen specialisatie nodig zijn? Is te denken aan één Hof voor de tweede instantie?

Dit is een zeer globale opsomming, die in haar bijna uiterste vorm hierop neerkomt:

De rechterlijke macht oordeelt in één feitelijke instantie, geconcentreerd in zo'n tien gerechten (met territoriale spreiding) over juridische zaken die bij rechter thuishoren. Zo'n gerecht bezit voor diverse zaken diverse gespecialiseerde gerechten. Hoger beroep is niet mogelijk, cassatieberoep wel.

Ongetwijfeld zou dat een drastische herziening betekenen van onze rechterlijke organisatie met vele nevengevolgen, die moeilijk allemaal precies te overzien zijn. Maar daarop kan de Staatscommissie dan ook drastisch gaan studeren. De vraag is echter voor mij of zo'n theoretische studie, ook als zij méde door practici verricht wordt, uitsluitel kan geven over de gewenstheid van de herziening. Terwijl erop gestudeerd wordt, en naar ik aanneem alle verwikkelingen worden ontrafeld en via een wetsvoorstel worden verduidelijkt, gaat onze traditionele rechtspraak langs traditionele wegen haar oude gang. Ik bedoel, dat men een mooi of sluitend systeem kan opzetten, maar dat dat – zeker als het een ingrijpende wijziging inhoudt van het bestaande – eigenlijk alleen op zijn kwaliteit beproefd kan worden *doordat en als* het werkt. Onze rechterlijke organisatie heeft een lange geschiedenis achter de rug. De wet R.O. is oud, maar vergeleken bij haar eerste lezing is ze ook onherkenbaar veranderd, wat gebeurde bij kleinere of grotere partiële wijzigingen. Wij hebben elf provinciale gerechtshoven gehad, vierendertig arrondissementsrechtbanken en 150 kantongerechten. Belangrijke strafzaken werden in één feitelijke instantie – door het provinciaal gerechtshof – afgedaan.

(39) Die ene centrale rechtbank met filialen in het hele land wordt door Lange-meijer naar voren gebracht in *Gedachten*, blz. 62. Mij komt deze schaalvergroting als te groot voor. Ik verwacht er verontpersoonlijking van de rechtspraak van.

De rechtsmacht van de kantonrechters, die aanvankelijk zeer gering was, is voortdurend uitgebreid. (40). In 1860 werd er in het *W.v.h.R.* over geklaagd, dat in Limburg zowat de gehele civiele rechtspraak (in eerste instantie) bij de kantonrechters was terechtgekomen. Dat daarna nog heel wat uitbreiding van die rechtsmacht heeft plaatsgehad weet iedereen. Het prototype van de kantonrechter is geheel veranderd. Was het vroeger een notabele van niet te jeugdige leeftijd, gefortuneerd want slecht gesalarieerd, (de kantongerechten waren verdeeld in 5 klassen met een jaarsalaris voor de kantonrechter van f 600 tot f 1200) een man die met de beste wil ter wereld niet genoeg werk had voor een dagtaak en die nogal eens – ter compensatie? – in de actieve politiek ging, thans is de kantonrechter een druk bezet man of vrouw, die behoorlijk verdient en naar wiens ambt gedongen wordt door rechters met een niet al te korte ervaring.

Maar goed, laten wij de zaak eens wat nader bekijken. Het rapport van de Vereniging voor Rechtspraak – heel aangepast aangeduid als discussienota – neemt als *uitgangspunt* van reorganisatie de behoefte om binnen de rechterlijke macht tot verdere specialisatie te komen. (41) De snelle maatschappelijke ontwikkelingen maken het

(40) Wintgens (zie noot 12) schrijft in 1860, dat men met de kantonrechter de verkeerde kant uitgaat: 'De contentieuze regtsmagt moest men beperken, de voluntaire regtsmagt aanmerkelijk uitbreiden en haar weder de conciliatie van partijen opdragen. Het moest een eeraamt zijn voor personen, die in 't kanton zijn gevestigd en in aanzien staan... De kantonregter moest, mijns inziens, zijn een vaderlijk regter, of, zoo als de Memorie van Beantwoording zegt, bekleed met een *patriarchale* regtsmagt die vrede sticht en voor de belangen waakt. Dat ligt reeds in de rigting onzer wetgeving, die het gezag der familieraden door dat van den kantonregter heeft vervangen'. (blz. 35-36)

(41) *Gedachten*, blz. 147-150.

Over echte specialisatie moet ik nog kwijt, dat zij in ruime mate toegepast ook daarom zo slecht past in de rechtspraak, omdat specialisten mensen zijn die zulke moeilijke dingen doen dat zij aan anderen niet meer kunnen uitleggen, wat en waarom zij het doen. Dit is een variant op een uitspraak van Stephen Spender, die ik ooit las. Specialisten moeten op hun woord geloofd worden. Zij bieden ons aan wat vroeger de mysteries waren. Zij kunnen alleen door elkaar begrepen en bestreden worden. Mij zou er veel aan gelegen zijn als het merendeel van de rechtsbeslissingen minstens door alle juristen die zich daarvoor willen inspannen begrepen kunnen worden. Bij voortgaande specialisatie zal de taal van de specialisten ook steeds specifiekere, dit is ontoegankelijker worden. En rechtspraak is geen 'science', waarbij we die ontoegankelijkheid helaas moeten aanvaarden om straks aan den lijve te ondervinden, wat de mystici van de wetenschap allemaal voor ons uitgedacht hebben.

onmogelijk, dat iedere rechter het recht in al zijn onderdelen beheerst. Daar komt dan bij, aldus de nota, dat 'het traditionele respect van de burgerij voor de rechter plaats gemaakt heeft voor een kritisch volgen van zijn denken en handelen'. Dat noodzaakt de rechter 'veel meer dan voorheen zijn beslissingen deugdelijk te motiveren om zich te kunnen handhaven'.

Ik ben van dat argument niet erg onder de indruk. Ik geloof niet, dat het hinderlijk volgen van de rechter met name geschiedt op het punt van de motivering van zijn beslissingen. Tenslotte moet men een vakman zijn om een juridische motivering zo op civiel als op strafrechtelijk gebied behoorlijk te kunnen waarderen of misprijzen en over de critiek van de vakmensen, die er altijd in redelijke mate is geweest, gaat het niet als wij spreken van een tanend respect voor de rechter. Het is mijn vaste overtuiging, dat bij toenemende moeilijkheid van het snel wisselende recht in zijn vele onderdelen, bij het gecompliceerder worden van de maatschappelijke situaties, die op dat recht inspelen, de juridisch-technische motivering van de rechterlijke beslissingen vergeleken bij vroeger allerminst is achteruit gegaan. In het algemeen is de juridische kwaliteit van de rechter in de laatste decennia vooruitgegaan door een sterk verbeterd benoemingsbeleid, vooral waar het betreft het punt van de juridisch-technische bekwaamheid.

Maar men zou toch wel kunnen volhouden, dat specialisatie desondanks geboden is allereerst omdat een goede specialisatie betekent dat het werk bij minstens even grote deugdelijkheid voor de specialisten minder moeilijk en tijdrovend is, voorts omdat er inderdaad terreinen zijn, die gespecialiseerde kennis en behoorlijke routine vereisen. Daarbij denk ik bijv. aan het onteigeningsrecht (waarbij de rechters, die praktisch in enige feitelijke instantie recht doen, thans te veel op de deskundigen leunen) en aan het merkenrecht en de industriële eigendomsrechten in het algemeen. Bij een middelgrote rechtbank komt nu en dan zo'n zaak aanwaaien en de rechters die er mee te maken krijgen komen niet alleen terecht op een terrein, dat voor hen vrijwel vreemd is en waar zij zich geheel in moeten werken, maar missen ook een hoeveelheid vanzelfsprekende wetenschap en voorkennis, die aanwezig is als men regelmatig met deze zaken te doen heeft. Tenslotte is specialisatie ook nog belangrijk, omdat het voor de kwaliteit van de rechtspraak, voor haar 'aanzien' ook, niet alleen en vaak niet allereerst aankomt op de motivering der beslissingen, maar op de *wijze waarop de*

zaak wordt behandeld. Daarbij moet men natuurlijk allereerst denken aan de brede specialisatie die het strafrecht biedt (en de reeds enigszins verwerkelijkt van het kinderrecht). Er zijn doodgewoon een aantal rechters, die een strafvonnis voortreffelijk kunnen opstellen maar die door hun persoonlijkheid minder geschikt zijn voor de behandeling van strafzaken. Voorts, maar daar wordt bij mijn weten nooit op gewezen, is er ook nog iets waar specialisatie niet zo'n overbodige zaak is als men voetstoots aanneemt: ik doel op de rechtercommissaris in civiele getuigenverhoren. Ik heb als advocaat en als substituut griffier enquêtes meegemaakt bij vele tientallen rechtercommissarissen en laat mij mijn bevinding zo samenvatten: er waren er heel wat die het goed deden, ook een aantal was redelijk, maar anderszins mag ik niet verzwijgen dat een groep rechters zonder het zelf blijkbaar te beseffen, dit onderdeel van de civiele rechtspleging, dat zo vaak beslissend is, allerabominabelst ten uitvoer legt. Nu kan men volhouden, dat iedere civiele rechter, die een behoorlijk rechter wil heten, een civiele enquête goed of redelijk moet kunnen 'leiden' en dat specialisatie hier dus eigenlijk *onzin* is. Dat is niet onjuist, maar met evenveel recht kan men volhouden, dat een rechter in staat moet zijn een merkenzaak tot een goed einde te brengen. Het kan geleerd worden (aan het leerproces wordt echter wel bijzonder weinig aandacht besteed op dit punt) maar ik ben toch van mening dat vele rechters nooit meer dan middelmatige of zwakke 'enquête-houders' zullen worden.

Specialisatie dus ter verbetering van de kwaliteit van het vonnis soms, ter verbetering van de 'behandeling van de zaak' vaker en ter verlichting van de taak van het gehele apparaat door bij voorkeur speciaal werk op te dragen aan hen, die daar het meest bedreven in zijn.

Toch zou ik – mij aansluitend bij een passage uit het rapport van de kring van kantonrechters (42) voor een misvatting willen waarschuwen. Specialisatie, behalve ten aanzien van de drie grote onderscheidingen: civiel-recht, strafrecht, kinderrecht zal maar een betrekkelijk gering gedeelte van het aantal te behandelen zaken kunnen omvatten. Over specialisatie *binnen* het strafrecht heb ik

(42) Bijdrage tot de discussie over de herziening van de rechterlijke organisatie van een commissie uit de Kring van Kantonrechters, 1973, i.h.b. blz. 77-78.

nog niet zoveel vernomen. Toch zou men zich best kunnen voorstellen, dat die ook daar op zijn plaats is. Meestal doelt men op sub-specialisaties, die men ook super-specialisaties zou kunnen noemen binnen het civiele recht. En die zijn er niet zoveel, zeker niet als percentage op het gehele kwantum en met name niet per territorium óók niet als men tien gerechten aanhoudt.

Ik heb de laatste tijd nog eens een grote stapel concept-vonnissen waar ik mee te maken kreeg doorgenomen. Het versterkte mijn indruk, dat wanneer we het groot aantal familiezaken, waaronder vooral scheidingszaken, even buiten beschouwing laten, verreweg het merendeel van de overblijvende zaken van algemene aard is en al met al zoveel variëteiten vertoont, waarop men *theoretisch* enige specialisatie zou kunnen gebruiken, dat ze niet specialiseerbaar zijn. Stel bijv. eens, dat men een gespecialiseerde kamer voor civiele verkeerszaken in het leven zou roepen. Ik geef toe, dat deze op den duur een grotere vaardigheid zou verkrijgen in het behandelen en beoordelen van deze zaken, ook dat er misschien binnen zo'n gerecht wat meer lijn zou komen in deze rechtspraak, maar anderzijds zou ik toch menen, dat die zaken tezeer verweven zijn met het algemene civiele recht, om daarvoor een specialisme op te richten met dit m.i. geweldige nadeel dat de specialisten, die toch in het algemeen de bijzonder bekwame rechters moeten zijn, werk doen dat behoorlijk door iedere rechter kan worden gedaan en dus veel ander werk niet kunnen doen, waarbij zij hard nodig zijn. In de discussienota wordt een voorbeeld gegeven van de samenstelling van een grote rechtbank: 1 president, 2 vice presidenten, 6 sub-specialisten, 15 specialisten en 10 gewone rechters. Nu zijn die vijftien specialisten, als ik het goed begrepen heb gespecialiseerd resp. op het gebied van

a. *het* civiele recht

b. *het* strafrecht en

c. *het* kinderrecht.

Het enige wat dat practisch betekent (behalve dat de rechters-specialisten volgens de nota als *unus iudex* mogen optreden) is, dat deze rechters na een jaar of zes 'gerouleerd' te hebben nu definitief in een der grote hokken worden ingedeeld. De zes sub-specialisten echter worden vooral belast met bijzonder werk. Misschien zal er een onteigeningskamer komen, misschien ook een kamer voor familiezaken, maar ik vraag me toch af of de *echte* specialisatie een belangrijke plaats in het geheel van het werk kan gaan innemen.

Ik vermoed dan ook, dat de echte civiele sub-specialisatie op terreinen van ingewikkelde juridische-technische aard eigenlijk slechts van betekenis gaat worden als daarvoor een landelijke concentratie tot stand zal komen. Men zou bijv. de zaken betreffende het recht van zee- en binnenvaarlading aan een gespecialiseerde kamer kunnen opdragen, die al die zaken voor het hele land behandelt. Maar het formeren van aparte fora voor dergelijke zaken zal toch altijd alléén maar zeer specifieke zaken kunnen betreffen. Daarom vermoed ik dat specialisatie *binnen de rechterlijke macht* niet zo'n centrale plaats zal gaan innemen als wel verwacht wordt. In ieder geval wordt in de discussienota toegegeven, dat de schaalvergroting, die voor specialisatie vereist wordt, niet in belangrijke mate bevordert wordt door de kantongerechten in de rechtbanken op te nemen. M.a.w. met specialisatie als uitgangspunt is opheffing van de kantongerechten niet een daaruit volgende geboden zaak. Men zal daar andere argumenten voor moeten vinden. Ik heb die tot nu toe altijd nogal eenvoudig gevonden, maar ik moet toegeven dat ze niet volstrekt dwingend zijn.

Allereerst dan: wanneer alle strafzaken, vooral ook alle civiele zaken, daaronder begrepen extra-judiciële zaken, bij één instantie thuishoren, schept dat voor de rechtsgenoten duidelijkheid en gemak. Tijdrovend en zinloos werk, dat samenhangt met de vraag of bijv. deze zaak wel betrekkelijk is tot een arbeidsovereenkomst vervalt. De bij de rechtbank aangebrachte zaak is daar goed aangebracht en zal toegewezen worden aan die rechter of rechters, die daartoe bestemd zijn krachtens interne organisatie.

Ten tweede zijn er een groot aantal zeer belangrijke zaken in eerste instantie bij de kantonrechter ondergebracht en worden daar aldus noodzakelijk door *één* rechter berecht met hoger beroep op de – reeds overbezette – rechtbank, die redelijkerwijze beter door een *college* zouden kunnen worden behandeld en die wat belang betreft in ieder geval niets onderdoen voor zaken die collegiaal bij de rechtbank worden afgedaan.

Vervolgens is in veel zaken de kantonrechter zo op eigen beleid en inzicht aangewezen, dat hij een 'eilandje' binnen de rechterlijke macht dreigt te gaan worden. En tenslotte – daarmee samenhangend – veroorzaakt de integratie een veel grotere mogelijkheid van verwisselbaarheid naar gelang van de beschikbare tijd en de aard van de zaken, terwijl er binnen dit grotere geheel ook wat meer eenheid van rechtspraak kan komen, mits men inderdaad tot over-

leg bereid is. (43) Want het gevaar van een schaalvergroting is toch wel, dat in dat veel grotere geheel allerlei geïsoleerd werkende sectoren kunnen worden gevormd, die alleen formeel-organisatorisch bij elkaar horen. Als men tot integratie overgaat behoort de kantonrechter tot de rechtbank en is hij dus geen kantonrechter meer, maar arrondissementsrechter, zij het dan mogelijk een rechter, die op grond van zijn ervaring in een hogere salarisklasse valt. In het rapport van de commissie uit de Kring der Kantonrechters wil men de integratie bestrijden vanuit de idee, dat binnen de rechtbanken toch nog kantonrechters aan het werk zijn met hun eigen werk, dat precies hetzelfde blijft als voordien. Tenminste zo meen ik de navolgende passage te mogen uitleggen:

In elk geval is duidelijk dat wat betreft de bovenstaande specialistische terreinen men nu niet direct om integratie van de kantonrechters zit te springen, *tenzij men de kantonrechters eigenlijk in het rechtbankwerk wil inschakelen, maar daar moet men zich geen illusies over maken want de kantonrechters zijn in het algemeen zwaar belast.*

Vanuit deze vooronderstelling is integratie inderdaad zinloos (mischien moet ik wat voorzichtiger zeggen: zou integratie alleen maar iets betekenen voor de concentratie van het griffiepersoneel, maar ook dat zou maar betrekkelijk opgaan, omdat bij de veronderstelde concentratie de rechters geregeld 'op reis' zullen moeten gaan om de rechtzoekenden tegemoet te komen en daarvoor zal op de filialen ook wel enige vaste bezetting nodig zijn).

Het kost mij geen moeite voor te stellen, dat de kantonrechters voor een integratie, die eigenlijk, al klinkt het hard is een opheffing van de kantongerechten én van het kantonrechtersambt, heel weinig ge-

(43) De verwisselbaarheid strijdt ongetwijfeld rechtstreeks met *specialisatie* die haar in toenemende mate uitsluit.

Over de integratie van kantongerechten, Van Bemmelen in *Gedachten*, blz. 112. Mijn instemming noopt mij tot citeren:

Een samensmelting van kantongerecht en rechtbank lijkt aanbevelenswaardig. Het is verkeerd voor een rechter te lang alleensprekend rechter te zijn. Hij heeft dan te weinig critiek van collega's... De samensmelting zou bovendien het belangrijke voordeel hebben dat competentiekwesties vermeden zouden worden. Alle zaken zouden in eerste instantie door de rechtbank worden behandeld. Indien een zaak zou worden aangebracht bij een alleensprekende rechter terwijl of één van de partijen de zaak berecht wil zien voor de volle kamer, of de enkelvoudige rechter zelf van oordeel zou zijn, dat de zaak bij de volle kamer thuisbehoorde, dan zou de verplichting of althans de mogelijkheid tot verwijzing naar die kamer bij de wet geregeld moeten worden...

voelen – ik behoef daarvoor maar te verwijzen naar mijn beschouwingen onder het hoofd: de onvermijdelijke spanning – maar ik denk wel, dat als we over integratie spreken, de meeste anderen dan de kantonrechters daaronder ongeveer verstaan, wat ik ermee bedoel.

De discussienota gaat uit van verbetering van het rechterlijk oordeel in eerste instantie door specialisatie. Wanneer men dat uitgangspunt aanvaardt, is het logisch, dat de vraag of een tweede instantie nog nodig is zich opdringt. We moeten daarbij dan óók aanvaarden, dat de kwaliteitsverbetering door specialisatie over de gehele lijn plaatsvindt, niet alléén bij de sub-specialisaties, want de 'gewone' specialisten zijn zij die alleen of in teamverband (mee)werken aan *de* strafvonnissen, *de* civiele vonnissen, *de* kinderrechtpraak. Of dat reél is betwijfel ik al was het maar omdat ook nù die rechtpraak al ongeveer op deze wijze tot stand komt zonder dat *nominatim* de algemeen-gespecialiseerde rechter bestaat.

Als men dán een tweede instantie wil handhaven lijkt het ook voor de hand liggend dat dáár de beide soorten van specialisatie worden doorgezet. Dat is vooral duidelijk voor de subspecialisaties. Stel dat twee of drie rechters in eerste instantie aan een vonnis meewerken in een bijzondere en technisch ingewikkelde materie, waarin zij als echte specialisten optreden. Het is dan twijfelachtig of een college van raadsheren, dat van deze stof vergeleken bij die rechters geen bijzondere kennis heeft, over dit vonnis zou moeten oordelen.

De kwestie of er een tweede feitelijke instantie moet blijven is – zelfs geheel afgezien van het specialisatiemotief – heel moeilijk rationeel op te lossen. Wanneer men er de handboeken en verklaringen op naslaat blijkt dat de argumenten pro, die het nog steeds gewonnen hebben (ook vroeger is afschaffing wel bepleit) allemaal weerlegd kunnen worden en dat de ene schrijver nadruk legt op een factor, die de ander volmaakt onbelangrijk of onjuist vindt. De argumenten komen zo ongeveer hierop neer: de eerste rechter kan zich vergissen en dat moet herstelbaar zijn; een rechtsconflict krijgt zijn scherpe contouren pas na verloop van tijd en in hoger beroep is het dus eenvoudiger een goed zicht te krijgen op de juiste beslissing. 'Slechts als het rechtsgeding achtereenvolgens twee keer kan worden behandeld, bestaat voldoende kans alle aspecten van de zaak te belichten en eventuele misslagen te herstellen'. (44) Daarop zou

(44) P. A. Stein, *Compendium van het burgerlijk procesrecht*, 3e druk 1973, blz. 64.

men dan met Star Busmann t.a.v. het eerste argument kunnen antwoorden: ook de tweede rechter kan zich vergissen. Waarom twee en geen drie feitelijke instanties? De repliek dáárop is natuurlijk: je kunt niet aan de gang blijven. Maar is dat geen argument dat ook al kan worden aangevoerd als het over de tweede instantie gaat? *Lites finiri* oportet, maar wanneer? En wat het tweede argument betreft dat zou er in feite toe leiden, dat de tweede instantie verplicht moest worden gesteld, want al die zaken in eerste instantie die niet doorgaan naar het Hof (en dat is ruw geschat meer dan 90%) zouden niet eens de *kans* in zich dragen, dat zij foutloos en in alle aspecten belicht tot stand kwamen.

Al die argumenten zijn dus op zich genomen maar zwak of zelfs niet valabel en wanneer wij een rechtsstelsel hadden waarin van het begin af aan maar *èn* feitelijke instantie had bestaan, zouden we dat nu waarschijnlijk met klem verdedigen. Maar het is minstens opvallend dat we zo'n stelsel *niet* hebben – al heeft men er vaak genoeg over gepeinsd – en dat ook in de ons omringende landen regel is dat er hoger beroepsmogelijkheid bestaat. En het is natuurlijk nooit *fout* aan mensen de gelegenheid te geven het nog eens hogerop te zoeken al kan daar, vooral in het civiele recht, zeer wel misbruik van worden gemaakt. Er is ook wel gezegd dat de mogelijkheid van appèl de eerste rechter tot prikkel dient om te streven naar een verantwoorde beslissing. (45) Ongetwijfeld is dat niet geheel onwaar: de zekerheid dat een beslissing niet meer kan worden aangetast zou iemand tot machtswellust kunnen leiden, maar van die veronderstelling dient men toch niet uit te gaan, zonder daardoor de rechtspraak van de Hoge Raad in een kwaad daglicht te stellen. Bovendien valt mij op, dat meer dan eens de *unus iudex* rechtspraak verdedigd wordt met het argument dat de rechter die *allèen* voor de beslissing staat daar grotere verantwoordelijkheid voor zou gevoelen dan wanneer hij maar een lid is van het team dat de beslissing neemt. Consekwent doorredenerend zou men echter moeten aannemen, dat de rechter in een team meer geprikkeld zal zijn om een verantwoorde beslissing voor te stellen als hij weet, dat twee van zijn collega's hem controleren.

Voor de commissie Wiersma is verklaard: 'Het appèl heeft immers een eigen functie, die zowel psychologisch als voor de deugdelijk-

(45) Star Busmann-Rutten, *Hoofdstukken van burgerlijke rechtsvordering*, 3e druk, 1972, blz. 50, nr. 70.

heid van rechtspraak van grote betekenis is'. (46) Dat verheldert natuurlijk ook nog lang niet alles, maar wat men wel kan toegeven is dat – grosso modo – de rechtspraak in appèl beter zal kunnen zijn dan die in eerste instantie, allereerst omdat rechtspraak in eerste instantie haastwerk is en er in appèl wat meer tijd voor bezinning aanwezig is en voorts omdat (men kan het uit democratische gezindheid wel ontkennen, maar daar wordt het niet niet minder waar om) de mensen die bij een Hof de zaak beoordelen doorgaans wat betere juristen zijn. Niet voor niets wordt zelfs voorgesteld om de Hoven af te schaffen, omdat die voortdurend de meest bekwaame rechters naar zich toe trekken. En wat die psychologische reden betreft, die zal toch wel hierin gelegen zijn, dat het een bevredigend gevoel oplevert dat men als men ongelijk heeft gekregen zich daar (cassatie daargelaten) niet voetstoots bij neer hoeft te leggen.

De opbouw van onze rechterlijke organisatie toont een vrij grote paralleliteit tussen twee geheel verschillende terreinen: die van civielrecht en strafrecht. Daarom wordt de vraag of een tweede feitelijke instantie geboden is vaak gesteld als zou een antwoord voor het civiele recht ook beslissend zijn voor het strafrecht. Dat is vanzelfsprekend niet noodzakelijk en zelfs niet voor de hand liggend. *In het strafrecht* zou ik om redenen, die ik onlangs elders uitvoeriger heb uiteengezet (47) geen hoger beroep willen toekennen aan het O.M. bij vrijspraak. Met vrijspraak is de zaak afgelopen. Er dient óók geen beroep in cassatie meer mogelijk te zijn, maar dat is reeds nu het geval. Bij ontslag van rechtsvervolging zou een volgende instantie in hoogste ressort kunnen beslissen en dat zou dan wellicht het best de straffkamer van de Hoge Raad kunnen zijn, aangezien hier sprake is van een rechtsvraag. Bij veroordeling van de verdachte zal deze evenals het O.M. wel in hoger beroep kunnen komen. Het gaat er verdachte dan om hetzij alsnog vrijspraak te krijgen, dan wel ontslag van rechtsvervolging of vermindering van straf. Ik zou nu menen, dat wanneer het er om gaat – zoals in het merendeel der gevallen – vrijspraak en vermindering van straf te verkrijgen, het Hof in laatste instantie kan beslissen. Alleen wanneer een ver-

(46) *Gedachten*, blz. 70 (H. E. Ras). Kort daarna nog een uitspraak die de psychologische behoefte aan appel uitspreekt van een rechter (vice president) in eerste instantie F. J. M. Nivard, blz. 73.

(47) Feestbundel F. Duynstee (zie noot 24): *5 dagen denken aan democratie*, nr. 4: vrijspraak en democratie.

weer wordt gevoerd inzake de strafbaarheid van feit of dader zou dan nog cassatie mogelijk zijn. Het is voor mij echter de vraag of ook niet als cassatiemiddel moet kunnen worden aangevoerd, dat de straf, gezien de aard van het feit etc. maar ook gezien de hier te lande geldende strafmaat, onevenredig hoog is, zodat de Hoge Raad krachtens een marginale toetsing weliswaar geen eenheid kan brengen in het straftoemettingsbeleid – dat is volgens mij een verlangen, dat aan de gerechtigheid tekort doet, – maar wel enige grote lijnen in de hand kan houden. Om tegen te gaan dat misbruik wordt gemaakt van deze mogelijkheid zou de H.R. het alleen hierop gegrond beroep na summier onderzoek als ongegrond moeten kunnen afwijzen zonder behandeling van de zaak, indien hij daartoe termen aanwezig vindt.

Wat het civiele recht betreft. Ik zie geen reden om het hoger beroep af te schaffen wanneer de zaak in eerste instantie is gewezen door een *unus iudex* (hoe geroutineerd en gespecialiseerd ook) en evenmin als dat is geschied door een college van 'gewone' specialisatie. Die gewone specialisatie betekent immers niet meer dan dat een geroutineerd en kundig rechter of een college waarin een of meer van zulke rechters zitting hebben de beslissing heeft genomen.

Is er echter sprake van een vonnis gewezen door een *college* dat krachtens subspecialisatie optreedt, dan zou appèl m.i. niet te verdedigen zijn tenzij ook het Hof de zaak door een gespecialiseerde kamer liet behandelen. In feite zou daar alleen iets van kunnen komen, denk ik, als voor dat soort zaken één Hof met gespecialiseerde Kamers bestond, of een Hof van algemene aard, waaraan deze gespecialiseerde Kamers werden toegevoegd. (48) En alles afwegende vraag ik mij af of dit soort zaken, vergeleken bij de andere dan niet al te veel zorg krijgt en of we dan niet bezig zijn aan een soort perfectionisme, dat maar op een zeer beperkt terrein kan worden bereikt ten koste van veel tijd en geld. Daarom zou ik mij voorstellen, dat in deze gevallen – nogmaals mits er in eerste instantie collegiaal is rechtgesproken – geen hoger beroep mogelijk is. Eigenlijk hebben we zoiets praktisch al in onteigeningszaken met dien verstande, dat de *rechters* die in deze zaken beslissen meestal *geen specialisten* zijn.

(48) Als er voor de echte specialisaties in eerste instantie reeds een *landelijke* concentratie komt, heeft hoger beroep daarvan bij één Hof echter ook amper redelijke zin.

Tenslotte zou ik – mij van onvolledigheid in deze complexe materie bewust – nog twee punten naar voren willen brengen.

Allereerst lijkt het mij – om misbruik van hoger beroep in civilibus tegen te gaan, een misbruik, meestal hierin bestaande, dat de verliezer, die tot iets veroordeeld wordt, tijd wil rekken – geen overdreven eis dat de grieven bij de dagvaarding in appèl worden opgenomen en dat het Hof op verzoek van de wederpartij vervolgens een summiere behandeling van de zaak kan bevelen, waarbij de wederpartij in staat wordt gesteld de grieven in een mondelinge zitting te weerleggen.

Vervolgens zou ik menen, dat – wanneer de kantongerechten als afzonderlijke gerechten van eerste instantie blijven bestaan, alle hoger beroep daarvan – in civilibus en in strafzaken – moet worden gebracht voor het Hof. De rechtbanken worden dan ontlast van een soort oneigenlijke taak voor een eerste instantie-gerecht, de Hoven kunnen met meer rust – al zegt men dat dat tegenwoordig tegenvalt – de hun typisch toevallende taak bestaande in een judicial review ook in deze zaken vervullen.

7. Het kort geding

– a –

Het pronkstuk uit de etalage van onze civiele rechtspraak is sinds jaar en dag het kort geding. De reden is niet ver te zoeken: het is de weldadige combinatie van twee vaak onverenigbaar geachte hoedanigheden van civiele rechtspraak: snel recht, dat ook goed is.

Wat die laatste kwalificatie betreft, deze klinkt nogal erg absoluut. Voor mijn gevoel is het beter te zeggen, dat niemand de juridisch-maatschappelijke kwaliteit van het vonnis in kort geding zal aanmerken als wezenlijk van lager niveau dan het produkt van gewone rechtspraak, waarin wat in het kort geding dagen zijn in tijdseenheden van maanden wordt omgezet.

Zo vreemd als het lijkt is dat niet. De beschikbare tijdsduur heeft namelijk maar heel weinig invloed op de kwaliteit van de beslissing.

Hoe gaat het in een gewone civiele procedure? Via het antikwatische verschijnsel van rolzittingen met een rolrechter leggen de woordvoerders van de partijen, die in conflict 'liggen', hun conclusies en aktes over. Die worden, door niemand gelezen, keurig op de

griffie bijeengehouden en als na, zeg veertien maanden – soms is het korter, maar het kan ook langer – de procureurs vonnis vragen en ‘de stukken fourneren ter fine van vonnis’, deelt de rechtbankpresident of bij hogere graad van democratie en/of efficiency de kamer-voorzitter zaak Y ter eerste behandeling toe aan rechter X. Deze stelt een advies of concept-vonnis op, tenminste als hij met twee andere rechters het vonnis moet wijzen. Over nota of concept kan enige discussie ontstaan, vaak in de vorm van schriftelijke kanttekeningen.

Het kan natuurlijk ook anders gebeuren en het is eigenlijk eigen aan een echt collegiaal vonnis, dát het op andere wijze tot stand komt: ieder der rechters bestudeert successievelijk en geheel onafhankelijk van het oordeel der anderen het procesdossier, en vormt zo zijn (soms haar) oordeel. Daarna wordt er mondeling beraadslaagd en uit die beraadslaging resulteert de beslissing en haar motivering, die door een der rechters wordt geformuleerd en door de anderen, al dan niet met voorstellen tot wijziging, wordt aanvaard.⁽⁴⁹⁾ Het proces van de beslissingsvorming *kan* aldus wat meer tijd vergen en dat zal dan wel de reden zijn, dat het bij rechtbanken, voorzover mijn wetenschap reikt, zelden of niet, bij hoven meestal of steeds op deze wijze wordt verwerkelijkt.

Wat mij altijd als een wonderlijke en moeilijke te verteren zaak is voorgekomen in de gewone civiele rechtspleging is dat er een jaar lang ruzie wordt gevoerd door partijen ‘ten overstaan van de rechter’, terwijl het al die tijd niet eens bekend is welke rechters over die zaak zullen oordelen, en alleen dát er straks over geoordeeld zal worden als partijen dat wensen. Normaal gesproken interesseert geen rechter zich voor de inhoud van de lopende aan de rechtbank voorgelegde conflicten, weet geen rechter, die straks moet gaan beslissen, wat er met het lopende conflict aan de hand is, tot hij, als partijen zijn uitgevochten, de resultaten breed uit aan zich krijgt voorgelegd. En dan blijkt bijvoorbeeld, dat partijen in zes conclusies en twee aktes, genomen in een tijdsbestek van een jaar of langer, van het begin af aan alleen onenigheid hebben gehad over de vraag of een werknemer door de verzekeraar van zijn werkgever kan worden aangesproken voor de vaststaande schade door de werknemer veroorzaakt, omdat hij de verzekerde vrachtauto total loss heeft gereden tegen een boom, als gevolg van het feit dat hij tij-

(49) Star Busmann-Rutten, (zie noot 45) blz. 393, nr. 394.

dens het besturen van de vrachtauto een sigaret opstak. Bij snelle afdoening van zo'n zaak hebben *gedaagde* en zijn advocaat in het algemeen gesproken allerm minst een duidelijk belang, terwijl de verzekeringsmaatschappij, waarvoor de zaak niet zonder meer een gewonnen partij is, winst of verlies als van vrij geringe importantie in het geheel van haar bedrijfsresultaat beschouwend, ook al niet zo verschrikkelijk op haast aan zal dringen. Zou zij wel menen, dat er spoed is en haar advocaat kunnen overhalen een kort geding aan te spannen over deze rechtsvraag, dan acht ik ruime kans aanwezig dat iedere president zich onbevoegd zou verklaren en niet ten onrechte, want echt *spoedeisend* is de zaak niet. Men zou zelfs best kunnen volhouden, dat het in het geheel van civiele zaken, een mooi voorbeeld is van een typisch niet-spoedeisende zaak. Maar dat neemt niet weg – want dat is een heel andere zaak – dat de *beslissing* in het geheel géén *langdurige* zaak *behoeft* te zijn en eigenlijk zelfs niet kan zijn.

Iedere rechter, die aan zo'n zaak *begint*, kan de beslissing met formulering en al binnen een paar uur gereed hebben en dan hoeft hij zich beslist niet te overwerken. Ik beweer daarbij zeker niet, dat deze beslissing zo snel genomen kan worden, omdat het zo eenvoudig uit te maken is, aan welke kant het gelijk ligt. Of hier sprake is van een lichte fout, die de *regrès-actie* doet stranden op de gronden aangevoerd in het De Bont-Zuid-Ooster arrest (H.R. 26-6-59 *N.J.* 59/551) is reeds daarom geen vanzelfsprekende zaak, omdat het opsteken van een sigaret tijdens het chaufferen (hoe gebruikelijk ook) iets heel anders is dan bijv. het niet geheel foutloos beoordelen van een ingewikkelde verkeerssituatie. Maar als een rechter daarover nagedacht heeft, kan hij misschien nog enige tijd gaan peinen over de vraag of het verschil, dat bestaat, van beslissende aard is voor de uitkomst van zijn oordeel, kan hij misschien – al naargelang zijn aard – toegeven aan de neiging zijn aanvankelijk oordeel te toetsen door 'er nog eens een nachtje over te slapen', maar alle verdere uitstel is toch eigenlijk zinloos en uiting van dat soort besluite-loosheid of gebrek aan beslissingsmoed, dat in het kader van de rechtspleging geen deugd kan heten. Zo'n overigens niet spoedeisende zaak zou bovendien als conflict tussen partijen in één zitting *zeer* afdoende aan de rechter kunnen worden voorgelegd, en zich dus heel goed lenen voor een behandeling zoals die in kort geding pleegt plaats te vinden. Hierop wil ik echter thans niet doorgaan, omdat dit betreft de versnelling van de gewone civiele proce-

dure, die elders aan de orde dient te worden gesteld. (50)

Mijn punt is dit: als het materiaal van het conflict ter beschikking van de rechter is gesteld is een snelle beslissing geheel verenigbaar met een redelijk goede beslissing (negatief gezegd: zal de redelijkheid van de beslissing veel meer afhankelijk zijn van het inzicht van de rechter dan van de tijd die hij nodig heeft om een inzicht te verwerven) en dat met name wanneer:

1. dat materiaal in gecomprimeerde, gescrreerde vorm aan hem is voorgelegd;

2. het te beslissen rechtspunt van duidelijke en directe aard is.

Dat nu is normaal gesproken het geval in de procedure in kort geding, vooral ook omdat de rechter, die straks gaat beslissen (niet zelden samen met de griffier, die de beslissing minstens formuleert) het conflict méemaakt, als scheidsrechter op het veld aanwezig is, terwijl de wedstrijd aan de gang is. Een scheidsrechter, die niet, zoals de rolrechter als enig oogmerk heeft erop toe te zien, dat partijen bij hun tweegevecht de regels van het spel niet overtreden, maar die ook reeds tijdens de wedstrijd geïnteresseerd is in de uitslag, die hij straks zal moeten geven en die er dus zorg voor heeft, dat het materiaal, waarop de beslissing moet worden gegeven, zo volledig mogelijk op tafel komt en dat er zo weinig mogelijk materiaal wordt aangeboden, dat buiten de zaak omgaat of haar vertroebelt.

- b -

Natuurlijk kan zo'n beslissing toch nog wel fout zijn of minder goed, maar dat staat dan niet in rechtstreeks verband met de snelheid waarmee de beslissing geven moet worden, maar met het foutieve of minder goede inzicht van de rechtspreker. En omdat deze rechtspreker wel steeds een zeer ervaren civiele rechter is en meestal ook wat rechtsinzicht betreft een stuk boven de middelmaat uitsteekt, is de kans op fouten en minder goede beslissingen, welke genomen worden aan de hand van het voorgelegde materiaal, minst genomen zeker niet groter dan bij de beslissing in de gewone civiele procedure. Het enige nadeel, dat ik daartegen zou kunnen aanvoe-

(50) Wat in feite in dit preadvies echter niet gebeurt. Zie inleiding. Op de betekenis van de procedure op verkorte termijn voor de versnelling van de procedure heeft H. K. Köster gewezen in zijn rede als voorzitter van de N.J.V., gepubliceerd in de *Handelingen* van 1972.

ren ten laste van de beslissing in kort geding is, dat een mogelijk verstrekkende en ingrijpende, moeilijk omkeerbare, beslissing, genomen wordt door *een* rechter, maar dan moet ik aannemen, dat in de gewone civiele procedure collegiale rechtspraak gewoonte is en dat is al lang niet steeds meer het geval. Vooral waar het beslissingen betreft, waar niet de juridische vaardigheid en bekwaamheid op het spel staan, maar waar gekozen moet worden binnen een marge van 'politieke' vrijheid is het, naar mijn overtuiging, veel beter, dat meerdere personen aan de beslissing deelnemen. Zonder de minste twijfel komt de situatie van de 'politieke' marge binnen het kort geding zeker zo vaak voor als in de gewone civiele procedure.

En toch zou ik dit bezwaar – dat ik als zodanig blijf onderkennen – in dit geval willen aanvaarden. Weliswaar geloof ik niet, dat het deelnemen van drie ervaren rechters aan een kort geding, dat overigens op dezelfde wijze zou worden afgehandeld in de eerste instantie – en dat is de enige instantie, waarin volgens Zonderland het kort geding zijn echte karakter kan handhaven – de beslissing in enigszins aanmerkelijke mate zou behoeven te vertragen en voorts geloof ik uitdrukkelijk wél dat het voor de kwaliteit van het kort geding soms nuttig is, dat de president intern kan worden tegengesproken door anderen dan zijn (meestal jeugdige) griffier, maar dat alles is voor mij niet voldoende om een verandering in deze gang van zaken voor te stellen. Want de twee andere rechters, die niet alleen formeel maar ook in werkelijkheid tegen de president moeten zijn opgewassen, zouden voor een flink deel aan ander werk onttrokken moeten worden, werk waar hun aanwezigheid ook vereist is en dus zou de rechtbank minstens uitgebreid moeten worden, wil dat andere werk zonder verdere vertraging doorgang vinden – daargelaten of het dan even goed – niet slechter – plaatsvindt.

Wanneer ik met handhaving van mijn bezwaren tegen de *unus judex* ingeval van ingrijpende, niet routine-matige zaken in het concrete geval van het kort geding toch voor handhaving van de bestaande situatie op dit punt pleit, is dat vooral omdat ik rekening houd met het zeer belangrijke feit, dat nu eenmaal tegen deze *unus judex* rechtspraak weinig bezwaren worden ingebracht en in feite ook weinig bezwaren zijn in te brengen. Ik zou zeggen, dat de condities voor rechtspraak door één persoon in ons rechtsbestel hier de beste zijn: een zeer ervaren, meest ook zeer bekwaam rechter,

wiens oordeel op voor rechtspraak meest gunstige modaliteiten wordt ingewonnen, welk oordeel zeer speciaal als het zijne geldt *en* als zodanig in hogere voorziening kan worden aangetast. Geef een bekwaam en ervaren mens die gewend is macht uit te oefenen, macht en het gevaar dat hij er op den duur misbruik van zal maken is, menselijkerwijs, gegeven. Maar leg die macht door de mogelijkheid van zeer concrete controle daarop aan banden en je krijgt die wonderlijke combinatie van zelfverzekerde vastbeslotenheid en voorzichtigheid – wijze zelfbeperking, noemt Zonderland het, geloof ik – die zo heilzaam werkt in de rechtspraak, dat andere waarborgen niet meer nodig zijn en zelfs ongewenst als zij overige belangen in gevaar kunnen brengen.

– c –

Het kort geding als belichaming van 'snel en goed recht' wordt procesrechtelijk van twee kanten bedreigd. Allereerst doordat het van zijn kracht kan worden ontdaan via appèl en cassatie, die als zij tot een ander resultaat leiden, meestal zo laat komen, dat er grote verwarring door ontstaat.

Dat laatste is theoretisch nog véél meer het geval als de tweede bedreiging zich verwerkelijkt: de zaak kan in bodemgeschil via drie instanties toe een andere uitkomst leiden dan in kort geding, omdat de rechter in het bodemgeschil – uiteraard – niet gebonden is aan de in kort geding gegeven beslissingen. Als men aanneemt, dat in het bodemgeschil de rechtvaardigheid, voorzover te verwerkelijken, beter aan haar trekken komt dan in het 'summiere' oordeel van het kort geding, dan moet men toch ook vaststellen, dat dit surplus aan rechtvaardigheid gepaard gaat met een zó vergaande verstoring der rechtsorde, als overigens slechts langs buitengerechtelijke wegen haar beslag pleegt te krijgen. Men leze er de rechtspraak – op dit punt gelukkig zeldzaam – maar op na. Zeldzaam omdat het aanhangig maken van een bodemgeschil, dat door de rechter in kort geding zelfs geëist kan worden, wil de winnaar het kort gedingvonnis ten uitvoer mogen leggen, steeds minder voorkomt.

De meest voor de hand liggende oplossing van dit probleem: het verheffen van de gebruikelijke situatie tot norm en daarmee het afschaffen van de mogelijkheid via een bodemgeschil onrust te verwekken, is echter onaanvaardbaar. Naar mijn gevoelen is het een duidelijk misverstand te menen, dat de *rechts*beslissing – de toepas-

sing of vorming van recht op de gegeven feiten van het conflict – in het kort geding speciaal in het gedrang zou kunnen raken. Ik denk juist, dat de condities daarvoor de best mogelijke zijn. Wat echter gevaar lijdt is de best mogelijke benadering van de feiten waarop het recht moet worden toegepast of naar aanleiding waarvan het recht moet worden gevormd.

De bijzonder hoge mate van verkorting van de procedure vindt haar grondslag in de omstandigheid, dat met *die feiten* niet zo voorzichtig wordt omgesprongen (mag worden omgesprongen) als in het gewone proces. Wat voor de hand ligt wordt als waarschijnlijk aangenomen, datgene waarvan de *waarschijnlijkheid* – desnoods, maar ook alleen desnoods door getuigen – wordt aangetoond, wordt als in rechte voor vaststaand aangenomen en het rechtsoordeel wordt daarop gebaseerd. Soms echter berust de hoogst bereikbare mate van rechtvaardigheid op het toegepaste inzicht, dat wat voor de hand ligt toch niet wáár, wat waarschijnlijk is desniettemin alléén maar waarschijnlijk is. Voor dit inzicht is in het kort geding geen plaats en het principieel uitsluiten van het voeren van bodemgeschillen zou dus terugkeer zijn naar een vorm van utilitair primitivisme. Wie alle schijn ter wereld tegen zich heeft moet in de gelegenheid zijn aan te tonen dat het alleen maar schijn is, ook al moet ik er direct aan toevoegen, dat dat ook in het bodemgeschil geen zekere kans van slagen zal bieden. Maar de kans is groter, en vooral, er is een kans.

Het afgaan op waarschijnlijkheid van feiten kan natuurlijk zowel in het nadeel van de eiser als van de gedaagde werken. Maar de eiser, die grote spoed heeft bij een beslissing, gegrond op feiten, die niet aannemelijk zijn en die hij niet op summiere wijze waarschijnlijk kan maken, dient er – hoe zuur dit ook zij – vanuit te gaan, dat hij via het middel van kort geding niet in zijn actie kan slagen. Het is echter wel mogelijk, dat hij aan een beslissing die genomen zal worden over een aantal maanden of jaren niets meer heeft of aanzienlijk minder dan aan een snelle beslissing, en het er dus toch maar op waagt. Wordt zijn vordering in kort geding afgewezen, dan zou ik het zinvol vinden, dat *steeds* in het vonnis wordt opgenomen een korte termijn, waarbinnen hij het bodemgeschil ahangig moet maken op straffe van verlies dat alsnog te doen.

De positie van de gedaagde is echter een andere: hij heeft niet gekozen voor de procedure in kort geding, met de daaraan ook – en toch wel vooral van hem – verbonden kwade kans, dat het aanne-

melijke basis van recht tegen hem wordt, ook al stemt de werkelijkheid daar niet mee overeen. Hem zou ik zonder meer de gelegenheid willen laten behouden alsnog in een bodemgeschil tegen de beslissing in kort geding op te komen. Dat alles zou echter niet gelden, indien partijen zich tot de rechter in kort geding wenden en aan deze vóór het eigenlijke geding een aanvang neemt – eventueel op diens navraag daaromtrent – opgeven dat zij afzien van het aanbrengen van een bodemgeschil na de uitspraak in kort geding. Dat moet dan wel tweezijdig gebeuren, lijkt mij.

– d –

De andere – meer wezenlijke – bedreiging van het kort geding in zijn bedoelde werking als snel recht is gelegen in de hogere voorziening van het kort-geding-vonnis zelf. Hier beginnen de eisen: snel recht en (redelijk) goed recht weer behoorlijk met elkaar overhoop te raken. Een compromis lijkt geboden. Maar de huidige situatie is amper een compromis te noemen. Zowel in hoger beroep als in cassatie neemt de kort-geding procedure de vorm en (tenzij bijzondere interne maatregelen genomen worden) daarmee de duur aan van een normale procedure, waarbij hoogstens niet al te zeer 'gerekt' mag worden. Dat is ongewenst en weerstreeft het karakter van een voorziening in kort geding.

Anderzijds zou ik een beslissing in één instantie in kort geding zonder enige mogelijkheid van voorziening al met al nog minder geboden vinden. Ik wees er reeds op, dat het beslechten van deze vaak zeer ingrijpende conflicten door *een* rechter als het ware de mogelijkheid van controle daarop *eist* bezien vanuit de machtspositie van hem, die oordeel velt. Maar ook los daarvan lijkt het mij nodig een beroepsmogelijkheid te scheppen ter bevordering van de rechtseenheid en ter correctie van vergissingen, waarbij ik ook denk aan vergissingen en fouten van een der partijen, veroorzaakt door de spoed waarmee het geding in eerste instantie op gang is gebracht en beslist.

Ik heb mij meermalen afgevraagd waarom het niet mogelijk is dat in hoger beroep een kort geding op dezelfde snelle korte en afdoende wijze zou kunnen worden behandeld – in één zitting met een zeer kort daarop volgend arrest – als bij de president. Dat daarbij drie raadsheren betrokken zouden zijn – wat mij beslist gewenst voorkomt – lijkt bij redelijke organisatie toch amper een reden tot

vertraging. Ik zie ook niet dat het opwerpen van grieven – die bij dagvaarding zouden moeten worden opgesteld om ter zitting desnoods te worden uitgewerkt en het voeren van verweer daartegen op andere wijze dan het opzetten en verweer voeren in prima zou moeten gebeuren omdat het moeilijker zou zijn. Natuurlijk spelen advocaten dit klaar, maar ze beginnen er alleen aan als het moet. Toch zou zelfs als men de termijn van dagvaarding in appèl nog zou bekorten tot 8 dagen de beslissing aldus vanaf het aanvangsmoment van het geding in prima altijd nog zo'n week of zes vergen. Waarna dan nog de mogelijkheid van cassatie zou komen...

In een uitgebalanceerd en praktisch sterk betoog heeft Zonderland (51) voor het toekomstige recht bepleit:

dat niet de behandeling door de Hoge Raad zou moeten vervallen doch die door het Hof zulks met dien verstande, dat de Hoge Raad in korte gedingen niet beperkt zou zijn tot de taak van cassatierechter, maar tevens die van appèlrechter zou vervullen.

Ik zou mij hierbij willen aansluiten. Er worden enerzijds in korte gedingen zulke principiële zaken aan de orde gesteld – en het is alderminst te verwachten dat dit af zal nemen, – dat het ontbreken van een toetsing in eigenlijke cassatie (men denke maar aan het Panhonlibeo- en aan het Fluorideringsarrest) doorgewoond onvoorstelbaar en onaanvaardbaar is. Anderzijds kunnen er natuurlijk moeilijkheden zijn met de uitlegging en vaststelling van de feiten. Maar dit laatste is in kort geding een veel geringer probleem dan in de gewone procedure en dat probleem is – zoals ik betoogd heb – onder gunstige condities in handen gelegd van rechters met grote ervaring. Alleen hiervoor een afzonderlijke tweede instantie scheppen – naast cassatiemogelijkheid – lijkt onnodig. De feitelijke gang van zaken en haar vaststelling geheel aan iedere controle onttrekken is evenmin gewenst. Men komt dan 'vanzelf' tot de door Zonderland voorgestelde oplossing, die bovendien na verloop van tijd een uitzicht kan bieden op de vraag of twee feitelijke instanties naast één rechtsinstantie in gewone gevallen inderdaad steeds de beste oplossing is. Of wij kunnen volstaan met één feitelijke instantie (liever: of wij de tweede feitelijke instantie kunnen missen als bepaalde voorzieningen worden getroffen) kan niet aan de hand

(51) *Het Kort Geding, in het bijzonder tegen de overheid*, 2e geheel herziene druk, 1972, i.h.b. blz. 82.

van theoretische betogen worden uitgemaakt. Het moet in de praktijk blijken. Ik ben geneigd te zeggen, dat de normale gang van zaken in onteigeningsprocedures, die hoger beroep vrijwel steeds uitsluit, er wel een aanwijzing voor vormt, dat bevredigende rechtspraak tot stand kan komen in dit soort zaken zonder een tweede feitelijke instantie, maar dat daarmee de vraag wie dan die eerste feitelijke instantie is nog niet is beslist. Ik ben geen statisticus, maar ik zou mij erg moeten vergissen als er percentsgewijze niet onevenredig veel onteigeningsvonnissen van rechtbanken worden vernietigd en vervolgens vaak verwezen naar Hoven, die nu juist wegens de geschetste procesgang weinig ervaring hebben met dit soort zaken. Het voorstel de Hoge Raad in kort geding ook een taak te geven als feitelijke appèlrechter is een niet geringe breuk met de traditie. Maar als dit experiment érgens geprobeerd zou kunnen worden is het juist in kort geding, waar het gaat over summiere vaststelling van feiten. Wellicht zouden ook nog de volgende twee proposities – mits uitgewerkt en geamendeerd – in overweging kunnen worden genomen, wanneer het er omgaat het kort geding zijn nuttige functie in het rechtsbestel te laten behouden en nog meer aan te passen aan een tijd, waarin het vaststaan van een aantal beslissingen zonder zin zal blijken als dat niet tevens betekent, dat zij *tijdig* komen vast te staan. En waarin het er toch niet, zoals Luhmann bij voortduring suggereert (52) alléén op aankomt dat er langs de weg van het proces een beslissing tot stand komt, maar ook nog wat de kwaliteit van die beslissing is.

x. Partijen kunnen zich tot het verkrijgen van een beslissing in kort geding in onderling overleg rechtstreeks wenden tot een daartoe samengestelde Kamer van een gerechtshof. Ik wil daarmee niet de dagvaarding en dus de exacte schriftelijke omschrijving van het punt van conflict uitschakelen, zoals gebeurt wanneer een kantonrechter krachtens art. 43 R.O. tot een beslissing wordt geroepen. Ik zal niet zeggen, dat dit de *enkele* reden is van het feit, dat art. 43 R.O. – met zijn bijzonder grote mogelijkheden tot snel recht, zo weinig wordt aangewend, maar een reden is het wel, zeker wanneer we in aanmerking nemen dat de partijen uit de kantonrechtters van het arrondissement, waarbinnen de zaak zou moeten val-

(52) In: *Legitimation durch Verfahren*, 1969 en: *Rechtssoziologie*, 2 delen, 1972. Hierover kritisch en duidelijk: M. Kriele, *Einführung in die Staatslehre*, Rororo, nr. 35, 1975, blz. 38 v.

len, kunnen kiezen, terwijl in de loop der tijd het benoemingsbeleid inzake kantonrechters van dien aard is geweest, dat in elk arrondissement kantonrechters te vinden zijn die minstens gelijkgesteld moeten worden met redelijk ervaren en bekwame arrondissementsrechters. Maar als een zaak eenmaal tot een conflict is uitgegroeid dat voor een vreemde instantie wordt gebracht, die een bindende beslissing kan nemen, moet de procesgang *niet al te informeel* zijn. Als ik het goed zie blijkt dat zelfs bij de arbitrage en bij de tuchtrechtspraak. Ik zal oprecht toegeven, dat ik indertijd als rechter – weliswaar niet zonder gêne – de getuige of partij die mij de hand wilde schudden om kennis te maken duidelijk heb geprobeerd te maken dat dat niet bij het spel hoorde (ik zou dat nu zeker niet meer doen, maar ik zou die kennismaking nóg niet zelf entameren) en dat ik dat als tuchtrechter – mede onder de heilzame invloed van mijn mederechters, die leken waren – heel spoedig heb afgeleerd, maar zelfs in dat soort procedures lijkt het mij nog steeds een eis dat er enige voorbereiding plaatsvindt, vooral hierin bestaande, dat ieder die aan het proces deelneemt weet of kan weten, waarover het in het proces gaat voor het begint.

Wat mij voor ogen staat is een soort prorogatie in de zin van art. 329 Rv. echter, gezien het karakter van het kort geding, en wegens de welbewuste keuze van beide partijen, die nu eenmaal zo snel mogelijk een zo goed mogelijke beslissing nodig hebben, met deze bijzonderheid dat de beslissing van het Hof tussen hen definitief is, hoewel cassatie in het belang der wet zeer uitdrukkelijk moet blijven openstaan.

Deze beslissingen aan de Kamer van de Hoge Raad die optreedt, als door Zonderland voorgesteld voorbehouden, lijkt mij om drie redenen ongewenst: allereerst wordt aldus de centralisatie wel erg ver doorgevoerd, vervolgens omdat op deze wijze overbelasting van de Hoge Raad niet onwaarschijnlijk zou lijken, terwijl de Hoven, die normaliter geen beroepen van korte gedingen meer voor zich krijgen, daartoe wél enige ruimte krijgen en tenslotte omdat ik dan een ongewenste frictie zou voorzien tussen de behandeling in eerste instantie (door de Hoge Raad bijwege van prorogatie) en de behandeling door de Hoge Raad na cassatie in het belang der wet. Dat deze taak in mijn visie, niet zou moeten ten deel vallen aan de Presidenten in kort geding, behoef ik wel niet meer te betogen. Ik zou een voor geen enkele voorziening vatbare ingrijpende beslissing in eerste instantie in principe nimmer aan een alleensprekende

rechter willen overlaten. Art. 1639 w lid 7 B.W. lijkt mij dan ook een niet geringe misgreep. (53)

2. Mijn tweede voorstel is – voor nederlandse rechtsbegrippen – geheel ongewoon. Het komt er eigenlijk op neer, dat de instantie die de hogere voorziening in beginsel te beoordelen krijgt – in casu dus de Hoge Raad – een soort prima-facie judicium kan geven, krachtens hetwelk die hogere voorziening kan worden geweigerd wegens kennelijke ongegrondheid daarvan. De kennisgeving van die beslissing betekent dan tevens, dat de beslissing waarvan hogere voorziening werd aangetekend, onherroepelijk is geworden.

Ik zou menen, dat voor deze bijzondere rechtsgang aanleiding bestaat, teneinde kansloze beroepen te weren ook in hun nadelige werking voor de tegenpartij. Daartoe zal het nodig zijn, dat de partij, die bij de Hoge Raad in beroep komt, kort maar duidelijk uiteenzet welke de gronden zijn van dat beroep zo ten aanzien van de feiten als ten aanzien van het recht en de weigering van behandeling van het beroep moet dientengevolge óók partieel kunnen zijn. Dat komt er in de praktijk op neer, dat de Hoge Raad kan beslissen: dít feitelijk punt en/of dít rechtspunt zullen niet nader worden behandeld, want dit rechtspunt of deze gestelde feitelijke constellatie van zaken zijn reeds op het eerste gezicht – gezien de aard van het kort geding – zo ongegrond, dat een behandeling daarvan niet in aanmerking komt. Juist omdat dit beroep bij de Hoge Raad, die toch als een van zijn eerste zorgen heeft handhaving van de rechtseenheid, terecht komt, zou ik menen, dat het geven van deze gelegenheid tot weigering (partieel of geheel) om van het beroep kennis te nemen, practisch geen bezwaren zal opleveren en het kort geding in zijn dynamische werking kan bevorderen.

8. *Small-Claims Courts?*

Het verslag van de hoorzitting van de Werkgroep Wiersma met enkele (vrouwelijke) vertegenwoordigers van de Nederlandse Consumentenbond bevat de navolgende passage:

Naar de mening van Mevrouw Stork zou er voor de goede

(53) De verklaring als zou hier sprake zijn van volontaire rechtspraak, strijkt wel erg tegen de haren, daargelaten dat ook in de volontaire rechtspraak (opgevat in de zin van Wintgens als 'conciliatoir') beroep niet uitgesloten dient te zijn, als het over ingrijpende zaken gaat.

afwikkeling van geschillen m.b.t. overeenkomsten een zowel voor de consument als voor de leverancier bruikbare procesvorm moeten worden geschapen, bijv. naar analogie van de in de Verenigde Staten functionerende small-claims-courts. Doordat de daar gehanteerde procedure weinig formaliteiten kent kunnen de zaken op korte termijn worden afgedaan. Immers juist de vele juridische formaliteiten maken onze kantongerechtsprocedure nodeloos gecompliceerd waardoor met de afwikkeling dikwijls zeer veel tijd gemoeid is. (54)

Even later lees ik in het verslag van de zitting waarbij het bestuur van de kring van kantonrechters gehoord wordt:

Desgevraagd zeggen de kantonrechters van mening te zijn dat er naast een unus iudex geen bijzondere behoefte bestaat aan de instelling van een zogenaamd small-claims-court, zoals dat op sommige plaatsen in de Verenigde Staten van Amerika bestaat, aangezien namelijk de regeling van het rechterlijk bevel tot betaling, die eventueel nog zou kunnen worden uitgebreid, hierin voorziet. (55)

En dan nog een derde citaat, waarin de vice-voorzitter van de Nederlandse Vereniging van rechtskundige adviseurs aan het woord komt:

De heer Wiersma vraagt of er in Nederland behoefte zou bestaan aan small-claim(s)-courts voor consumentenklachten. De heer Hesseling antwoordt dat veel van deze klachten de rechter nimmer bereiken omdat zij in der minne worden geschikt of omdat het gaat om een te gering belang. Er is daarom naast de kantonrechter geen behoefte aan een speciale rechterlijke instantie die alleen over consumentenklachten zou oordelen. Zou een dergelijke instantie er wel zijn, dan is het gevaar groot dat die zou worden bedolven onder een enorme hoeveelheid onduidelijke feiten die op zichzelf de moeite niet waard zijn. Bovendien hebben bepaalde branches eigen scheidsgerechten in het leven geroepen om klachten te behandelen of adviesorganen om de consumenten te beschermen. (56)

Laat mij eerst Mej. Stork een illusie armer maken. De small-claims-courts in de V.S. functioneren in precies tegenovergestelde

(54) *Gedachten*, blz. 49.

(55) *Gedachten*, blz. 52.

(56) *Gedachten*, blz. 65.

zin als bedoeld werd en als zij meent. Mijn vierde citaat komt niet uit de kringen der Amerikaanse oproerkraaiers, maar spreekt toch duidelijke taal:

The small claims court stands as a prime example. Created to help the poor creditor collect his claims without fuss or fanfare, it has been perverted into a mass collection agency for stores and business against the poor... Bij dispensing with 'legal technicalities' and emphasizing 'settlement' small claims courts pit unskilled and inexperienced debtors against the paid agents of companies who handle such claims by the thousands. The poor do not collect in small claims courts; they are only collected from. In Philadelphia, the dockets of the Magistrates Courts do not even have a form in which to record a judgment for the defendant, court clerks there cannot recall such a happening in 20 years... A judge in the Washington DC Small Claims Courts remarked about the predominantly Negro poor who are its defendants: 'It's a miracle they do'nt burn down the courthouse. All they see is white people enforcing white laws designed to do them in'. (57)

Het is wat verwarrend, dat in dit citaat steeds gesproken wordt van 'the poor', waar wij eenvoudig 'de consumenten' zouden willen lezen. Maar dat komt omdat armen in dat rijke land een – ook verhoudingsgewijs – heel wat meer voorkomend verschijnsel zijn dan bij ons. (58) De verwarring wordt opgeheven als wij bedenken, dat de gewone consument met kleine klachten in ieder geval in zoverre arm is, dat hij (mééstal zij) de proceskosten verbonden aan de gewone wijze van gerechtelijke oplossing van die klacht niet kan betalen.

Wat er in de V.S. met die small-claims-courts aan de hand is, is wel duidelijk. Het zijn instanties, die gerechtelijke incasso's drastisch vereenvoudigen. Ik gebruik die terminologie met opzet omdat zij de oudere lezer zal herinneren aan de voorgangster van onze huidige regeling aangeduid als: rechterlijk bevel tot betaling. In een soort sublieme objectiviteit heeft mej. Stork voor een analogie met

(57) *Law and order reconsidered, a staff report to the national commission on the causes and prevention of violence*, 1970, blz. 35–36.

(58) Zie o.m. Ronald Segal, *America's receding future*, 1968, blz. 139–142.

de amerikaanse small-claims courts gepleit óók ten behoeve van de leveranciers. Dat was niet nodig, want voor hen bezitten wij een dergelijke regeling reeds in het door de kantonrechters genoemde: rechterlijk bevel tot betaling. Ook bij ons wordt daarvan, middels vóórgedrukte formulieren, gebruik gemaakt bijna uitsluitend door firma's die een aantal kleine tot nogal kleine vorderingen op eenvoudige wijze willen innen. Váák terecht, maar óók als het ten onrechte geschiedt of niet geheel terecht, is het maar zeldzaam dat de consument-debiteur het gevecht voor het gerecht aandurft. Maar veel belangrijker is: hoe zal de teleurgestelde koper, wiens dure horloge de derde dag stilstond om nooit meer te gaan lopen, de huurder, die een lekke dakgoot heeft en dat op kosten van de verhuurder – die de grote reparaties voor zijn rekening moet nemen – wil laten herstellen aan zijn trekken komen? 'Hij die terzake van de nakoming van een overeenkomst een opeisbare geldsom van ten hoogste vijfhonderd gulden in hoofdsom te vorden heeft' dat is bijna steeds de man, de firma, de n.v., die geleverd heeft en niet de koper, die teleurgesteld is.

Ik zou dus menen, dat van het tweede citaat – dat van de kantonrechters – het meest essentiële is – als we het over klachten van gewone mensen hebben – dat de bestaande regeling eventueel kan worden uitgebreid. Want al zou ik in géén geval de schrijnende situaties die de small-claims courts in de V.S. oproepen met verwijzing naar onze wettelijke regeling van het rechterlijk bevel tot betaling, als óók hier toepasselijk willen aanmerken, ook ónze regeling biedt in ieder geval de consument met klachten slechts uiterst zelden soelaas en zij vergemakkelijkt de inning van geldvorderingen voor hen die dat in het algemeen – financieel – niet zo hard nodig hebben – al zijn er volop uitzonderingen.

Ook in Engeland is deze zaak onder de aandacht geweest. De Engelse Consumentenbond publiceerde in 1970 een rapport: 'Justice out of reach' waarbij de instelling van small-claims-courts werd aanbevolen. Waarom? De Raad ontdekte tot zijn ontsteltenis, dat de county courts – grof weg te vergelijken met onze kantongerechten, echter met dien verstande, dat de procesvoering daar vaak veel minder gecompliceerd en traag verloopt – helemaal niet dienstig waren aan de belangen van teleurgestelde consumenten:

Research revealed that in the county court 90 per cent of cases are brought by large firms or public corporations, 1 per

cent. by local authorities, and 9 per cent. by individuals. In addition the Council found that, because of the costs position, solicitors did not advise an individual to bring a disputed county court action unless a substantial claim was involved.

De commentaar leverende auteur twijfelt er een beetje aan of de small-claims courts, zoals de engelse Consumentenraad dat wenst, er zullen komen. Hóé wenst die raad deze?:

Claimants should be individuals only, and the maximum claim should be £ 100. No legal representation would be permitted. It remains to be seen whether or not the report finds favour with the Government, *but its conclusion that the county court has become substantially a debt collecting agency provided by the state for the benefit of large trading firms*, deserve to be considered seriously. (59)

Dit alles tendeert naar een praktische demonstratie van wat mijn collega en mede-preadviseur in zijn inaugurele rede van 1973 als hypothese heeft betoogd: de kansen op recht zijn ongelijk verdeeld. (60) De staat heeft het sommigen gemakkelijker gemaakt om hun recht te verkrijgen dan vele anderen. En – globaal – hangt dat er van af, hoe elks financieel-economische positie is.

Als ik nu naga waarom een, naar ik zeker aanneem verstandig man als de vice-voorzitter van de Nederlandse Vereniging van rechtskundige adviseurs het small-claim court, verwerpt, dan rijzen mij de haren ten berge: die klachten komen niet bij de rechter omdat zij 'in der minne' worden geschikt of van te gering belang zijn. Dús is er geen bijzondere rechtspleging voor die klachten nodig. Maar als zij er zou zijn, zouden er *veel te veel* klachten komen. Bovendien zijn er al eigen voorzieningen getroffen binnen bepaalde branches om in het leed van de consumenten te voorzien.

Ik verwacht, dat ook de heer Hesseling inziet dat deze argumentatie niet valabel is.

Ik zou mij kunnen voorstellen, dat bepaalde klachten, die objectief een te geringe waarde vertegenwoordigen, buiten het bereik van de rechter dienen te vallen. De *minimis non curat praetor*, is in ons recht, geloof ik, een niet aanvaard adagium, maar zelfs als dat wél zo zou zijn, zou het alleen betekenen, dat de rechter over onbenuligheden *aan hem voorgelegd* geen uitspraak behoeft te doen. Hier

(59) Beide citaten uit K. J. Edey: *The english legal system*, 1971, blz. 184.

(60) C. J. M. Schuyt, *Rechtvaardigheid en effectiviteit in de verdeling van de levenskansen*, Nijmeegse rede, 1973, met name VI, blz. 28 e.v.

gaat het echter over de vraag of de 'kleine man' aan de rechter *kan voorleggen* of er van een onbenulligheid sprake is. En die vraag wordt door onze inrichting van de rechtsingang practisch ontken-nend beantwoord, terwijl de toch minstens even grote onbenullig-heid van een incasso van een paar tientjes voor bedrijven of in-stanties, die geheel ingesteld zijn op dergelijke verliezen, en deze zelfs in hun prijzen in rekening kunnen brengen, wordt *vergemakke-lijkt*. Tegen die vergemakkelijking heb ik niet eens echte bezwaren maar dan onder deze stringente voorwaarde, dat ze niet eenzijdig mag bestaan. We moeten er bovendien rekening mee houden, dat – of we dat niet toejuichen of niet – het rechtsbesef van de gewone staatsburger in feite aanzienlijk is versterkt. Hij of zij wenst niet te begrijpen, waarom hij in geval a zijn bestelling wel moet betalen en daar gerechtelijk toe gedwongen kan worden als hij niet tevens in geval b kan weigeren een ondeugdelijke bestelling te accepteren en daar gerechtelijk in wordt gesteund.

Op de vraag of er small-claim courts nodig zijn, antwoord ik dus zonder enige aarzeling bevestigend mits voorkomen wordt, dat zij een amerikaanse evolutie kunnen doormaken. Zij kunnen wel eens even belangrijk zijn als de Hoge Raad, wanneer zij goed werken. Daarbij verlies ik niet uit het oog – al zouden wellicht velen dat wil-len – dat ook de kleine man over kleinigheden onredelijk kan door-zaniken en met een béetje gelijk aan zijn kant toch maar beter zich bij de stand van zaken zou behoren neer te leggen. Maar dat het een vooronderstelling is, dat de kleine man – voor mijn part niet zo erg klein, maar in ieder geval consument – bijna steeds in zo'n si-tuatie verkeert als hij klachten heeft en dat de leverancier bijna steeds groot gelijk heeft als hij betaling vordert – over hoe kleine bedragen het ook gaat – dat wens ik te ontkennen.

Waar komt dit alles op neer? De amerikaanse small-claims courts bereiken allerminst wat zij beoogden. Zij stellen de leveranciers met behulp van de staat in de gelegenheid welhaast onweersproken hun vorderingen op te eisen en – vooral – zij geven de arme, de gewone man, de consument, geen redelijke kans zijn klachten waar te ma-ken. Dan is de consequentie duidelijk. Er moet een instantie ge-schapen worden, die de consument aan zijn trekken laat komen, in zaken die hij, onder de bestaande stand van zaken, in redelijkheid niet voor de rechter kan brengen, maar die hij toch als onrecht on-

dervindt. Onrecht, dat des te moeilijker te aanvaarden is, zolang er geen remedie tegen bestaat.

Ik zou mij de gang van zaken als volgt voorstellen:

De koper, huurder, of huurkoper die terzake van koop, huur of huurkoop een belang heeft, dat naar schatting – uiteindelijk vast te stellen door de rechter – een bedrag van f 500 (?) niet te boven gaat, kan zich als dat belang niet wordt geëffectueerd door zijn wederpartij, mondeling en in persoon (vertegenwoordiging zou ik niet willen *verbieden*) tot de rechter wenden, die op vaste tijden – een of meermalen in de week – daartoe zitting houdt. Ter zitting wordt vastgesteld, hoe de klacht juridisch moet worden geformuleerd, waarbij de rechter het laatste woord heeft, én wat van de wederpartij wordt gevorderd. De rechter kan de zaak als niet geschikt voor summier afdoening in small-claims rechtspraak afwijzen, waarna de mogelijkheid blijft bestaan deze op de gewone wijze aan te brengen voor de gewone rechter. Hij kan de klacht ook afwijzen wegens prima-facie inzicht van ongegrondheid (ik doel op querulanten en zanikpotten, die eveneens daarna het recht houden hun zaak aan de gewone rechter voor te leggen). Maar in andere gevallen zal de zaak verdere behandeling vinden. Met behulp van een terzake kundig griffier stelt de rechter de eis, als door de klager bedoeld op schrift. Wenst deze haar niet te ondertekenen, dan wordt de vordering als small-claim afgewezen. Doet hij dat wel dan gaat een afschrift naar de wederpartij met oproep om binnen korte tijd – ik denk aan een periode van twee weken hooguit, waarbij uitstel tenzij in uitzonderingsgevallen niet mogelijk is – in persoon of vertegenwoordigd verweer te voeren. Verschijnt de wederpartij niet dan wordt de vordering toegewezen. Bij tegenspraak zal summier recht worden gedaan, liefst ter zitting en anders op zeer korte termijn, waarbij de gewone bewijsmiddelen niet vereist zijn. De rechter kan bij wege van bemiddelend vonnis beide partijen voor een deel in het gelijk stellen. Ik zou er voorstander van zijn iedere hogere voorziening behoudens cassatie in het belang der wet uit te stellen. Zo dat te ver gaat, zou ik menen dat, dat het vonnis steeds uitvoerbaar bij voorraad moet worden verklaard met vaststelling van een dwangsom van bescheiden omvang maar die het onaan-trekkelijk maakt anders dan om principiële redenen tegen het vonnis te appeleren.

Het voorstel lijkt nogal vèrgaand. In feite gaat het niet verder dan tot hier: het geeft de consument: koper, huurder, huurkoper, – on-

der het wakend oog van de rechter – ongeveer gelijke kansen als de verkoper, verhuurder, huurverkoper. Dit wordt alleen met andere middelen bereikt.

Maar wie, o wie, vindt een fatsoenlijke, nederlandse benaming voor zo'n rechtsinstituut?

9. *De dissenting opinion in de rechtspraak*

Frappez toujours, geldt, geloof ik, niet in de juridische wereld. Daar heet het gedram.

Ik zal dus maar een klein klopje laten horen.

De zaak is uitvoerig bediscussieerd. Er zijn in 1973 door Drion en de Savornin Lohman preadviezen over uitgebracht voor deze Vereniging, die tot slotsom hadden, dat we er behoefte aan hebben. De vergadering van de N.J.V. was het in m.i. nogal grote meerderheid daarmee eens. Ik heb er ook een paar keer over geschreven en weinig tegenspraak ontmoet, behoudens wanneer ik te voorzichtig leek. Waarom gebeurt er niets? Ik *hòòp*, omdat deze materie bij de 'grote herziening' geregeld zal worden. Want ik *vrèès*, dat er niets van komt, omdat iedereen erover zwijgt.

Is men van mening veranderd? Misschien kan dit punt nog eens onder de vraagpunten worden opgenomen. Ik zou het dan op een bescheiden manier willen aanpakken. Bijv. zo:

Is het gewenst, dat de mogelijkheid wordt geschapen dat in uitspraken van de Hoge Raad, melding wordt gemaakt van afwijkende oordelen van een minderheid van het college en dat de motivering daarvan mét de uitspraak van de meerderheid bekend wordt gemaakt?

En vooral zou ik de Vereniging voor Rechtspraak willen uitnodigen zich op korte termijn over deze zaak te laten horen. En waarom ook niet de Orde van Advocaten?

Laten we eens iets durven. Als we ja *zéggen* ook ja *dóen*, zoals mijn oude wiskundeleraar ons altijd voorhield.

Ik ben ervan overtuigd, dat dit geen onbelangrijke zaak is. Zij is óók belangrijk, als er jarenlang na haar invoering geen dissenting opinion verschijnt.

Zij die geloven, haasten niet, maar hebben toch ook een hekel aan een eindeloos *sur-place*. Dit is een uitdrukking uit de sfeer van de wielervedstrijden op de baan. Beide renners willen eerst aan de eindstreep komen, maar zij doen dat door stil te blijven staan. Op

het laatst gaat er altijd een wiebelen. In de wielrennerij is dat de zwakste. De ander schiet over hem heen.

Bij ons wiebelt zelfs niemand, lijkt het soms.

10. *Rechtshulp en kosteloos procederen*

Drie stellingen met wat toelichting.

1. De behoefte aan rechtshulp – die duidelijk bestaat – zou met name vanuit de juridische faculteiten van onze universiteiten en hoge scholen via hoofdkwartieren en filialen voor een flink deel gelenigd kunnen worden en dat op een bijzonder deskundige wijze, mits de faculteit die rechtshulp als een taak en een plicht voor allen beschouwt.

Het nogal zeurderig dilemma of studenten, die meewerken daarmee ook – of vooral – hun eigen studievoortgang mogen dienen danwel enkel voor de mens in rechtsnood moeten opkomen, dient opgeruimd te worden. Het één sluit het ander helemaal niet uit.

Rechtswinkels die maatschappij-critisch te werk willen gaan en vrezen of weten, dat die doelstelling in gevaar komt wanneer de juridische faculteiten zich intensief met de zaak gaan bemoeien, kunnen hun werk rustig geïsoleerd blijven doen.

De organisatie van de door mij voorgestane rechtshulp eist snelle en grondige voorbereiding op landelijk plan met inschakeling van het ministerie van justitie. Naast de aan de universiteit verbonden medische kliniek zouden rechtsklinieken moeten ontstaan, met dit kleine verschil dat in het laatste geval alleen de cliënten er beter van (kunnen) worden.

Behalve van studenten, wetenschappelijke medewerkers en hoogleraren, zou voor de coördinatie aan zo'n rechtshulpinstituut – eventueel parttime – medewerking van advocaten nodig zijn, verbonden moeten worden, die daarvoor bezoldigd worden. Overigens verleent ieder zijn medewerking kosteloos. De noodzakelijke kosten dienen door het ministerie van justitie vergoed te worden op basis van een begroting.

2. De toelating om kosteloos te procederen kan drastisch vereenvoudigd worden. De toelating om tegen verminderd tarief te procederen moet afgeschaft worden.

Een bewijs van onvermogen is onnodig. Wie wil gaan procederen maar meent dat hij niet in staat is de kosten te betalen, wendt zich

als ieder ander tot de advocaat van zijn keuze. Deze beoordeelt summier of er redelijke grond is om een proces te beginnen. Meent hij dat dit niet het geval is maar kan hij de cliënt daarvan niet overtuigen dan wordt de zaak voorgelegd aan de plaatselijke Orde. Wanneer deze het met de cliënt eens is, wijst zij hem een andere advocaat aan, die de zaak moet behandelen.

De behandeling begint met een verzoekschrift aan de rechtbank om toelating tot gratis-procederen. In dat verzoekschrift worden financiële gegevens opgenomen alsmede een korte omschrijving van de aard van het proces of te voeren verweer. De Rechtbank wint, indien zij daartoe gronden aanwezig acht, inlichtingen in bij de belastingdienst. Zij behoeft de wederpartij niet op te roepen. In praktijk komt deze zelden of nooit en terecht want het is zijn zaak niet of zijn tegenpartij al dan niet 'betalend' moet procederen. Er zouden enige richtlijnen bekend gemaakt moeten worden aan de hand waarvan in de meeste gevallen kan worden uitgemaakt of het verzoek zal worden toegestaan.

3. Wie toelating krijgt om kosteloos te procederen, dient niet zelf de kosten van een verloren proces te dragen. Dit bedrag, door het rechtsprekend college begroot, kan de winnende advocaat declareren bij het ministerie van justitie. Een grote totaalsom is daarmee niet gemoeid. Zoals bekend komen de proceskosten, waarin de tegenpartij van een gratis-procederende wordt veroordeeld, ten gunste van de advocaat van deze laatste (art. 865 Rv.).

Als iemand de gelegenheid wordt geboden in rechte iets te vorderen of zich ergens tegen te verweren, terwijl hij niet in staat is de kosten daarvan te dragen, moet men hem of haar die kans ten volle geven. Wie zijn eigen proces niet kan betalen, kan natuurlijk ook de proceskosten van de ander niet voldoen. De kans dat hij hiertoe toch veroordeeld wordt, zou juist de meest nauwgezette van deze mensen er vanaf kunnen houden hun recht te zoeken. Het tegengaan van lichtzinnig procederen dient plaats te vinden voorafgaande aan het proces.

'Die deutsche Justiz ist reformbedürftig'.

R. Wassermann (61)

'Het is naar mijn mening van belang met enige nadruk voorop te stellen dat ik de rechterlijke macht en haar werkwijze geenszins beschouw als hervorming bijzonder behoevend'.

G. Langemeijer (62)

Ik kom tot de bevinding, dat ik de mij toegemeten ruimte van 48 bladzijden druks reeds ruimschoots heb overschreden. Dit gevoegd bij het feit, dat de termijn van inlevering der kopij reeds meer dan twee maanden voorbij is, noopt tot een haastig en kort einde.

Heeft de behoefte aan een 'grote herziening' van de rechterlijke organisatie te maken met de nu en dan felle kritiek die sinds het einde der zestiger jaren vrij plotseling op de rechterlijke macht en haar personen en instituties is neergedaald? En is de toch wel onmiskenbare stroomvertraging toe te schrijven aan het wat kalmeren, het luwen van die kritiek?

Ik denk, dat als de drijfveren voornamelijk daar moesten worden gezocht (zelfs als het onbewuste of half bewuste drijfveren waren) en dat als de remmingen van nu daarin haar oorzaak vinden, zo het een als het ander op een niet onaanzienlijk misverstand berust. Het noodzakelijk of waarschijnlijk gevolg ook van een geslaagde reorganisatie zal niet zijn, dat de kritiek het zwijgen wordt opgelegd. Integendeel zou men kunnen vrezen, dat, als een der doeleinden van de herziening verwerkelijk wordt: het doorzichtiger maken van de rechtspraak en haar organisatie de kritiek daardoor zal toenemen, want dan zal duidelijker dan in het verleden blijken, hoezeer rechterswerk mensenwerk is én verre van eenvoudig en vanzelfsprekend mensenwerk. Daarover schijnen nog wel eens misverstanden te bestaan. Ik heb uit 1969 met zorg een krantenknipsel bewaard, waarin de toenmalige president van een rechtbank verklaart:

Per slot van rekening is de rechtspraak iets dat volgens de

(61) *Richter, Reform, Gesellschaft*, 1970, blz. 9.

(62) *Gedachten*, blz. 127-128.

Bijbel 'niet des mensen' is. Het is bepaald blasfemisch om te zeggen, dat de rechter een God op aarde is, maar geschiedkundig is dat altijd wel zo aangevoeld. (63)

Moet men zich over kritiek verwonderen als dat goddelijk werk toch in handen gelegd wordt van mensen, wier god zijn op aarde noch door gelovigen noch door ongelovigen ernstig kan worden genomen?

Maar meer terzake: er is zorg over het getaande vertrouwen in de rechterlijke macht. Misschien is die zorg voor een deel terecht. Maar daarmee wordt het vertrouwen niet hersteld en ik denk, dat het voorlopig ook niet hersteld kan worden zo dat alles weer wordt als in de tijden van weleer. (64)

Vertrouwen – en zeker algemeen vertrouwen – heeft aan de kant van hen die het vertrouwen schenken altijd een irrationeel aspect. Het berust aan die kant op de overtuiging, het geloof, dat aan de andere kant mensen staan – onze werkgevers, onze bestuurders, onze leraren, onze ouders en onze rechters – die het alleen maar goed met ons allemaal voor hebben, ook al nemen zij beslissingen, die wij als naar of ellendig ondervinden. Het is toch voor ons bestwil, dat wij gestraft worden.

Het onvoorwaardelijk vertrouwen is alleen bestaanbaar in een harmonieuze wereld en ik kan mij in onze tijd geen harmonieuze wereld voorstellen die anders bereikt zou kunnen worden dan door de dissonerende geluiden hardhandig tot zwijgen te brengen.

Het is toch al met al niet zo vreemd, dat mensen die overtuigd zijn van de rechtvaardigheid van hun standpunt, van de onrechtvaardigheid van vele of bepaalde rechtsregels, rechters indringend vragen: waarom denken jullie er anders over dan wij? Als die rechters dan antwoorden: wij denken niet zus of zo, wij passen de wet toe, die men u en ons als bindend heeft voorgelegd, dan komt als repliek natuurlijk: maar jullie rechters hebben toch vrijheid minstens binnen wet en recht. Die vrijheid bestaat natuurlijk ook en is dat de kracht van de rechterlijke macht, het is tevens haar zwakte in een tijd, die verscheidenheid van meningen op fundamentele gebieden kent. Hoe wordt die vrijheid gebruikt? Stel, *dat* uiteindelijk beslist was, dat het onttrekken van een minderjarige aan het ouderlijk ge-

(63) *Dagblad de Telegraaf* van 18 januari 1969.

(64) Voor deze noot had ik een bloemlezing van 'verheven' uitspraken verzameld. Maar ook de noten worden te lang. Ik zal ze bewaren voor een andere gelegenheid.

zag als vorm van hulpverlening aan het kind – via de constructie van het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid – niet strafbaar was, of dat die uitspraak eerlang zal komen. Zou resp. zál dan het vertrouwen in de rechterlijke macht hersteld zijn of zou wat aan de ene kant gewonnen wordt aan vertrouwen niet aan de andere kant verloren geraken?

Ik denk, dat het algemene vertrouwensvotum in de rechterlijke macht geweld lijdt onder twee condities: in een statische maatschappij daar waar de rechterlijke macht de rust van de orde verstoort door vernieuwingen. Dat komt zelden voor. In een dynamische en dus verscheurde samenleving daar waar de rust van de orde verstoord wordt vanuit de samenleving zelf. Ook in die samenleving blijft rechtspraak nodig. Soms zien wij de rechterlijke macht rebelleren tegen vernieuwingen. Ik denk aan de duitse rechters in de Weimar-republiek, aan de hoogste rechtspraak in de V.S. onder Roosevelt's New-Deal. Andere keren zien wij het behoudende deel van de maatschappij in opstand komen tegen de rechtspraak.

Ik denk aan de rechtspraak van het Amerikaanse Warren-Court inzake rassendiscriminatie en de eisen van een *formeel* due-process. George Wallace was in 1972 een ernstig kandidaat voor het presidentschap van de V.S., tot hij door een aanslag werd uitgeschakeld, en noodgedwongen vrij baan moest maken voor Nixon. Zijn appèl op de bevolking was een waarschuwing tegen de bedreigingen, waaraan deze blootstond. En welke was volgens Wallace de ernstigste bedreiging?

Above all the courts. 'The judges... have just about ruined this country...' (65)

Maar ik heb beloofd niet meer af te dwalen. Er is in een grote nederlandse politieke partij onlangs strijd gevoerd over de vraag of democratie georganiseerd wantrouwen is, zoals de ene kant zei, dan wel moet uitgaan van vertrouwen. Ik zou menen, dat de oplossing voor dit dilemma niet te geven is. Een volstrekt wantrouwen, dat algemeen is maakt redelijk werken onmogelijk. Het leidt tot nieuwe heersers of tot oude dictatuur. Een volstrekt vertrouwen is een eenzijdige akte van metafysiek geloof. Dat verdienen rechters niet. En zij zouden er ook niet op moeten hopen of verlangend naar terug-

(65) Theodore H. White: *The making of the president*, 1972, gepubliceerd in 1973, Bantam Books, blz. 122.

zien. Ontvankelijkheid voor kritiek is openstaan voor de werkelijkheid. En voorwaarde voor een kritische beschouwing van de werkelijkheid en haar met elkaar in worsteling gelegen tegenstellingen. Recht doen is een opgave, die nimmer ten volle, vaak zelfs maar heel gebrekkig kan worden gerealiseerd. Maar zonder recht te zijn, dát, zo liet Heinrich von Kleist via Kohlhaas lang geleden, ook voor nu bekend maken, kan met recht gelijk gesteld worden aan 'verstoszen' zijn. (66) 'Continuons'. Wij kunnen niet anders. Maar ieder vervolg houdt verandering en behoud in een zonderlinge omstrengeling verbonden. Die dat van eeuwen hêr aanschouwden, weten ook nu nog niet of het een omstrengeling is uit haat of in liefde. Misschien is het beide maar niemand kan ontgaan, dat het een worsteling is, waarin elk zijn evenwicht slechts dankt aan de ander, maar tevens de wankelheid ervan aan die ander kan verwijten. Staat één ding vast dan dit: zoals het nu is, (en vroeger was): Zij kunnen niet buiten elkaar. Ze mogen elkaar niet wurgen.

(66) In Michael Kohlhaas van H. v. Kleist (die leefde van 1777 tot 1811) een juridische vertelling zonder weerga:

Verstoszen, antwoordte Kohlhaas, indem er die Hand zusammendrückte, nenne ich den, dem der Schutz des Gesetzes versagt ist.