

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

W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle

ISBN 90 271 1084 0
Lay-out en omslag Evelien de Vries Robbé

ALGEMENE INHOUD

PREADVIES MR. M. G. ROOD

Heeft de rechter een taak in zogeheten politieke zaken?, 5

PREADVIES MR. H. L. WEDEVEN

Taak en positie van de rechterlijke macht in onze samenleving, 71

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

De positie van de rechterlijke macht in de samenleving, 99

PREADVIES PROF. DR. MR. G. J. M. SCHUYT

De rol van rechtspraak en rechterlijke macht in een democratische samenleving, 173

INHOUD

PREADVIES MR. M. G. ROOD

Heeft de rechter een taak in zogeheten politieke zaken?

Hfdst. 1. Inleiding, verantwoording, 7

Hfdst. 2. Wat is als politiek te beschouwen?, 10

Hfdst. 3. Hoe zoekt de rechter het recht?, 14

Hfdst. 4. De rechter in politieke zaken, 23

Hfdst. 5. Dient de rechter zich met zogeheten politieke zaken bezig te houden?, 30

Hfdst. 6. In hoeverre bedreigt een taak in politieke zaken de onafhankelijkheid van de rechter?, 45

Hfdst. 7. Slotbeschouwing, 57

Heeft de rechter een taak in zogeheten politieke zaken?

'Je weet dat ik niet aan politiek doe. Dat zit bij ons in de familie. We doen in tabak en niet in politiek en één baal van dat fijne Deli-goedje is mij eerlijk gezegd, meer waard dan 93 leden van de Tweede Kamer bij mekaar'. (1)

HOOFDSTUK 1

Inleiding, verantwoording

1.1 In de uitnodigingsbrief van het bestuur werd het onderwerp voor de preadviezen omschreven als 'taak en organisatie van de rechterlijke macht'. Sederdien is het 'de positie van de rechterlijke macht in de samenleving' gaan heten.

Een zo ruim onderwerp, besproken door vier preadviseurs, leent zich voor onderverdeling. Dat ik mij beperk tot de boven dit opstel geplaatste vraagstelling, komt daaruit voort en uit de mondeling, vanwege het bestuur, gegeven toelichting op de uitnodigingsbrief. Daarbij heb ik mij niet laten leiden door de gedachte dat de omschrijving van het onderwerp te vaag is, al zijn Wiersma en Mok klaarblijkelijk van die opvatting. (2)

Wél liet ik mij bij genoemde keuze leiden door het feit dat in diverse door mij als advocaat behandelde zaken, het vraagstuk van 'politiek en recht' een rol speelde en de keuze mij als preadviseur te vragen daarmee kennelijk samenhang.

(1) Aldus een uit 1924 stammende brief aan een parlementair redacteur, vermeld door H. Daalder 'Leiding en tijdelijkheid in de Nederlandse politiek', oratie Leiden 6-3-1964, heruitgegeven in 'Politisering en tijdelijkheid in de Nederlandse politiek', Assen 1974, 9.

Wie mocht menen dat de briefschrijver zijn grens voor de waarde van een baal Deli-tabak legt bij 93 Kamerleden omdat 100 hem toen toch meer waard geweest zouden zijn, leest dat de overige 7 vrouwen waren en deze 'altijd m'n Achilleshiel blijven'.

(2) *Gedachten over de toekomst van de rechtspleging*, Den Haag 1972, 98, r.k.

1.2. Mijn mede preadviseurs waren zo vriendelijk te accepteren dat ik mij tot het genoemde vraagstuk beperk. Zij konden op dat moment nog niet bepalen of zij alleen andere facetten van de 'vage' opdracht zouden belichten, dan wel ook dit facet. Aldus is een duidelijke opsplitsing van het onderwerp niet tot stand gekomen.

Toen Mulder en Schootstra voor de vorige vergadering van de N.J.V. een gezamenlijk preadvies uitbrachten (3) signaleerde Langemeijer dat in zijn *NJB* bespreking uitdrukkelijk aldus:

'Mij dunkt dat men zich niet anders dan verheugen kan over zo grote eensgezindheid'. (4)

Vooralsnog in het midden latend of uit de vier thans uitgebrachte preadviezen eensgezindheid zal blijken, moet onder die optiek beschouwd de wijze van voorbereiding minder positief worden gewaardeerd. Toch lijkt beschouwing onder een andere optiek ook verdedigbaar. G. J. Wiarda heeft de ontwikkelingen in de samenleving, voor het gebied van het recht sprekend, getypeerd als van zekerheden naar onzekerheid. (5) Als ik daaraan toevoeg dat die zelfde ontwikkelingen ook buiten het terrein van het recht, ruimte voor menselijke pluriformiteit maken, waag ik het te stellen dat verschil van opvattingen bij preadviseurs ook onderwerp van verheugen zou kunnen zijn.

1.3. Over raakvlakken tussen recht en politiek is vooral de laatste jaren en in het bijzonder in de – grondige en brede – duitse rechtsliteratuur, nogal wat geschreven. Bij mijn poging een antwoord te formuleren op de boven dit opstel staande vraag, heb ik getracht eerst vast te stellen wat in dit onderzoek, als politiek moet worden omschreven.

Bepaald opvallend is nl. dat door de over dit vraagstuk schrijvende juristen weinig aandacht daaraan is besteed. Verschillende schrijvers achten blijkbaar sousentendu wat politiek is. Een enkele ging te rade bij het taalgebruik. (6) Ik heb getracht in de leer te gaan bij de wetenschap der politiek. (7)

Na in hoofdstuk 2 omschreven te hebben wat ik onder politiek wil

(3) Hand. N.J.V. 1974 I, 2.

(4) *NJB* 1974, 721.

(5) *Drie typen van rechtsvinding*, Zwolle 1972, 46.

(6) L. Wichers Hoeth, *NJB* 1973, 1209.

(7) Aan Prof. Dr. H. Daudt, die mij enigszins wegwijs maakte, komt mijn dank toe.

verstaan, ga ik na wat de rechter doet als hij recht spreekt, recht vormt en recht vindt. (8)

De uitkomst daarvan toets ik (in hoofdstuk 4) aan het eerder gevonden antwoord op de vraag wat politiek is. Aldus constaterend wat de rechter in zogeheten politieke zaken doet, onderzoek ik daarna de vraag van de wenselijkheid van een taak des rechters op dat terrein (hoofdstuk 5), om vervolgens stil te staan bij de rechterlijke onafhankelijkheid en de vraag of de genoemde taak van de rechter in zogeheten politieke zaken, die onafhankelijkheid aantast (hoofdstuk 6).

Tenslotte (hoofdstuk 7) probeer ik aan de hand van enkele berechte gevallen na te gaan waartoe mijn gedachten leiden, daarbij aandacht bestedend aan bepaalde bijdragen, opgenomen in het december 1974 nummer van *R.M. Themis*.

1.4. Voor iemand, die gewend is bij de praktische rechtsbedeling een zekere rol te spelen, is het uitdaging en opgave tegelijkertijd, om tijd vrij te maken voor verdieping in theoretische funderingen van diezelfde rechtsbedeling. Het schrijven van een preadvies geeft aanleiding dat te doen en in die zin ben ik erkentelijk voor de mij geboden mogelijkheid.

Mij dunk, dat het jachtige klimaat van een advocatenkantoor minder daarop is ingesteld dan het universitaire klimaat. (9)

Mij zou het zeker niet gelukt zijn zelfs op dit deelgebied een onderzoek te verrichten als mijn kantoor mij daarbij niet in ruime mate was tegemoet gekomen. Daarvoor ben ik mijn compagnons in het algemeen en medewerkster in het bijzonder erkentelijk.

Omdat er wellicht een meer algemene kant zit aan de methode die ons kantoor volgde, besteed ik daaraan een enkel woord. Door ons was juist besloten – voorlopig op experimentele basis – het instituut van studieverlof in te stellen. Drie maanden verlof om de $\pm$ 5 jaren leek ons een poging om theoretisch bij te spijkeren. Mijn studieverlof was niet bedoeld voor dit preadvies, doch voor een ander onderzoek waarover ik in de toekomst hoop te kunnen publiceren; het is dan ook slechts gedeeltelijk voor dit preadvies gebruikt.

(8) Heel beeldend stelt J. J. Loeff voor in plaats van over 'recht vinden' (door hem een eufemisme genoemd), te spreken over 'recht zoeken', in *'Er is geen rust voor het recht'*, in *Rechtsvinding*, bundel opstellen aangeboden aan J. M. Pieters, Deventer 1970, 189.

(9) Wetenschappers hebben immers 'onderzoek' in hun takenpakket.

Toch zou een vraag aan praktijkjuristen om te preadviseren, in de toekomst wellicht kunnen bijdragen in hun leef- en werkpatroon het studieverlof in te vlechten. Aldus beschouwd, zou een dergelijk verzoek mee kunnen helpen aan verdere verdieping in een bepaald onderwerp door hen die daar doorgaans niet toe komen. Hun bijdrage in de gedachtenvorming zal echter niet gemist moeten worden. De Memorie van Toelichting op de Rijksbegroting 1975 (Ministerie van C.R.M.) bevat de volgende passage:

'Voor een werkelijke spreiding van kansen op educatie zal in de toekomst ook betaald educatief verlof noodzakelijk zijn'. (10)

Voorkomend in een dergelijk stuk en voorzien van de vermelde redengeving, is dat duidelijk een politieke uitspraak. Als zodanig past zij wellicht bij het onderwerp van dit opstel. Of de N.J.V. zelf op de hiervoor bedoelde wijze zou willen meewerken aan een methode om een dergelijk politiek doel te verwezenlijken, is wellicht een vraag die een preadviseur op zijn beurt aan het bestuur mag stellen.

HOOFDSTUK 2

Wat is als politiek te beschouwen?

2.1. Gelijk hiervoor gereleveerd, is door juristen die over 'rechter en politiek' schreven, meer aandacht aan de rechter dan aan de politiek besteed. Het was o.m. Cnoop Koopmans die met zijn bijdrage over het genoemde onderwerp (11) voor discussie heeft gezorgd (12), waarop ik nader zal terugkomen. Eén der discussianten, Wichers Hoeth, geeft zich uitdrukkelijk rekenschap van de inhoudelijke betekenis van het begrip 'politiek'.

Bij zijn bestrijding van Cnoop Koopmans gaat hij ervan uit dat de rechter zich in zijn rechtsprekende taak niet met politiek bezig houdt. D.w.z. hij stelt twee betekenissen van dat begrip tegenover elkaar, aldus:

'Blijkbaar heeft Cnoop Koopmans die gevallen op het oog waarin de rechter voor zijn oordeelsvorming zekere manoeu-

(10) Kamerstukken 13100, 8.

(11) A. J. Cnoop Koopmans, *Rechter en Politiek*, *NJB* 1973, 630.

(12) Conf. J. C. M. Leyten, L. Wichers Hoeth en J. L. M. Elders, *NJB* 1973, resp. 1201, 1208, 1210 en opnieuw Cnoop Koopmans t.a.p. 1217.

vreerruimte is gelaten (wat is ontwrichting? wat een dringende reden?).

In deze gevallen, die beperkt in aantal zijn, kunnen nieuwe maatschappelijke omstandigheden en opvattingen van invloed zijn op zijn oordeel. M.i. is dat nog altijd een rechterlijke bezigheid en geen politiek. *Noemt men dat politiek bezig zijn* (cursivering van mij, M.R.) dan deed de rechter nooit wat anders (zie Cohen-Lindebaum, Kolynos e.d.).

Het verdient echter geen aanbeveling *het woord* politiek een inhoud te geven die van het normale taalgebruik afwijkt... (cursivering idem).

Opmerkelijk is dat de auteur in deze betreffende korte tekst drie onderwerpen behandelt, te weten: wat is politiek, wat doet de rechter en is 's rechters taak ook een politieke? Op die beide laatste vragen kom ik nader terug. Hier, in een poging de inhoudelijke betekenis van het begrip zelf te benaderen, gaat het mij slechts om de eerste vraag. Begrijp ik Wichers Hoeth goed, dan acht hij de ruime omschrijving van het begrip, zoals hij die zelf signaleert, onjuist. Bij 'De rechter deed dan nooit wat anders' laat de schrijver zijn mening nog wel in het midden, maar 'm.i. is dat geen politiek' laat geen twijfel meer. M.a.w.: de schrijver stelt de enge betekenis als de juiste, doch heeft er dan blijkbaar geen behoefte aan die nader te preciseren. Het zou de spraakgebruikelijke zijn, waarmee hij kennelijk wil zeggen: de inhoud van het begrip is zo evident dat nadere verduidelijking overbodig voorkomt.

2.2. Is die inhoud inderdaad zo vanzelfsprekend? Ik ben geneigd daar aarzender tegenover te staan en wil die aarzeling toelichten aan de hand van Duitse discussies over dit onderwerp.

In Duitsland is al een aantal jaren een heftige, soms verbitterde gedachtenwisseling gaande over de 'grosse Justiz-reform'.

In het 'grosse' van de Reform speelt het plan de Amts- en Landgerichte samen te voegen, een belangrijke rol. Om het in het – gebruikelijk met korte, eigen aanduidingen werkende – Duitse jargon te zeggen: Zwei-stufigkeit an statt der Drei-stufigkeit.

Nu zou men het vermoedelijk niet vanzelfsprekend achten dat juist deze voorgenomen samenvoeging als een politieke kwestie is onderkend en tot bittere gevechten leidt. De Zwei-stufigkeit wordt nl. bepleit om de 'Gerichtsbareit' doorzichtiger te maken om aldus de publieke controle op de rechtspraak te versterken.

In Nederland, waar plannen bestaan om Kantongerechten en Rechtbanken te doen samensmelten, legt men vergeefs zijn oor te luisteren naar reacties die een dergelijk plan als politiek kwalificeren.

In Duitsland echter bejegenen onderscheidene Senatspräsidenten van Ober Landes Gerichte elkaar hierover op een wijze, waarop ik het vooralsnog niet voor mogelijk houd dat magistraten in ons land met elkaar discussiëren, zelfs beneden genoemde rang.

Een kras voorbeeld kan men vinden bij Dinslage, Senatspräsident van het O.L.G. Düsseldorf. Sprekend over de mening van de 'wederpartij' merkt hij op:

'Von vielen werden diese Vokabeln auch nur dahergeschwätzt weil man dadurch fortschrittlich erscheint'. (13)

Bepaald pikant wordt een op die toon gevoerde discussie, wanneer men ziet dat 'der intellektuelle Mittelpunkt' van diezelfde wederpartij door Dinslage uitvoerig wordt besproken en niemand anders blijkt te zijn dan een Senatspräsident van een ander O.L.G. nl. te Hannover, Wassermann. (14)

Deze, die de Zweistufigkeit der gerechten heeft verdedigd, om aldus de rechtspraak doorzichtiger te maken (15) heeft om diezelfde reden publicatie van 'dissenting opinions' bepleit. En opnieuw: bij de Nederlandse discussies over vóór en tegen van publicatie dier opinions verneemt men niets of nagenoeg niets over een beweerde politieke betekenis van de keuze vóór of tegen. (16) Men vergis zich echter niet over de hoogte die de zee in Duitsland over dit onderwerp is gegaan. Een toch werkelijk niet vlug naar het stakingsmiddel grijpende beroepsgroep als de advocatuur heeft in een aantal Bezirke openlijk gedreigd iedere bijdrage aan de rechtsbedeling te staken als de Zweistufigkeit zou worden ingevoerd. Officiële stakingsbesluiten liggen gereed, bijv. bij de orde van advocaten bij het O.L.G. Düsseldorf. (17)

(13) K. H. Dinslage, *Justizpolitischer Kulturkampf der Gegenwart*, Köln 1971, 15.

(14) Dinslage, *Die Unabhängigkeit des Richters in Ein Cappenberger Gespräch*, Köln/Berlin 1969, 40.

(15) R. Wassermann, *Der politische Richter*, München 1972, 93/94.

(16) Conf. H. Drion en O. de Savornin Lohman, *Hand. N.J.V.* 1973, I. 1, die – zie ik het goed – nergens een politieke betekenis van dit vraagstuk bespreken, al lijkt de laatste er op te doelen, bl. 55/56.

(17) De plannen t.a.v. de grosse Justiz-reform rusten op het ogenblik. Vóór- en tegenstanders zijn het er niet over eens of bijv. deze houding van de balie dat mede heeft bewerkstelligd.

2.3. Waarom deze uiteenzetting over onze oosterburen? Om mijn aarzeling te adstrueren ten aanzien van de stelling: wat politiek is, is zo vanzelfsprekend dat het spraakgebruik duidelijk is.

Als de betekenis van het begrip dan niet zo evident is, wat moet die betekenis dan geacht worden te zijn? Op het vakgebied van de wetenschap der politiek zijn een groot aantal definities bekend. Ik vermeld daarvan enkele, bijv.

Easton: 'a political system can be designated as those interactions through which values are authoritatively allocated for a society', (18)

Wolfe en Mc.Coy: 'political life concerns all those varieties of activity that influences significantly the kind of authoritative policy adopted for a society and the way it is put into practice'. (19)

De nederlandse politicoloog De Vree zei in zijn recente Utrechtse intreerede:

'Ik zal er vanuit gaan dat politieke processen zich dan voordoen wanneer mensen of groepen daarvan 'actoren', trachten elkaars gedrag te beïnvloeden of te beheersen'

en

'wanneer zij, zoals ik het zal noemen 'vraaggedrag' op elkaar uitoefenen'. (20)

De engelse politicoloog Miller had eerder, op een m.i. vergelijkbare wijze, de betekenis van politiek omschreven als:

"There is a close connexion between what I have said about diversity in society and what I maintained earlier about conflict being the essence of politics.

Politics occur because the diversities in society make themselves felt as disagreements about which government can be made to act or on which it is accustomed to act.

Politics keep happening because changes in social conditions and changes in opinion, never move uniformly towards agreement'. (21)

(18) D. Easton, *A systems analysis of political life*, New York 1965, 21.

(19) A. Wolfe and Ch. A. Mc. Coy, *Political analysis, an unorthodox approach*, New York 1972, 14.

(20) J. K. de Vree, *Het stervensuur van Leviathan*, Alphen aan den Rijn 1974, 9: conf. dezelfde auteur in De wetenschap der politiek – het vraagstuk van een definitie, *Acta Politica* IV, afl. 1, 76.

(21) J. D. B. Miller, *The nature of politics*, Middlesex 1962, 19.

De reeds genoemde (jurist) Wassermann sluit daar dicht bij aan als hij schrijft:

‘Politisches Handeln ist menschliche Einflussnahme auf die Ordnung zwischenmenschlicher Beziehungen’. (22)

Koopmans omschreef een politieke vraag als één, waar politieke partijen een issue van maken en waarop het antwoord bepaald wordt door ideeën over de vraag hoe onze samenleving eruit behoort te zien. (23)

Bloembergen in zijn noot onder het fluorideringsarrest van de Hoge Raad (24) voegt daaraan toe:

‘omdat er essentiële waarden in het geding zijn’.

Leyten in zijn zojuist verschenen artikel over de grenzen van de rechterlijke functie in civilibus, zoekt voor de onderhavige kwestie aansluiting bij de typering van een ‘political question’ door Justice Brennan in de zogenaamde Baker-case’. (25)

Houden wij er tenslotte rekening mee dat een bekend amerikaans politicoloog als Friedrich politiek identificeert met ‘conflicts of interest re the values and beliefs in the community’, dan zou ik menen dat voldoende visies ter tafel liggen om voor mijn opstel een keuze te kunnen doen.

In het bestek van dit onderzoek zou ik politiek aanwezig willen achten, telkens wanneer ‘vraaggedrag’ wordt uitgeoefend in kwesties de waarden en overtuigingen in de samenleving rakend.

HOOFDSTUK 3

Hoe zoekt de rechter het recht?

3.1. De enigszins pretentieuze titel van dit hoofdstuk vergt een nadere inperking. Waar het mij om gaat, is te onderzoeken in hoeverre de rechter vrijheid heeft bij het zoeken naar het recht, t.o.v. de gestelde regels. Immers, wanneer men tracht vast te stellen of de rechter een taak heeft in zogeheten politieke zaken, dan houdt dat in dat men zich een beeld vormt van ’s rechters individuele vrijheid bij het nemen van zijn beslissing. D.w.z.: meent men dat de rechter in sterke mate gebonden is aan bestaande regels, dan zal niet of al-

(22) T.a.p., 18.

(23) *Compendium van het staatsrecht*, Deventer 1942, 122.

(24) H.R. 22-6-1973, *N.J.* 386.

(25) Leyten, *Wie komt daar uit zijn hokje?* R. M. Themis 1974, 698/99.

thans veel minder gemakkelijk kunnen worden aangenomen dat er voor hem een taak op dat politieke gebied zal zijn weggelegd. Neemt men daarentegen aan dat er van een betrekkelijk grote mate van rechterlijke vrijheid sprake is, dan heeft men daarmee nog geenszins uitgesproken dat die vrijheid hem toestaat op dat zelfde politieke gebied, een taak te vervullen.

3.2. Nu is het al aanstonds opvallend dat in het spectrum van opvattingen rond rechterlijke vrij- of onvrijheid, wel (aan de ene kant van het spectrum) een theorie bestond die hem geheel gebonden achtte, geen theorie echter (aan de andere kant) die hem geheel vrij meende ten aanzien van gestelde regels. De eerstbedoelde theorie, die van het recht als gesloten systeem, is weliswaar verlaten doch afgezien van enkele vragen die zij nog opwerpt, heeft zij toch de totaliteit van het spectrum stellig beïnvloed.

Volgens die, door Scholten even overtuigend als briljant verworpen theorie (26) bestond voor ieder geschil reeds een oplossing, voor dat geschil bestond en vond de rechter dus geen recht omdat er niets te vinden was. Het recht lag klaar; de rechter zocht noch vond, hij paste slechts toe. Als maximaal vrije variant werd de rechter toegestaan, 'objectief' te interpreteren; subjectieve interpretatie, laat staan rechtsvinding (27) behoorde niet tot 's rechters taak.

3.3. Naar mijn indruk is de weerstand die Meijers' Inleidende Titel voor het NBW heeft gewekt, in wezen terug te voeren op weerstand tegen de 'gesloten systeem' gedachte. In die Titel immers tracht de wetgever 'over het graf heen' d.w.z. bij zwijgen van de wet, te regelen wat recht is. Hoewel zulks strictu sensu geen gesloten systeem is, heeft m.n. art. 4 (eerst de wet, dan de gewoonte, dan de billijkheid) vermoedelijk door te pogen bij wet te regelen wat de wet nu juist vaststelt niet te regelen, de weerstand der 'open systemers' (28) gewekt. Dat de Tweede Kamer de openbare behandeling van de Inleidende Titel heeft uitgesteld tot na de vaststelling van alle Boeken, mag dan ook als elegante vorm van afstel wel beschouwd worden.

(26) P. Scholten, Algemeen Deel, 76.

(27) Conf. de door A. Pitlo boeiend beschreven ontwikkeling 'van interpretatie naar rechtsvinding' in *'Evolutie in het privaatrecht'*, Haarlem 1969, 119.

(28) Zie W. F. de Gaaij Fortman, *'Gewoonte, billijkheid en rechtsbeginselen als bron van recht volgens het ontwerp B.W.'* in *'Recht doen'*, Alphen aan den Rijn 1972, 32.

3-4. Aandacht verdient nog de mening van de belgische hoogleraar Dekkers (29) die het 'open systeem' als kenmerkend voor de europese opvatting van recht beschouwt. Of hij zulks terecht doet, mag m.i. betwijfeld worden. Reeds Cardozo (1921) (30) wees erop wat de 'older writers' als recht zagen, aan welke opvatting Frank (1963) (31) evenzeer aandacht geeft. Terwijl men zich nu in Europa duidelijk van de 'doctrine traditionelle' afkeerde (32), geven bepaalde uitingen van angelsaksen terzake aanleiding om te menen dat het kenmerkende van Dekkers niet bepaald op Europa lijkt te slaan. (33)

3-5. Indien recht als gesloten systeem gevoeglijk beschouwd mag worden als een voorbije opvatting in ons rechtsleven, betekent dat, dat er plaats is voor een zekere rechterlijke vrijheid. Maar hoever gaat nu die vrijheid?

Alvorens ons daarin nader te verdiepen, lijkt het goed op te merken dat nagenoeg niemand volstreekte gebondenheid van de rechter voorstaat (gelijk hiervoor betoogd), doch ook zeer weinigen volstreekte vrijheid. Bij de hier volgende bespreking van meningen daarover, gaat het om accenten. Hier is met recht het gevleugelde woord van de 19e eeuwse franse filoloog en filosoof Ernest Renan van toepassing: *La vérité est dans les nuances*. Niettemin zijn het juist de nuanceringen in de opvattingen, die van kardinaal belang zijn. Telkens op tweesprongen zullen zij in sterke mate de keuze bepalen en dus de rechtsvorming en -ontwikkeling in de ene of de andere richting beïnvloeden.

Mij dunkt dat die zelfde accenten bovendien de aandacht verdienen omdat de keuzen lijken samen te hangen met standpunten van de kiezer over essentiële vragen van levens- en wereldbeschouwing.

(29) René Dekkers, *Meetkunde en verzoening*, *R.W.* 1966/67, 129.

(30) B. N. Cardozo, *The nature of the judicial process*, Yale 1921, 124/125.

(31) J. Frank, *Courts on trial*, New York 1963, 262/263. Conf. E. Allan Farnsworth, *An introduction to the legal system of the U.S.*, New York 1931, 48.

(32) Conf. S. Belaid, *Essai sur le pouvoir créateur et normatif du juge*, Paris 1974, 22.

(33) Ik denk aan Leytens vermelding (intreerede Nijmegen 6 november 1970: *De rechter op de schopstoel*, Deventer 1970, 11) van de opvattingen van de president van het hoogste australische rechtscollege, Dixon; 'There is no other safe guide to judicial decisions in great conflicts than a strict and complete legalism' en de fameuze uitspraak van de in 1974 afgetreden Amerikaanse president Nixon: 'I want men who are strict constructionists, men that interpret the law and don't try to make the law (vermeld door C. Flinterman en J. A. Peters, Van Warren-Hof naar Burger-Hof, *R. M. Themis* 1973, 530).

3.6. Dichtbij het 'recht als gesloten systeem' staat de gedachte dat recht vinden een zuiver logische aangelegenheid is. Deze gedachte legt een sterke nadruk op het wiskundige in het juridische denken. Via de zaak in kwestie (de feiten) zou een logische redenering vanzelf tot de beslissing (de toe te passen rechtsregel) leiden. Het is de opvatting dat de rechter niet meer doet dan subsumeren onder de regel. Zijn taak zou alleen of in hoofdzaak bestaan uit het vaststellen van feiten. Zodra hij dat heeft gedaan, is het vinden van de enige toepasselijke regel een nagenoeg machinale handeling. Tegenstanders van deze opvatting spreken dan ook wel over 'de rechter als subsumptie machine'. (34) Schrijvers, die het subsumeren als het belangrijkste van het rechterlijke werk beschouwen, beklemtonen dat dat werk van een syllogistische natuur is (35), daarmee opnieuw het puur logische, het wiskundige vooropstellend. Het syllogisme is immers een deductieve redenering die vanuit premissen (de feiten) noodzakelijk tot één conclusie (de regel) moet leiden. Bij discussies daarover kan men in de nederlandse rechtsliteratuur nog wel eens een uitval tegenkomen als die van Dinslage tegen zijn collega Wassermann. Ik denk hier aan Geppaert, die ter verdediging van subsumptie en syllogisme stelt dat voor 'sommige rechtsgeleerde schrijvers losse citaten uit ten dele begrepen boeken belangrijker zijn dan een beroep op het door de wet gegeven normenpatroon'. (36) Of zijn verwerping van rechterlijke vrijheid (conf. bl. 122) mede kan voortkomen uit een overwegender plaats die de wet op het terrein van het belastingrecht mogelijk heeft, vermag ik als onkundige op dat terrein niet te beoordelen. H. Drion, klaarblijkelijk getroffen door de z.i. te grote aandacht die in de juridische opleiding aan de rechtsvormende taak van de rechter wordt besteed, heeft in zijn inleiding bij de viering van het zestigjarig bestaan van de *N.J.* onderstreept hoe zelden de rechter regelgevend zou optreden. Hij stelde de veel grotere invloed van de wetgever daar tegenover, kwam als het ware voor deze op en deed dat ondermeer door te stellen dat de rechter zelden meer doet dan feiten vaststellen. (37) Nu behoeft men daarover nog niet met hem

(34) Leyten, *NJB* 1973, 1201.

(35) M. M. van Praag, *Hand. N.J.V.* 1950, 69.

(36) Ch. P. A. Geppaert, *Wetsontduiking in het belastingrecht* in '*Speculum Lange-meijer*', Zwolle 1973, 109.

(37) Op 19 oktober 1973 in het amsterdamse RAI-congrescentrum, niet in druk verschenen, doch besproken door J. M. Polak, *NJB* 1973, 1185.

van mening te verschillen om toch tot een verschillende conclusie te komen. De vraag is m.i. nl. niet of de rechter feiten vaststelt, doch wél wat dat proces van vaststelling inhoudelijk betekent.

Of, anders gezegd, betekent de door Drion benadrukte tegenstelling (feiten vaststellen tegenover recht vinden) wel wat hij bedoelt nl. dat het vaststellen van feiten een onpersoonlijke, logische werkzaamheid is waarbij niet normerend wordt opgetreden?

Ik wil hierna onderzoeken hoe daarover zou moeten worden gedacht. Voorlopig beschouw ik de uitroep van Drion als een bij hem blijkbaar gegroeide behoefte olie op de golven van de rechterlijke vrijheid te gieten.

3.7. Bij de hierna volgende kritische analyse van de stelling: de rechter stelt hoofdzakelijk feiten vast, wil ik twee vragen trachten te beantwoorden, te weten:

a. wat betekent inhoudelijk het vaststellen van feiten?

b. stelt de rechter eerst feiten vast en past hij dan een norm toe?

Ad a

3.8. Over de eerste vraag is zowel in ons land als elders nogal veel geschreven. Ik moet mij dan ook beperkingen opleggen.

Frank waarschuwt voor wat hij de 'oversimplification' noemt in de gedachte dat

'a trial judge's decision results from his application of a legal rule or rules to the 'facts' of the case'. (38)

Esser gaat op deze kwestie diep in in zijn even degelijke als magistrale 'Vorverständnis und Methodenwahl in der Rechtsfindung'. (39)

'Es ist von der Theorie schon lange anerkannt dass jedes, auch ein scheinbar rein 'faktisches' Begriffsmerkmal eines Normbestandes wertend, d.h. eben 'normativ' zu verstehen ist'.

Z.i. wordt 'heute fast durchweg anerkannt' dat het subsumptieproces geenszins als een logische werkzaamheid kan worden begrepen doch dat 'stets ein antizipiertes Normverständnis unterstellt wird'.

Wassermann beschouwt het als

'ein Gebot intellektueller Redlichkeit wenn wir zugeben dass die Urteilsfindung kein logischer Prozess ist. Das Recht lebt

(38) T.a.p. 181.

(39) J. Esser, Frankfurt am Main 1970, speciaal 40, 51.

nicht von Logik, sondern von Erfahrung und ausschlaggebend für den Richterspruch ist nicht nur die Rechtsnorm, sondern auch und nicht selten sogar in erster Linie, die Persönlichkeit des Richters'. (40)

3.9. Onder de nederlandse schrijvers is Paul Scholten, naar bekend is, een warm voorstander van 's rechters vrijheid. Hij betoogt dat diens beslissing in diepste zin een gewetenskeuze tussen verschillende rechtvaardigheden is. In een serie van drie voordrachten, gehouden voor het Leids Universiteits Fonds (41) zei hij over de hier aan de orde zijnde vraag:

'Een scheiding van wat als feit geconstateerd en beschreven kan worden, geheel los van iedere overtuiging is niet mogelijk'.

In zijn rede 'recht en gerechtigheid' (42) heet het:

'De oude spreuk die de functie van de rechter aldus formuleerde: da mihi facta, dabo tibi ius, geeft de verhoudingen gebrekkig weer. Wat facta zijn, bepaalt het ius, wat ius is mede de facta'.

E. H. s' Jacob, die in zijn Groningse intreerede met Van Praag in discussie treedt over diens opvatting van de rechterlijke arbeid (als van syllogistische natuur, zie onder 3.6) neemt daartegen duidelijk stelling:

'hij (Van Praag, M.R.) neemt aan dat de minor (de vaststelling der feiten) een constaterend oordeel is; het is m.i. een waarderend oordeel en wel waarderend met het oog op door de wet gewilde gevolgen'. (43)

In zijn artikel in *Ars Aequi* zegt Van Hövell tot Westerflier het pregnant aldus:

'De rechter past niet een vaststaande regel op onderzochte feiten toe. Immers, voor regeltoepassing is van belang welke feiten relevant zijn en om te beoordelen welke feiten relevant zijn, moet men weer weten welke regel toe te passen'. (44)

Schoordijk tenslotte vestigt in zijn bekende Tilburgse lustrumrede (45) er de aandacht op dat bij de interpretatie en het vinden

(40) Richter, Reform, Gesellschaft, Karlsruhe 1970, 70.

(41) *Beginnelen van samenleving*, Zwolle 1934, 43. Voor Scholtens oordeel over het subsumptieproccs, *Algemeen Deel*, 10/11 en 75.

(42) Zwolle 1932, 21.

(43) *Juridisch modernisme en het staatsrecht van onze tijd*, Groningen 1951, 6.

(44) R. v. Hövell tot Westerflier, *De persoon van de rechter*, A.A. 1967, 51.

(45) H. C. F. Schoordijk, *Oordelen en vooroordelen*, Deventer 1972, 9.

van de feiten een keuze al gemaakt is en dat die keuze bepaald wordt door het doel dat 'de kiezer' wenst te bereiken.

Ad b

3.10. Crombag, De Wijckersloot en Cohen hebben aandacht besteed aan het proces van de rechterlijke oordeelsvorming. Voortbordurend op de zojuist geciteerde mening van Van Hövell, komen zij tot de stelling dat het oplossen van het probleem door de rechter 'slechts mogelijk is' als hij bij de aanvang van het oordeelsvormingsproces reeds een geconcipieerd idee heeft van die oplossing. Dat vonnissen niettemin zo worden geconcipieerd dat bij de lezer de indruk ontstaat als zou uit de gegroepede gegevens via simpele subsumptie de beslissing volgen, kwalificeren deze schrijvers als 'pia fraus'. (46)

Wat de rechter beweegt om zulks te doen, onderzoeken de schrijvers niet verder, al vermelden zij de opvatting dat wetenschappelijk getinte betogen vol twijfels, op de justitiabele de indruk van willekeur zouden wekken.

3.11. De bevindingen van de drie genoemde schrijvers lijken ontleend te zijn aan door hen gelezen rechterlijke beslissingen.

In Duitsland benaderde de jurist en socioloog Lautmann dezelfde vraag door zelf deel te nemen aan het rechterlijke werk. Terwijl hij zijn rechtssociologische onderzoek uitvoerde, werkte hij als rechter in diverse colleges mee. Lautmann geeft eerst een ideaaltypische beschrijving van het proces der rechterlijke oordeelsvorming, als verlopend in vijf fasen. Eerst zou de rechter het probleem identificeren: waarom wordt mijn mening ingeroepen? Vervolgens verzamelt de rechter alternatieve oplossmogelijkheden. *Daarna* (cursivering van mij, M.R.) zoekt hij bij ieder alternatief de feiten. In de vierde fase overweegt de rechter of de alternatieven inderdaad oplossingen bieden, waarna – vijfde fase – een alternatief gekozen wordt. Wat er nu gebeurt, aldus Lautmann, is dat 'Fakten in Richtung auf eine Norm oder ein Ergebnis ermittelt' worden en dat van stonde af aan één der alternatieven door de beslisser gefavoriseerd wordt en 'durch konsonante Argumente unterstützt', waardoor dat alternatief 'immer mehr an Attraktivität gewinnt'.

Naar zijn mening zijn in het rechterlijke denken twee soorten programmeringen te onderscheiden, t.w. een formele en een informele.

(46) H. Crombag, J. L. de Wijckersloot en M. J. Cohen, *Het rechterlijke oordeel*, Zwolle, 1973.

Met het eerste doelt hij op 'Denken in den Kategorien des bestehenden Rechts'. Met het tweede heeft hij het oog op argumenten, ontleend aan 'Wertvorstellungen' van de rechter (conf. Crombag c.s. t.a.p. 22, die spreken van systeemgebonden criteria naast niet-juridische criteria als bijv. politieke). Volgens zijn onderzoek geven de aan het informele programma ontleende argumenten in geval van conflict tussen beide programma's frekwenter de doorslag dan de 'objectieve' argumenten. (47) Een constatering, die het belang van rechterlijke vrijheid in het proces van recht zoeken, lijkt te onderstrepen.

3.12. Schuyt in zijn interessante vermelding van een onderzoek dat Aubert instelde naar de berechting van dienstweigeraars in Noorwegen legt evenzeer een verband met het informele programma. Het beslissingspatroon van de militaire rechters i.c. leek samen te hangen met hun eigen ideologische patronen en geenszins met enige, in de wet te vinden norm. (48)

3.13. Van de nederlandse schrijvers die de individuele rechter vrijheid geven naar zijn opvatting (Vorverständnis) te beslissen, dienen genoemd te worden:

Paul Scholten, die signaleert dat de beslissing weliswaar de enig gebodene is voor deze rechter, doch niet de enig mogelijke voor rechters. ('Wellicht had een ander anders besloten'), (49)

G. J. Wiarda, die deze opvatting onderstreept bij zijn bespreking van Langemeijer's referaat (Wenen 1963) 'Billigkeitsermessen des Zivilrichters in den Niederlanden', (50)

Langemeijer, die voortbordurend op Scholtens gedachte, diens opvatting plaatst in het dispuut tussen rechtvaardigheid (individueel door de rechter van geval tot geval na te streven) en rechtszekerheid (noodzaak tot voorspelbaarheid van beslissingen zodat geringere individuele rechterlijke vrijheid geboden is), waaraan hij dan de schitterende paradox verbindt dat het honoreren van rechtszekerheid een eis van gerechtigheid kan zijn. (51)

(47) R. Lautmann, *Justiz, die stille Gewalt*, Frankfurt am Main 1972, *passim*.

(48) C. J. M. Schuyt, *Rechtssociologie, een terreinwerkening*, Rotterdam 1971, 64.

(49) Algemeen Deel, 134/35.

(50) T.a.p. 69.

(51) G. E. Langemeijer, *Recht en rechtsbeschouwing in de tweede helft van de twintigste eeuw in 'Vooruitzichten voor de rechtswetenschap'*, Deventer 1964, 26.

Een overweging, die Langemeijer overigens niet van zijn overtuiging afbrengt dat de rechter met zijn (individuele) Vorverständnis werkt, doch doet wensen dat hij verschillende Vorverständnisse in het oog zal houden. (52)

3.14. Het wordt tijd om ten aanzien van het in dit hoofdstuk onderzochte probleem en meer in het bijzonder wat betreft de vragen *a* en *b* conclusies te trekken. Daarbij breng ik de kwestie van de nuances in herinnering, als onder 3.5. genoemd.

Dat de rechter niet anders zou doen dan uit een gesloten systeem van gereed liggende oplossingen een norm putten om een geschil in kwestie te beslissen, lijkt niet vol te houden.

Dat de rechter slechts subsumptie arbeid verricht, d.w.z. geabstraheerd feiten vaststelt en daarop vervolgens de enige in aanmerking komende regel toepast, is m.i. evenmin vol te houden.

Ja, dat de rechter in abstracto d.w.z. los van iedere toe te passen regel en dus van de uiteindelijke conflictoplossing, feiten vaststelt, moet ik een vertekening achten van hetgeen de rechter re vera doet. Meer specifiek reagerend op vragen *a* en *b* komt mij voor dat de rechter met een oplossing van het conflict voor ogen, de feiten selecteert, gericht naar de intuïtief gevonden oplossing toe alsmede dat hij precies andersom te werk gaat dan zijn vonnis suggereert, nl. eerst de oplossing beredeneert en voor die gevonden oplossing vervolgens de relevante feiten groepeerst.

3.15. Deze constateringën lijken te onderstrepen dat de rechter met een eigen d.w.z. individueel, complex van vooronderstellingen, gebaseerd op zijn waarde-oordelen een beslissing benadert.

Esser omschrijft dat als volgt:

‘Das Vorverständnis von der aktuellen Ordnungsfrage her ist mehr noch als nur Bedingung des Verstehens; es ist Voraussetzung für ein als Entscheidungsgrundlage brauchbares Verstehen’. (53)

Zijn landgenoot Rottleuthner onderschrijft die mening:

‘Richterliche Vorverständnis bei der Auswahl von Fällen und

(52) Aldus stelling 9 van zijn stellingen voor de op 22 september 1972 gehouden vergadering van de Nederlandse Orde van Advocaten. Of men het begrip Vorverständnis aldus geen geweld aandoet (de rechter nopen ook in anderer Vorverständnis te kruipen)?

(53) T.a.p. 135.

Gesetzen und Richterrecht lassen der Justiz einen Entscheidungsspielraum zuwachsen, der durch Wertungen ausgefüllt wird die anscheinend durch Einstellungen bestimmt sind, die oft als politische bezeichnet werden'. (54)

3.16. Tot zover heb ik niet meer geconstateerd dan dat de rechter een zekere individuele vrijheid geniet bij het nemen van beslissingen en dat de wijze, waarop hij tenslotte beslist, samenhangt met zijn eigen waarde-oordelen, met zijn levens- en wereldbeschouwelijke opvatting. Gelijk wij (hiervoor, onder 3.1.) constateerden, betekent zulks dat de rechter de mogelijkheid heeft om ook op politiek gebied een bepaalde taak te vervullen. Wij constateerden evenzeer dat de individuele vrijheid geenszins noodzakelijk tot een taak in zogeheten politieke zaken moet leiden. (55) In het volgende hoofdstuk wil ik de nu gevonden taakuitoefening van de rechter toetsen aan wat eerder als politiek werd omschreven (hoofdstuk 2).

HOOFDSTUK 4

De rechter in politieke zaken

4.1. Bij een verkenning van dit onderwerp vallen in grote trekken drie opvattingen te signaleren, t.w.:

- a. wat de rechter doet, is conflict oplossen, hetgeen in een samenleving een politieke functie heeft en dus betekent dat hij voortdurend politieke beslissingen neemt,
- b. wat de rechter doet, kan – afhankelijk van het onderwerp van het geschil – politiek zijn,
- c. wat de rechter doet, heeft met politiek niet te maken; in typisch politieke zaken heeft hij uitsluitend te maken met de nietpolitieke facetten van die zaken.

In chronologische volgorde zou ik hieronder deze drie opvattingen aan een nader onderzoek willen onderwerpen.

Ad a

4.2. Ook hier ga ik eerst te rade bij politicologische opvattingen.

(54) H. Rottleuthner, *Richterliches Handeln zur Kritik der juristischen Dogmatik*, Frankfurt am Main 1973, 167.

(55) Conf. Langemeijer, *R. M. Themis* 1974, 592.

Friedrich acht het rechtspreken een duidelijke politieke taak en de inhoudelijke juistheid van de te nemen beslissing ook bepaald door de politieke verhoudingen.

'The quality of justness in his decision depends upon its possessing a certain objective relation to the setting in which it occurs. Justice expresses a political relation of persons and things and as such has a function in political situations'. (56)

De Vree: 'Het recht immers vormt de uitdrukking van zekere politieke verhoudingen en ontwikkelingen en werkt binnen een politiek kader dat m.n. de effectiviteit en groei ervan beheerst'. (57)

Rottleuthner, Duits jurist en socioloog geeft over 'der Zusammenhang von Recht und Politik' een boeiende, in 'unterschiedlichen Modelvorstellungen erfasste' uiteenzetting die hij laat uitmonden in de volgende constatering:

'Ich weiss nicht woran man Argumenten ansehen könnte ob sie politische oder rechtliche oder rechtsfremde sind'

en

'was als politisch, was als rechtlich gilt, dafür gibt es keine feste Kriterien'. (58)

4.3. Van de juristen, die menen dat de rechter een politieke functie heeft en derhalve bij voortduring politieke beslissingen neemt, vraag ik aandacht voor het voortreffelijke boek van Van Gerven:

'Niemand, die zich met recht bezig houdt, kan ontsnappen aan de politieke doelstelling, als men daaronder verstaat het treffen van belangrijke, de 'distributions of value' beïnvloedende beslissingen'. (59)

Schoordijk zegt in zijn eerder aangehaalde rede

'...sterker, ik geloof dat iedere rechtsbeslissing een politieke beslissing is, als wij er met Hoogerwerf vanuit gaan dat beleid en macht kenmerkend voor politiek zijn, politieke beleidsalternatieven veronderstelt en als wij ook aanvaarden dat de rechter in alternatieven behoort te denken'. (60)

Zeer uitgesproken is de leidse strafrecht hoogleraar Melai die in een

(56) C. J. Friedrich, *Man and his government*, New York 1963, t.a.p. 249 en 251.

(57) T.a.p. 22/23.

(58) T.a.p. 166 en 168.

(59) W. van Gerven, *Het beleid van de rechter*, Antwerpen/Zwolle 1970, 68.

(60) T.a.p. 33.

spottende verwijzing naar Woutertje Pietersen, bij juristen, geconfronteerd met politieke kanten van de rechterlijke functie, de goedsgesteldheid van juffrouw Laps signaleert toen deze met versnelde hartkloppingen moest aanvaarden dat zij altijd proza had gesproken. (61)

Men zie voorts s' Jacob (62) en Cnoop Koopmans. (63)

Ad b

4.4. Het komt mij voor dat de tweede stroming het in essentie met de eerste eens is. Immers, wanneer men meent dat de rechter, afhankelijk van het onderwerp des geschils, een politieke taak heeft, onderschrijft men dat in de rechtsprekende taak een politieke component aanwezig is. Men meent slechts – en in zoverre wijkt de tweede stroming dan af – dat die component niet steeds, wellicht zelden manifest wordt.

Mijn indruk is dat voorstanders van opvatting *b* zich mogelijk slechts voorzichtiger uitdrukken dan de voorstanders van opvatting *a*. Daarbij houde men in het oog dat in deze nuanceringen mijn duiding juist een andere kan zijn dan de eigen duiding van de schrijvers.

4.5. Van de door mij aangehaalde beoefenaren van de wetenschap der politiek vertolkt Miller (64) zo'n voorzichtiger tussenstandpunt. Hij maakt een onderscheid tussen instituties in een staat, die hij wel alle 'political' acht, doch sommige 'more political than others'. More political zijn dan z.i. regering en parlement, terwijl onder die 'others' door hem de 'courts' begrepen worden. T.a.v. de courts stelt hij dat zij een beperkter taak hebben, doch dat die taak 'arises from the clash of interests and persons in society'.

Ook Daalder lees ik zo, wanneer hij een taak voor de rechter aanwezig acht als 'overstemde minderheden binnen gedemocratiseerde groepen appelleren op krachtcentra daarbuiten'. (Zou de auteur wellicht het oog gehad hebben op toestanden aan universiteiten, gebaseerd op dat zwakke produkt van de wetgever, de WUB?). Een en ander kan, aldus Daalder

'de rechter dwingen zich bezig te houden met kwesties die een

(61) A. L. Melai, *Politieke gezichtspunten, D en D*, februari 1974, 57.

(62) T.a.p. 6.

(63) T.a.p. 631.

(64) T.a.p. 110.

sterk politieke lading hebben en hem bloot stellen aan het verwijt dat hij zelf politiek bedrijft – een verwijt dat juist de nederlandse rechter tot aarzeling en terughoudendheid aanzet'. (65)

Enschedé (66) signaleert dat men 'toen' (de tijd van Montesquieu) de rechtspraak zag als iets dat met politiek niets te maken had.

Leyten tekent een spectrum voor de rechterlijke functie tussen 'subsumptieautomaat en puppet-on-a-string', om daarbinnen plaats aanwezig te achten voor 'rechtspraak die mede bepaald wordt door inzichten over de meest gewenste ordening van het maatschappelijk leven en dat zijn in wezen politieke inzichten'. (67) (68)

4.6. Aparte aandacht verdient m.i. tenslotte Verburgh. In zijn recente, boeiende Utrechtse intreerede belichtte hij een probleem dat zeer dicht naast het onderwerp van dit opstel ligt. Bij zijn bespreking van de inhoud van geschillen, onderscheidt hij rechts- en belangengeschillen, welke laatste hij politiek beslecht ziet worden. T.a.v. de door hem besproken recente geschillen analyseert hij vervolgens welke belangen tegenover elkaar stonden. Gaat het om algemeen belang tegenover bijzonder belang, dan is er – aldus Verburgh (zij het met aarzeling) – nog wél sprake van een rechtsgeschil.

Betreft het echter een zaak, waarin het ene algemene belang tegenover het andere staat, (bijv. welvaart tegenover milieu-overwegingen), dan is z.i. van een rechtsgeschil geen sprake meer. (69)

De aarzeling, waarvan Verburgh blijk geeft (zie hiervoor), wanneer hij schrijft dat wij 'meestal nog wel van een rechtsgeschil kunnen spreken', bevangt mij tegenover zijn onderscheid op zich zelf. Kan men geschillen, waarin toch steeds belangen tegenover elkaar staan, wél onder een rechtsoptiek beschouwen als algemeen- en bijzonder belang op elkaar botsen en niet wanneer twee algemene belangen zulks doen? Bedoelt Verburgh niet te zeggen dat in die laatste za-

(65) H. Daalder in zijn Leidse diesrede van 9-2-1974 '*Politici en politisering in Nederland*', met zijn oratie uitgegeven in *Politisering en lijdelijkheid in de Nederlandse politiek*, 76.

(66) Ch. J. Enschedé, *Strafrecht en politiek*, Cahier 7 Seminarium van Hamel, 9 en 32.

(67) *NJB* 1973, 1201.

(68) Conf. de secretaris-generaal van het Ministerie van Justitie, A. Mulder, tegenover de commissie Wiersma, *Gedachten over de toekomst van de rechtspleging*, 98.

(69) M. J. P. Verburgh, *Privaatrecht en kollektief belang*, Zwolle 1974, 49.

ken de politieke component in 's rechters taak sterker manifest wordt dan in die eerste zaken?

Ad c

4.7. Tenslotte de stroming, die recht en politiek volstrekt gescheiden blijft zien en 's rechters taak vrij wil houden van politieke facetten. Een gaaf voorbeeld daarvan lijkt Feber te hebben gegeven in zijn afscheidsrede als president van de Hoge Raad en misschien nog indringender in zijn onderschrift bij de reactie op die rede, van de hand van de Groningse filosoof B. Delfgaauw. (70)

'De rechter, qua talis, heeft over geschillen van nationale of internationale politiek niet te oordelen. Eerst wanneer uit het politieke leven een wettelijke regeling voortkomt, heeft de rechter ermee te maken'.

Men sla ook acht op Febers instemmende aanhaling van een groot (ongenoemd) frans staatsman:

'Dès que la politique pénètre dans l'enceinte des tribunaux, il faut que la justice en sorte'.

Dubieuzer lijkt mij of de minister van justitie, Van Agt, tot deze stroming gerekend dient te worden (en dan blijkbaar afwijkend van de hiervoor vermelde mening van zijn secretaris-generaal). Bij zijn bestrijding in de Tweede Kamer (behandeling van het wetsontwerp Arob) van de opvattingen van de afgevaardigde Kappeyne van de Copello, diskwalificeerde hij haar voorstellen aldus:

'Kortom, men zou de rechter belasten met het nemen van in wezen politieke beslissingen'. (71)

Dat ik toch dubieer, komt doordat zulks gezegd werd tegen een voorstel (van de genoemde afgevaardigde) om de rechter controle te geven, niet alleen over de rechtmatigheid doch ook over de doelmatigheid van overheidsbeschikkingen. Voorts lijkt mij verdedigbaar dat in politicus gebezigde argumenten niet gewogen mogen worden als die van wetenschappelijke scribenten.

4.8. Wat Jeukens betreft, neem ik aan dat hij stroming *c* onderschrijft. In zijn Tilburgse diesrede Recht en Politiek (72) immers rondt hij op bl. 14/15 een eerder aangeduide mening af, zeggende:

'Zowel de gedachte van het betrokken kunnen geraken in po-

(70) G. H. A. Feber, *NJB* 1970, resp. 411 en 801.

(71) Handelingen T.K. 1974, 4575 l.k.

(72) H. J. M. Jeukens, rede van 20-11-1970 Alphen aan den Rijn 1971.

litieke strijdvragen als het voorstel (van de meerderheid in de Staatscommissie Cals-Donner, M.R.) om de Hoge Raad als adviesinstantie in de wetgevingsprocedure te betrekken, zijn voor mij aanleiding nog eens het belang te onderstrepen vast te houden aan het typerende van iedere rechterlijke werkzaamheid t.w. het beslissen van concrete geschillen'.

Nu zou ik menen dat het in het bestek van dit onderzoek geen vraag is of de rechter geschillen moet beslissen; de vraag is echter hoe hij dat behoort te doen. Ik neem echter aan dat Jeukens in werkelijkheid zegt: de rechter houde zich ver van de politiek. (73) Duynstee, weliswaar schrijvend over de vraag of de rechter de bevoegdheid dient te krijgen de wet aan de grondwet te toetsen, wijst dat op een zodanige manier af dat ook hij gerekend dient te worden tot aanhanger van stroming c. (74)

4.9. Het wordt weer tijd om conclusies te trekken en een eigen mening over dit onderwerp te formuleren. Bij ons onderzoek signaleerden wij drieërlei opvatting over de vraag of wat de rechter doet, politieke facetten heeft.

De ruime stroming beredeneert zijn antwoord vanuit de staatsrechtelijke functie van de rechtspraak. Nu die het beslechten van geschillen tussen leden van een samenleving betreft – aldus deze stroming – betekent dat beslechten op zich zelf al dat een politieke functie wordt uitgeoefend en dat de rechter derhalve een politieke taak heeft. In zekere zin herinnert deze opvatting aan de door Wichers Hoeth geëxtrapoleerde 'ruime' visie op politiek (zie hoofdstuk 2), welke hij vervolgens verwierp.

Hoewel zijn redengeving niet delend, kan ik mij evenmin bij deze stroming aansluiten, uitgaande van datgene dat in het bestek van dit opstel onder politiek wordt verstaan (hoofdstuk 2 slot). Dat in alle zaken, die ter beslissing aan de rechter worden voorgelegd, 'vraaggedrag' wordt uitgeoefend met betrekking tot onderwerpen de waarden en overtuigingen in de samenleving betreffend, acht ik niet vol te houden. Hetgeen de voorstanders van deze inderdaad

(73) Al moet toegegeven worden dat het blijkbaar met instemming aanhalen van M. M. Shapiro, *The Supreme Court and public policy* (1969), die meer lijkt te dubieren tussen recht als ideaal en recht als instrument, waarbij de politiek wel in het tweede, niet in het eerste alternatief een rol speelt, tot lichte twijfel ten deze kan leiden. Conf. t.a.p., 13.

(74) F. J. F. M. Duynstee, *Rechterlijke onafhankelijkheid in 'Rechtspleging'*, Deventer 1974, 52.

zeer ruime opvatting stellen, kan mij er wel van overtuigen dat de politieke component in 's rechters beslissingen, doorgaans via zijn Vorverständnis aanwezig is, doch niet dat deze component iedere keer manifest wordt en zelfs niet dat hij in iedere beslissing een – eventueel latente – rol speelt. Wel meen ik echter dat bedoelde component frekwenter een rol speelt dan de rechter zich mogelijk zelf realiseert, zo vertrouwd met eigen Vorverständnis ook in politici's dat hij zich zulks niet meer bewust maakt.

4.10. Uit deze standpuntbepaling volgt al dat ik stroming *c* niet overtuigend kan vinden. Wij komen niet werkelijk uit de problematiek, wanneer wij zeggen dat de rechter geen politieke taak heeft, immers alleen uitspraak moet doen in aan hem voorgelegde geschillen. Dat laatste kan in gemoede niet betwijfeld worden, doch laat geheel open hoe de rechter tot zijn beslissing komt. Ik ga ervan uit dat weliswaar niet in alle zaken, doch wel in een aantal, vraaggedrag de waarden en overtuigingen in de samenleving rakend, een rol speelt. (75) Welnu, dan kan ik niet aanvaarden dat de rechter alsdan zich zelf voorhoudend, slechts een geschil te beslechten, geen keuze zou doen tussen de 'conflicting issues' met een zware maatschappelijke lading. Als Enschedé opmerkt (76) dat in zogenaamde politieke strafzaken de verdediging regelmatig van achter de groene tafel te horen krijgt 'dat het enige aspect waarom het hier gaat, is of het te laste gelegde bewezen is', realiseren men zich – gelijk de auteur aantoont – dat daarmee niet alles gezegd is. Doch voor alles houde men in het oog dat die opmerking nu juist ook een politieke betekenis heeft. Indien de rechter in dergelijke zaken uitsluitend beziet of het te laste gelegde is bewezen en daarbij het aspect van eventueel ontbrekende materiële wederrechtelijkheid (wat bewoog de verdachte?) buiten beschouwing laat, geeft hij immers te kennen voor de beweegredenen van de verdachte politiek 'niet thuis' te zijn.

Per saldo, beken ik mij derhalve tot opvatting *b*, mij daarbij realiserend dat het aantal zaken waarin – in de in dit opstel verdedigde opvatting – van politiek sprake is, groter is dan bij eerste waarneming zou schijnen, doch nog steeds gering, zij het van grote inhoudelijke betekenis voor de ontwikkelingen in de samenleving.

(75) Conf. de voorbeelden van Verburgh, t.a.p. 3/4.

(76) T.a.p. 10.

Dient de rechter zich met zogeheten politieke zaken bezig te houden?

5.1. Nadat wij aldus onderzocht hebben wat als politiek is te beschouwen en wat de rechter inhoudelijk doet, zijn wij vervolgens tot de conclusie gekomen dat de rechter zich – niet voortdurend, doch wel bij herhaling – met politieke zaken bezig houdt. Wat nog niet in ons onderzoek is betrokken, is de vraag van de wenselijkheid. Immers, ook wanneer men bereid is te aanvaarden dat de rechter zich in de hier besproken zin daadwerkelijk met politiek bezig houdt, kan men zich afvragen of zulks wenselijk is. Zou men wel feitisch moeten constateren dat een en ander zo is, dan heeft men zich nog niet of nauwelijks normatief uitgesproken: behoort het zo te zijn?

Ook daarover hebben nederlandse en buitenlandse schrijvers zich diverse malen uitgelaten. Kennisneming van die literatuur leert dat een aantal bezwaren wordt aangevoerd tegen de zojuist besproken taak van de rechter. Men zou die bezwaren kunnen omschrijven als:

- a. een taak van de rechter op dit terrein strijdt met de trias politica,
- b. de rechter staat niet onder democratische controle,
- c. de rechter is niet uitgerust om algemene lijnen uit te zetten.

Ik zou in diezelfde volgorde de genoemde bezwaren willen bespreken, daarbij – op gevaar af mij zelf te frekwent te herhalen – aantekendend dat de verschillen in opvatting soms slechts accentverschillen zijn.

Ad a

5.2. Een betrekkelijk voor de hand liggend bezwaar, indien men tenminste de trias-leer onverkort zou blijven volgen, tegen een politieke taak van de rechter is dat hij op de stoel van wetgever dan wel uitvoerder gaat zitten, zo niet van beiden.

Wiarda in zijn meermalen aangehaalde beschouwing, waarin hij zorgvuldig voor- en nadelen van een autonome rechtsvinding afweegt, waarschuwt voor het risico van rolverandering van de rechter. De door hem aangetoonde – en komt mij voor, met instemming begroete – verschuiving tussen de drie typen van rechtsvinding onderling, waarbij het gewicht zwaarder op de autonome, dan op de heteronome rechtsvinding komt te drukken, brengt z.i. ook het ge-

vaar mee (77) dat de rechter op een andere plaats in het staatsrechtelijk bestel dreigt terecht te komen. Bij de autonome rechtsvinding immers past de rechter geen recht meer toe dat klaar ligt, doch stelt hij zelf vast wat recht is. (78)

Mij dunkt, dat Wiarda sprekend over 'een andere plaats in ons staatsrechtelijk bestel' het oog op de leer der trias politica zal hebben gehad.

5.3. Hoezeer ook Wiarda's waarschuwing de grenzen van de autonome rechtsvinding niet uit het oog te verliezen, ter harte genomen dient te worden, kan de vraag rijzen of zijn implicite verwijzing naar de leer der trias voldoende overtuigend kan zijn.

Wat dat betreft, is het opstel van de Leidse staatsrecht hoogleraar Koopmans over de rol van de wetgever (79) zeer instructief. De auteur analyseert de waarde van de trias-leer thans en komt tot de conclusie dat wij

'tot een merkwaardige omkering daarvan komen. Het wetgevend orgaan participeert in de beleidsvoorbereiding, verschaft het juridische kader voor de beleidsvoering en executeert mede een reeds vaststaand beleidsprogram; de executieve vormt en voert het beleid en is daarmee in de eigenlijke zin des woords wetgever geworden'.

Koopmans verwacht dat wij in de komende decennia, naar een woord van John Foster Dulles tot een 'agonizing reappraisal' van de rol van de volksvertegenwoordiging zullen moeten komen en stelt uitdrukkelijk het juist te achten dat de rechter 'in deze lacune (die van de terugvallende volksvertegenwoordiging, M.R.) springt' (dus toch de doelmatigheidscontrole bij de rechter, die Van Agt zo categorisch afwees). (80) Bepaald verhelderend is tenslotte Koopmans' bespiegeling:

'Wij leven m.i. te veel vanuit veronderstellingen die geen aansluiting meer vinden bij de werkelijkheid',

(77) T.a.p., 47.

(78) Zie in dit verband Cardozo, t.a.p., 125, waar hij schrijft: 'From holding that the law is never made by judges, they have been led to conclusions that it is never made by anyone else'.

(79) T. Koopmans, De rol van de wetgever in 'Honderd jaar rechtsleven', Zwolle 1970, 230 en 232.

(80) T.a.p. signaleert Koopmans een eer sterker dan zwakker wordende roep om rechterlijke controle op het bestuur conf. J. van der Hoeven, *De grenzen van de rechterlijke functie in de administratieve rechtspraak*, R. M. Themis 1974, 678.

daarmee m.i. neerschrijvend wat de waarde van de trias-leer nog geacht kan worden te zijn.

Koopmans' mening over de geringere zwaarte, thans toe te kennen aan de trias-leer, wordt klaarblijkelijk ondersteund door Pitlo (De trias-leer, axioma van twee eeuwen wordt verlaten) (81), Verburgh (82) en Van der Burg. (83)

5.4. Wassermann borduurt verder op de door Wiarda zo genuanceerd beschreven ontwikkeling, wanneer hij betoogt dat

'die Neubestimmung des Verhältnisses des Richters zur Legislative materiell handelt um Konkurrenz zweier Staatsorgane in einem Bereich die nach dem ursprünglichen Demokratie Modell einem einzigen Organ, der Legislative, zugewiesen war'. (84)

Een mening, die Farnsworth 9 jaar eerder in Amerika al omschreef als:

'To-day it is more usual to admit that the court creates the law somewhat as a legislative creates the law, but within the narrower bounds set by the facts of the case before it'. (85)

5.5. Zonder de raad van Wiarda te vergeten, komt het mij voor dat de trias-politica een zwakke basis voor die raad is. De trias-leer immers past in de zuivere vorm niet meer in ons maatschappijbeeld, is voor een deel in onbruik geraakt en zal vermoedelijk voor het overgebleven deel nog verder aan waarde verliezen.

Het argument dat de trias-leer zich verzet tegen een politieke taak des rechters en die derhalve ongewenst maakt, komt mij mitsdien niet overtuigend voor.

Ad b

5.6. De rechter staat niet onder democratische controle.

Dit bezwaar wordt veelvuldiger en indringender gepresenteerd dan dat van de trias. Verburgh vindt het zelfs zo zwaar dat hij zich daarvoor uiteindelijk bekent tot de tegenstanders van grote bevoegd-

(81) T.a.p. 5.

(82) T.a.p., 47/48.

(83) Conf. F. H. van der Burg, *Preadvies Vereniging voor Administratief Recht*, 1970. Geschriften VAR LXIV, 42.

(84) *Der politische Richter*, 88.

(85) T.a.p., 48. Idem J. M. Polak in zijn bespreking van het genoemde boek van Van Gerven, T.v.P. 1970, 230.

heid van de rechter in politieke zaken. Zijn overweging daarbij is dat de rechter weliswaar geen ondemocratischer beslissing zal nemen dan de wetgever (hetgeen wij m.i. zo moeten verstaan dat de rechter de 'heersende rechtsovertuiging' doorgaans zal zoeken), doch dat 'de roep om hem onder formele, democratische controle te plaatsen, zal toenemen'. Dat schrikt de auteur blijkbaar zodanig af dat hij tot zijn hiervoor weergegeven conclusie komt. (86)

Het is van belang te constateren dat Verburgh weinig onder de indruk van het bezwaar zelf (de wetgever staat wel-, de rechter niet onder democratische controle) (87) is, doch van een door hem gevreesd bijeffect, de 'roep' om de democratische controle.

Nu is mijn indruk dat Verburgh die terminologie gebruikend, het oog heeft op verkiezing van de rechter, hetgeen hij blijkbaar verwerpelijk c.q. bedreigend voor een goed functionerende rechtspraak acht.

Het 'onder democratische controle plaatsen' kan evenwel ook slaan op het democratiseren van die zelfde rechtspraak zonder dat zulks verkiezing impliceert. Donner spreekt in dat verband van 'zijn werkzaamheden, althans benoeming en bevordering, zoals het heet met democratische waarborgen te omgeven'. (88)

Het is voor een zeker evenwicht van belang op te merken dat wat de een vreest, de ander juist wenst. Wassermann tenminste bekend zich duidelijk tot de voorstanders van het kiezen van de rechter.

'In einem Staat der eine Demokratie sein will, müsste deshalb die Wahl der Richter eigentlich die natürlichste Sache der Welt sein'. (89)

Hij wijst erop dat zulks Richterwahl en Richterwahlausschuss meebrengt en dat die laatste 'interessanterweise schon längst bestehen' voor bepaalde gerechten als bijv. het Bundes Verfassungs Gericht. Mij dunkt, dat de schrijver dat laatste vermeldt om aannemelijk te maken dat een kwalitatief goed college ook aldus gevormd kan worden.

5.7. Hoe dient nu over bezwaar *b* te worden gedacht? Gelijk wij reeds zagen, blijken er in feite twee bedenkingen te zijn nl.

(86) T.a.p. 62.

(87) Wel onder die indruk: J. M. Polak in zijn genoemde boekbespreking, J. L. M. Elders, *Recht en Politiek* 4, *NJB* 1973, 1310 en C. A. J. M. Kortman, *Het eeuwfeest van Meerenberg*, *NJB* 1974, 1277.

(88) A. M. Donner, *Macht en gezag van de rechter*, *R. M. Themis* 1974, 3.

(89) T.a.p. 97/98.

- de wetgever stelt recht vast, terwijl hij onder democratische controle staat; de rechter stelt eveneens recht vast en mist die controle,
- de roep om het onder democratische controle plaatsen van de rechter wordt groter, zelfs niet tegen te houden als de rechter zich (teveel) met politieke zaken bezig houdt.

Wat de eerste bedenking betreft, herinner ik eraan dat Verburgh daarvan op zichzelf niet onder de indruk lijkt. Datzelfde geldt, naar wij reeds zagen, voor Koopmans. Ook Van Gerven ziet in de verkiezing van het parlement weinig waarborg voor democratisch recht. (90)

5.8. Wie er acht op slaat hoe parlementaire meerderheden tot stand komen, wie gelijktijdig de roep hoort om meer inspraak aan de basis omdat de bevolking zich door de volksvertegenwoordiging juist niet gerepresenteerd acht, wie voorts ziet hoe bij tijd en wijle de executieve, gebruik makend van machtsverwicht en ontbreken van een alternatief voor een andere executieve, een wetsvoorstel onder druk door het parlement drijft, is geneigd die democratische controle toch enigszins te relativiseren. Daar komt dan bij dat de rechter wel degelijk onder controle staat.

Vooreerst is er de controle van beroeps- en cassatierechter, behoudens in uitzonderlijke gevallen. Indien men zou menen dat de rechter in eerste aanleg niet zou verstaan hoe de 'heersende rechtsovertuiging' is, kan dat aanzienlijk minder gemakkelijk worden aangenomen van die colleges samen. Het argument dat een procedure in drie instanties veel tijd pleegt te vergen, is stellig juist, doch geldt tenminste even sterk voor de wetgever die frekwent aanzienlijk meer tijd nodig heeft om een wetsontwerp voor te bereiden, in te dienen en tot wet te doen verheffen. In de tweede plaats is het niet zo dat de rechter zich weinig van de maatschappij om hem heen zou kunnen aantrekken. Die zelfde maatschappij immers trekt zich wel aan wat de rechter doet, hetgeen tot een publieke controle leidt, die via de media gestalte krijgt.

Tenslotte wordt het product van de rechter, zijn uitspraak, gecontroleerd door de doctrine die zich intensief met de rechterlijke rechtsvinding pleegt te occuperen.

5.9. Is die controle wel voldoende of is het de juiste vorm van controle? Dat laatste kan men bij bepaalde uitingsvormen van media, (90) T.a.p. 148.

waaronder ik ook de schrijvende pers begrijp, wel eens betwijfelen. Maar, gelijk gezegd, t.a.v. de intrinsieke waarde van de parlementaire controle kan men ook zijn twijfels hebben. Ik kan niet schatten of de door mij genoemde controles voldoende zijn. Zeker lijkt niet uitgesloten een betere controle te ontwerpen, zou daaraan een duidelijke behoefte blijken. Maar – het wordt wel haast eentonig – datzelfde moet voor de parlementaire controle gelden.

Bovendien, mijn kritische bespreking van bezwaar *b* betekent niet dat ik zou menen dat de rechter de legislatieve taak zou moeten overnemen. Veeleer probeer ik de zwaarte van een bedenking te wegen, bij een onderzoek naar de vraag of het wenselijk is dat de rechter in bepaalde, zogeheten politieke zaken een functie heeft. Als zo'n bedenking wordt toegelicht met de stelling dat de rechter slechts zich zelf representeert (*bouche de soi-même* i.p.v. de la loi) (91), terwijl de wetgever daartegenover regels zou vaststellen die zorgvuldig de meerderheidsconsensus weerspiegelen, moet toch geconstateerd worden dat een dergelijke tegenstelling weinig bij de werkelijkheid lijkt aan te sluiten.

5.10. Wij zagen hiervoor dat de tweede bedenking, de vrees is voor een ontwikkeling naar gekozen rechters. Ik ben geneigd bij die vrees een enkel vraagteken te plaatsen.

De rechter heeft een functie, waarin hij met gezag is bekleed.

Rondom gezag vindt reeds een aantal jaren een ontmythologiseringsproces plaats. In een samenleving, waarin meer mensen langer en beter opgeleid worden en waarin een nog steeds toenemende stroom van informatie wordt aangereikt, verandert de vanzelfsprekendheid van het gezag. Dat proces heeft zich afgespeeld c.q. speelt zich nog af in het gezin, in de werksfeer, in de religieuze- of wereld-beschouwelijke instellingen, in politieke partijen, ook in de overheid-individu verhouding. Dat burgemeester of politie-commissaris niet meer gehoorzaamd wordt alleen omdat hij de plaats bekleeft die hem macht geeft, is geleidelijk gemeengoed geworden. Beiden zullen hun gezag dienen te ontlenen aan de manier waarop zij hun functies vervullen. Ik zou menen dat dat gehele proces niet stil zal houden bij de rechter en daar ook niet stil moet houden. De rechter zal evenzeer zijn gezag moeten waarmaken als andere macht uitoefenende functionarissen. Betekent dat dan dat hij het de niet-zwijgers naar de zin zal moeten maken? Neen, iets dergelijks heeft (91) Aldus Kortman, t.a.p. en m.i. ook Enschedé, *R.M. Themis* 1974, 617.

naar mijn overtuiging niets van doen met het helder maken van de gezagsfunctie. 's Rechters houding t.o.v. kritiek, zijn vermogen om openheid te betrachten waar zulks redelijkerwijs mogelijk is, zijn behoefte om geen onnodige afstand te scheppen en daarbij overbodige ritualen achterwege te laten en de nodige ritualen uit te leggen, doorbreking van anonymiteit zullen m.i. daarbij van groot belang zijn. (92) Het komt mij voor dat veeleer die kwesties dan 's rechters aktiviteit in zogeheten politieke zaken, zullen bepalen hoe sterk een roep om democratisering zal weerklinken. Of anders gezegd: als men de rechter onbevoegd zou willen achten in dergelijke zaken, om een zodanige roep te voorkomen, spant men het paard achter de wagen.

Uit het voorgaande vloeit voort dat m.i. de 'roep' zal ontstaan hoe wij ook de vraag boven dit opstel beantwoorden. Er mag bovendien uit volgen dat voor een democratiseringstendens t.a.v. de rechterlijke macht niet zo'n vrees behoeft te bestaan. Ook niet wanneer de door Donner – niet positief – besproken raad voor de magistratuur (93) tot stand zou komen. Diens taak zou zijn het actief bevorderen dat de afstand rechter-justitiabele wordt verkleind mede door te trachten rechters aan te trekken uit tot nog toe niet sterk aan bod gekomen lagen in de maatschappij (iets waaraan ook nu al aandacht wordt besteed).

M.i. speelt bij de besproken vrees de gedachte een rol een rechter te krijgen die beslissingen zal geven om zijn 'politieke vrienden' te behagen, ofwel de best ogende (b.v. op T.V.) i.p.v. de beste te krijgen. In de landen waar rechters gekozen worden, zijn de ervaringen niet zo slecht dat men onder alle omstandigheden verkiezing van rechters zou dienen af te wijzen, zonder nu direkt – als Wassermann – dat juist het enige democratische systeem te achten.

5.II. Ik probeer een conclusie te trekken t.a.v. bezwaar *b*. Zonder dat men er blind voor behoeft te zijn dat de wetgever meer dan de rechter onder democratische controle staat, passen bij die stelling een aantal vraagtekens, hiervoor onder 5.6. t/m 5.10. gezet. Daarbij herinner ik eraan dat mijn onderzoek niet meer pretentie heeft dan na te gaan of de taak die de rechter in zogeheten politieke

(92) Bij de Centrale Raad van Beroep, worden bijv. de namen van de zittende leden op een tableau vermeld, zonder dat zulks de waarde van de rechtspraak van dat college of het privé-leven van de leden aantast.

(93) Donner, t.a.p.

zaken heeft, zo ongewenst is dat daarin verandering gebracht dient te worden. Stellig zal de hoegrootheid van 's rechters taak op dat terrein beïnvloed worden door de taak die de wetgever zich zelf op dit gebied heeft toebedeeld. Maar dat de rechter deze zaken moet laten liggen, omdat hij niet onder democratische controle staat, kan ik op vorenstaande gronden niet accepteren.

Ad

5.12. Is de rechter voor deze taak wel uitgerust?

Dit m.i. zwaarst wegende bezwaar hangt ook samen met de opvatting die men heeft over de taakverdeling wetgever-rechter, net als bij de beide vorige bezwaren. Die twee echter komen op mij formeler af (trias: het is zijn werk niet; geen controle: het mag zijn werk niet zijn) dan deze laatste bedenking (de wetgever kan het beter).

Bij diegenen, die de rechter voorhouden dat hij niet geëquipeerd is om beleid te voeren, zijn schrijvers die menen dat het beslissen van voorgelegde geschillen uit zijn aard al inkonsistent is met het voeren van beleid. Anderen menen dat de rechter hier a.h.w. een subsidiaire taak heeft, nl. daar waar de wetgever ruimte heeft gelaten.

Bij de bespreking van de verschillende meningen zal ik die toch in voor- en tegenstanders van 's rechters taak op dit terrein trachten te verdelen, daarbij telkens eerst naar het buitenland en dan naar ons land ziende.

Tegenstanders

5.13. In Duitsland is het de reeds aangehaalde Dinslage die betrekkelijk fel van leer trekt tegen rechterlijke vrijheid, stellend dat het uitzetten van algemene lijnen duidelijk alleen een taak van de wetgever kan zijn. Z.i. is er sprake van willekeur als de rechter aan de hand van hem voorgelegde gevallen, regels gaat stellen. (94) Pregnant vat hij zijn opinie aldus samen:

'Die Legislative regelt für morgen, die Exekutive ordnet das Heute, die Judikative entscheidet über das Gestern'. (95)

Wassermann, het dit keer minder oneens met zijn opponent, acht het primaat van de wetgever duidelijk:

'Ausser Frage steht dass das Gesetzliche Recht das primär

(94) *Justizpolitischer Kulturkampf der Gegenwart*, 21.

(95) *Ein Cappenberg Gespräch*, 43.

Instrument ist mit dem der Staat das soziale Leben gestaltet'. Er lijken aanwijzingen te bestaan dat Wassermann tot die opvatting komt mede op grond van twijfel aan de democratische gezindheid des rechters. (96) In zijn twee jaar later verschenen boek 'Der politische Richter' lijkt de auteur toch voorzichtig zijn weg terug te banen. (97)

5.14. Van de nederlandse schrijvers verdient het opmerkelijke standpunt van Houwing, als neergelegd in zijn Rotterdamse intree-rede (98) vooreerst de aandacht. De auteur, die aldaar bekend een zodanig voorstander van rechtszekerheid te zijn, dat hij zeker recht beter acht dan goed recht, vindt de wetgever en niet de rechter reeds om die reden geroepen regels te stellen. Hij constateert evenwel gelijktijdig dat de wetgever op onderscheidene gebieden die regels niet stelt (uit traagheid dan wel gebrek aan belangstelling voor zaken die de kiezers niet aanstonds interesseren) of 'slechts vage termen als billijkheid, redelijkheid, goede trouw e.d. ter beschikking stelt' (de latere 'vage normen' van Wiarda). (99)

Houwing zoekt nu de oplossing in dit dilemma niet in het – eventueel schoorvoetend – toekennen van een taak aan de rechter bij in gebreke blijven van de wetgever. Hij wil daarentegen de vrijheid des rechters inperken om aldus de wetgever te dwingen 'zijn gemakzucht, gebrek aan energie en voorstellingsvermogen' te overwinnen. Z.i. zou dat niet anders dan regenererend op de wetgever kunnen werken. In zijn reeds aangeduide, uitvoerige beschouwing in Themis 1974 wekt Leyten de indruk dat zelfde te beogen (bl. 703). Hij stelt vast dat bepaalde conflicten (hij noemt stakingen en fluoridering) zeer duidelijk door de wetgever moeten worden opgelost. Als de wetgever daarmee in gebreke blijft, zal daar – aldus nog steeds Leyten – wel een beetje chaos van komen maar die zal juist de 'geëigende staatsorganen' dwingen tot het treffen van een regeling.

5.15. De scheidende president van het Bossche Hof, Wyers, volgde Houwing waar die uit eerbied voor recht en rechtszekerheid de mogelijkheid van beleid gevormd door de rechter, wil indammen. (100)

(96) Richter, Reform, Gesellschaft, 33.

(97) *Der politische Richter*, 33.

(98) Ph. A. N. Houwing, *Zekerheid omtrent het recht* (8-11-1947), Zwolle 1947.

(99) In zijn rede voor de Internationale Unie van Magistraten, belgische afdeling, op 5-5-1973 te Brussel gehouden, onder de titel: *De rechter tegenover de vage rechtsnormen*, R.W. 1973, 179.

(100) Th. R. J. Wijers, *NJB* 1961, 165.

Recent voegt Feldbrugge de rechter, naar een woord van Talleyrand, 'Surtout pas trop de zèle' toe. (101)

Voorstanders

5.16. In België zijn een aantal interessante gedachten gelanceerd ter ondersteuning van de stelling dat de rechter wél algemene lijnen kan uitzetten en daarbij ook niet persé zich dient te beperken tot die gebieden, waar de wetgever duidelijk in gebreke blijft.

Vooreerst Van Gerven, die meent dat de rechter kiezend tussen verschillende alternatieven een beleid bepaalt. (102) Vervolgens Ganshof van der Meersch, de P.-G. bij het belgische hof van cassatie, die de 'weldadige invloed van de jurisprudentie om het recht in humanistische zin aan de evolutie van de maatschappij aan te passen' positief begroet. (103) Bij zijn bespreking van deze rede stelt Storme dat

'nog steeds niet algemeen aanvaard is dat de rechter het recht moet voortstuwen in een bepaalde richting en dus bij het bepalen van deze richting een keuze doet, d.w.z. een beleid voert'. (104)

Storme legt zelfs een verbinding tussen politiek conservatisme en blijven rechtspreken volgens sterk gecontesteerde waarden, waardoor de rechter z.i. blijk geeft niet open te staan voor maatschappelijke veranderingen. Volgens de auteur moet dat een politiek-conservatieve vorm van klassejustitie worden genoemd.

Zonder dat men zulks met hem eens behoeft te zijn, kan zijn mening wel als een waarschuwing gelden niet te zwaar op een – niet in actie komende – wetgever te leunen.

5.17. In Duitsland kan Esser zeker gerekend worden tot de groep 'voorstanders'.

'In bestimmter Hinsicht erwartet die öffentliche Meinung geradezu den Mut zu einer richtungsweisenden Entscheidung durch die Gerichtsbarkeit'.

Wenn dabei verschiedene Gerichte verschiedene Tendenzen

(101) Bespreking van het boek van Van Gerven in *R.M. Themis* 1974, 504. In gelijke zin H. Drion, t.a.p. Leyten, oratie J. M. Polak, *NJB* 1974, 717.

(102) T.a.p. 159.

(103) W. J. Ganshof van der Meersch, *Overwegingen omtrent de kunst recht te spraken en de uitoefening van het rechterlijke ambt*, *R.W.* 1973/74, 117.

(104) Marcel Storme, *De achterkant van het gerecht* (kanttekeningen bij een openingsrede), *R.W.* 1973/74, 452.

zeigen, so wirkt das nicht abträglich für die Meinungsbildende Rolle der Justiz'. (105)

Van de amerikaanse schrijvers Cardozo en Frank zagen wij al eerder dat zij een judicial-legislation een wezenlijke taak in de rechtsvorming zien vervullen. Cardozo haalt met instemming Ballot, toen president van de franse Cour de Cassation aan, zeggende

'We do not inquire what the legislator willed a century ago, but what he would have willed if he had known what our present conditions would be'. (106)

5.18. Van de nederlandse schrijvers vraag ik aandacht voor Gerbrandy, bij diens bespreking van het bekende Pankonlibco-arrest. (107)

Hij geeft daar van een zelfde opvatting blijk, wanneer hij het door ons hoogste rechtscollege gehanteerde begrip 'heersende rechtsovertuiging' aanvalt, zeggende dat de H.R. ook wel beslissingen heeft gegeven in een geest die bepaald (nog) niet heersend was. De rechter kan soms volgen, maar moet ook wel leiding geven. (108)

Aparte vermelding verdient stellig de waarschuwing van Lange-meijer. Hij volgt de redenering van voorstanders die – gelijk ik zelf – zouden menen dat de wetgever dikwijls zo achter blijft dat de rechter wel in het gat moet springen, wil de rechtsontwikkeling niet de verbinding met het maatschappelijke leven verliezen. Inderdaad, aldus Langemeijer, heeft de democratie de neiging achter te lopen en is de kans groot dat veel van wat de werkelijke meerderheid nu afwijst, door haar kleinkinderen met trots als een verworvenheid zal worden aangemerkt.

'Maar vooreerst is dat geen regel zonder uitzondering en bovendien is er een grens aan de mogelijkheid mensen te doen leven naar de overtuiging van twee generaties na hen'. (109)

(105) T.a.p. 167.

(106) T.a.p. 84.

(107) S. Gerbrandy, *Het Pankonlibco-arrest van de Hoge Raad*, S.E.W. 1960, 143.

(108) Conf. Schoordijk, t.a.p. 51/52, R. A. V. van Haersolte, *De jurist in een dubbele identiteitscrisis* in 'Recht als instrument van behoud en verandering' (Van der Ven-bundel), Deventer 1972, 44/45, s' Jacob, t.a.p. 6/7, die het verwijt van de 'politieke rechter' pas verwacht als de rechter zich niet aanpast aan gewijzigde politieke verhoudingen in ruime kring, Verburgh, t.a.p. 59, Pitlo, *Het systeem van het nederlandse privaatrecht*, Groningen 1972, 36.

(109) *NJB* 1971, 804/05.

5.19. Genoemde waarschuwing kan de te ijverige – a.h.w. futuristische – rechtsvorming door de rechter zeker beïnvloeden. Vooral nog denk ik dat ook die rechterlijke rechtsvinding aan de orde is, die niet zozeer tracht huidige generaties te doen leven naar de overtuiging van hun kleinkinderen, doch slechts probeert te beletten dat zij dat volgens de overtuiging van hun grootouders moeten doen. Vergelijk tenslotte het rapport van de Commissie-Wiersma, dat ‘geen enkele reden’ ziet om aan te nemen dat de rol van de rechter in de maatschappij in de toekomst niet verder in rechtsvormende richting zal evolueren. (110)

5.20. Gelijk wij tot nog toe zagen, speelt de discussie rond de vraag of de rechter wel in staat is algemene lijnen uit te zetten, zich af tegen de achtergrond van de opvatting dat de wetgever daartoe in ieder geval in staat is. Hebben sommige auteurs meer, andere minder vrees voor traagheid of desinteresse van de wetgever nieuwe regels te stellen, doorgaans implicite wordt aanvaard dat hij als een monolithisch blok tegenover de individueel opererende rechter staat. Velen lijken te menen dat het in de samenleving gewenster ware als de wetgever die taak niet aan de rechter liet.

In dat licht bezien, zijn bijdragen van Van der Burg en Hofstee interessant. De eerste bespreekt de inhoudelijke waarde van het monolithische argument, waar hij constateert

‘Het argument dat de wetgever algemene lijnen kan uitzetten en de rechter niet, gaat slechts zeer gedeeltelijk op; de eenheid tussen de onderscheidene wetten krijgt betrekkelijk weinig aandacht.

Er zijn – overdreven uitgedrukt – evenzovele wetgevende machten als departementen; Centrale Raad van Beroep en College van Beroep voor het Bedrijfsleven hebben beide *echter* (cursivering van mij, M.R.) een belangrijke eenmakende functie’. (111)

Hofstee, een socioloog, bespreekt de vraag wat de taak des wetgevers dient te zijn in bepaalde perioden van ontwikkeling in de maatschappij, door hem ‘critisch in het proces van sociale verandering’ genoemd. Hij nu pleit voor onthouding, niet door de rechter, doch juist door de wetgever.

(110) T.a.p. 7 r.k.

(111) F. H. van der Burg, *Enige aantekeningen betreffende het wetgevingsproces en de vorming van het administratieve recht (Pieters-bundel)*, 52/53.

‘Men kan beter proberen door een wat rekkelijke interpretatie en toepassing van de bestaande wetgeving en door het aanvaarden van een wat minder perfect verloop van de gang van zaken in de samenleving, de moeilijkheden op te vangen dan te pogen voor iedere nieuwe situatie onmiddellijk een nieuwe regeling te vinden. Voor deze terughoudendheid bestaat in de huidige periode van crisis een bijzondere reden’. (112)

5.21. Overzien wij nu de argumenten pro en contra bezwaar *c*, dan dient geconstateerd te worden dat duidelijke aanwijzingen dat de rechter geen algemene lijnen zou kunnen uitzetten, ontbreken. Toegegeven, het zal dikwijls de voorkeur verdienen dat de wetgever nieuwe lijnen uitzet. Doch hoe vaak doet hij zulks werkelijk? Is het niet frekwent zo dat de wetgever een rechtsontwikkeling volgt in plaats van leidt?

Is het ook niet dikwijls zo dat bij gebreke van een duidelijke politieke meerderheid in regering en/of volksvertegenwoordiging, de wetgever zich (terecht, aldus Hofstee) onthoudt? En komt het tenslotte niet regelmatig voor dat de wetgever, eenmaal ingrijpend, zich bij het stellen van nieuwe regels bedient van de zgn. vage normen, aldus het invullen van die regels toch weer aan de rechter overlatend?

Is dat alles een pleidooi voor het overdragen van de regelstellende taak aan de rechter? Neen, stellig niet! Ik trachtte niet meer te doen dan een bezwaar tegen 's rechters taak op politiek terrein te onderzoeken en moet constateren van dat bezwaar op zich zelf niet te sterk onder de indruk te zijn gekomen. Doch, indien men meent dat de rechter ook beleid kan voeren, bepleit men nog geenszins dat hij dan ook de enige zou moeten zijn die dat doet.

Van der Burg (t.a.p.) vermeldt dat de toenmalige minister van justitie, Polak, bij de behandeling van de begroting voor het jaar 1970 van zijn departement, een opsomming heeft gegeven van rechtsvormend optreden door de rechter. Zonder nu ieder onderdeel van die opsomming te kennen, zal ieder jurist wel denken aan de meest bekende voorbeelden als: bij echtscheiding gelden dezelfde verstekregels als bij andere civiele gedingen (waardoor de echtscheiding bij onderling goedvinden contra legem werd erkend), on-

(112) E. W. Hofstee, *Wetgeving gedurende kritische perioden in het proces van sociale verandering* in *Speculum Langemeijer*, 222.

rechtmatig is niet alleen strijd met eigen plicht of andermans recht, doch ook onzorgvuldigheid; tegenover de langstlevende echtgenote bestaat een verzorgingsplicht (daarmee in feite de rechten van erfgenamen uithollend).

Als Drion nu zegt (in het R.A.I. congrescentrum, zie hiervoor) dat men 's rechters regelende taak zwaar overschat, daar hij slechts beslist of A dan wel B gelijk heeft, terwijl de wetgever regels voor tallozen tegelijk (hij refereerde aan de wet op het minimumloon) maakt, vraag ik mij af waarom hij zo weinig ruimte laat voor de gedachte dat de beslissing tussen A en B, dikwijls voor vele, zo niet talloze andere A's en B's van direkt belang is, zij het dat de rechter die A's en B's niet als procespartijen zal zien verschijnen. (113)

5.22. Er is bij bespreking van de vraag of 's rechters taak in politieke zaken wenselijk is, nog een belangrijk facet dat aandacht behoort te krijgen. Hoe immers zou de situatie zijn als de rechter nu eens iedere inmenging in zogeheten politieke zaken zou weigeren? Ter Heide (114) behoort tot degenen die zodanige inmenging afwijzen. Z.i. zou de rechter dan recht moeten weigeren. Een dergelijk conflict, aldus deze schrijver, is 'niet-juridiseerbaar', immers betreft het machtspolitieke of sociaal-politieke vraagstukken.

Het is duidelijk dat volgens de formule van Ter Heide de gedaagde zal winnen. Immers, de eiser wordt naar huis gestuurd door de rechter, hetzij als hij inderdaad recht zou weigeren (115), hetzij – wat nu hij geen recht mag weigeren, aannemelijker lijkt – hij zich onbevoegd of de eiser niet-ontvankelijk zal verklaren. Of Verburgh

(113) Scholten, Algemeen Deel, 92 meent wel dat de rechter een regel kan doen ontstaan, doch dat hij diezelfde regel niet later weer kan wijzigen, als zij van zodanige betekenis is dat hij alleen (?) door de wetgever zou kunnen worden veranderd. Van zodanige betekenis is zo'n regel, volgens de auteur, als zij een vraag betreft die de publieke opinie sterk bezig houdt en scheiding maakt tussen grote groepen van ons volk. Het lukt mij niet Scholten in die gedachtengang te volgen. Waarom de rechter wel eenmaal regelgevend een belangrijke kwestie zou kunnen veranderen, doch dat in een later stadium niet meer zou mogen, ontgaat mij. Scholten noemt als enige hem daarbij voor de geest komende voorbeeld de leer dat verstek bij echtscheiding tot toewijzing leidt.

'Verandering van die regel', aldus Scholten, 'grijpt te zeer in dat zij slechts door het hoogste gezag, de wetgever mag geschieden'.

Ik vraag mij af: waarom? De eerste ingreep (H.R. 22-6-1883 W 4924) was m.i. even belangrijk en daartegen heeft Scholten klaarblijkelijk geen bedenkingen.

(114) J. ter Heide, *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht*, Amsterdam 1970, 35.

(115) Een weigering die hem niet-, de wetgever merkwaardig genoeg wel vrijstaat.

die zelfde consequentie wenst, is m.i. niet geheel duidelijk. In de conclusies op bl. 63 van zijn intreedende stelt hij

‘een zich op grote schaal inlaten van de burgerlijke rechter met conflicten over algemeen belang is in beginsel ongewenst’.

Vermits de rechter in ons stelsel niet solliciteert naar zaken en eerst in aktie kan komen als de eiser hem een zaak voorlegt, kan ik Verburgh's uitspraak niet anders lezen dan: de eiser moet naar huis gestuurd worden, hetgeen ook kennelijk de konsekwentie van Ter Heide's opvatting moet zijn.

Tegen die gedachte is door verschillenden stelling genomen. (116) Er lijken drie, waarvan twee ernstige, bezwaren tegen aan te voeren.

Vooreerst mag de rechter nu juist geen recht weigeren. De wetgever is er terecht vanuit gegaan dat conflicten opgelost moeten worden. Hoewel het formele van het bezwaar vrij eenvoudig via onbevoegd- of niet ontvankelijk verklaring gepasseerd kan worden, realisere men zich dat zulks een beslissing van het conflict (ten nadele des eisers) inhoudt. In de tweede plaats is de presuppositie van Ter Heide (het conflict is niet juridiseerbaar) nu juist in strijd met hetgeen hiervoor bleek t.a.v. 's rechters taak en de mate waarin deze ook politieke zaken moet beslissen. Door conflicten in juridiseerbare en niet-juridiseerbare te verdelen, wekt Ter Heide de indruk als zou het recht in woord, strekking en systeem van de wet gevangen zijn, terwijl ons onderzoek juist aantoonde dat van een dergelijke statische beschouwing niet (meer) uitgegaan kan worden.

En tenslotte realisere men zich dat het naar huis sturen van de eiser net zo zeer een politieke beslissing inhoudt, als het ontvangen van zijn eis doet. Een dergelijke konsekwentie kan niet steunen op de gedachte dat de rechter geen taak heeft in politieke zaken; hij oefent die taak dan immers net zo goed uit als de strafrechter (zie Enschedé) die alleen wenst na te gaan of het te laste gelegde be-
wezen is.

Indien men een dergelijke theorie verdedigt met het oog op de

(116) O.m. A. R. Bloembergen, Leids diescollege, 9-2-1974 (niet gepubliceerd) waar hij de 'giftige bonbons' van Ter Heide tot het dagelijks menu van de rechter rekende, Van Gerven t.a.p. 49, Enschedé, *R.M. Themis* 1974, 617, Langemeijer. *De verantwoordelijkheid van de nederlandse rechter in 'Het rechterlijk oordeel'*, 102, W. Schenk, *Verantwoording en vooruitzicht*, (afscheidsrede als president Zwolle), *NJB* 1974, 9, Schoordijk, t.a.p. 53.

noodzaak dat de wetgever moet ingrijpen – en ik neem aan dat in ieder geval Verburgh zulks bedoelt – houde men er rekening mee dat de status quo aldus ten detrimente van de eisers wordt gehandhaafd, in afwachting van de wetgever.

Ziet men bijv. naar onderwerpen als stakingsrecht of abortus problematiek dan lijkt een hoog verwachtingspatroon voor actie van de wetgever weinig gerechtvaardigd. Op het 'beetje chaos' dat Leyten van dat wachten verwacht, kom ik in hoofdstuk 7 nader terug.

HOOFDSTUK 6

In hoeverre bedreigt een taak in politieke zaken de onafhankelijkheid van de rechter?

'When Karl Liebknrecht appeared in 1907 before the judge of the Leipzig Supreme Tribunal, under an indictment to mutiny charge, the presiding judge asked him the meaning of class justice. He answered that as judicial office was only held by members of the ruling class, the judge would be in no position to judge objectively. Questioning him further, the judge asked whether the same reproach could not be made to judges belonging to a SDP in power, Liebknrecht replied that this group would be as little inclined toward objectivity as the present judge'. (117)

6.1. Bij de bespreking van de vraag of het wenselijk is dat de rechter een taak vervult in politieke zaken (hoofdstuk 5) zou ook deze vraag aan de orde hebben kunnen komen.

Ik acht haar echter zo belangrijk, vooral voor de persoon van de rechter, dat ik er een apart hoofdstuk aan wijd. Daarbij meen ik dat de vraag in wezen uit twee onderdelen bestaat, nl.

- a. wordt de onafhankelijkheid van de rechter bedreigd door een dergelijke taakvervulling?
- b. wat betekent de taakvervulling voor de houding van de rechter als persoon t.o.v. politiek?

Ad a

6.2. Voorop dient te staan dat in ons cultuurgebied algemeen wordt onderschreven dat de rechter onafhankelijk dient te zijn. Die (117) Kirchheimer, *Political Justice*, Princeton 1961, 217/218.

onafhankelijkheid wordt als een hoog te waarden goed beschouwd. Dat ontslaat ons niet van de plicht zo nauwkeurig mogelijk vast te stellen wat die hoog geschatte onafhankelijkheid wél- en niet inhoudt, alsmede waar de grenzen van dit nastrevenswaardig doel liggen. (118)

6.3. Bettermann (119) bedoelt dat laatste als hij de rechterlijke onafhankelijkheid typeert 'nicht als Selbstzweck, sondern Mittel zum Zweck'. Hij heeft het oog op het eerste als hij onderscheid maakt tussen zakelijke onafhankelijkheid (vrijheid t.o.v. eventuele ingrepen van buiten in de rechtspleging) en persoonlijke onafhankelijkheid (onafzetbaarheid). T.a.v. dat laatste onderdeel – ik kom daar onder *b* op terug – acht hij 'ein Höchstmass an Distanz gegenüber allen politischen Mächten und sozialen Gruppen' geboden, in verband waarmee hij van 'politische Askese' spreekt.

Pötter toont zich (120) in zoverre aarzelder, dat hij gevaren onderkent in volstreekte onafhankelijkheid.

Storme op zijn beurt sprekend over wat onafhankelijkheid wél- en niet inhoudt, schrijft:

'Onafhankelijkheid tegenover de buitenwereld betekent dat de rechter zich moet weten te onttrekken aan elke beïnvloeding van buitenaf. Zij betekent evenwel niet dat de rechter geen rekening zou dienen te houden met wat in de Umwelt leeft, integendeel'. (121)

6.4. In ons land heeft Ter Heide in zijn intreerede te Rotterdam evenzeer een poging ondernomen de onafhankelijkheid inhoudelijk nader te bepalen.

'Steeds meer wordt aan de onafhankelijkheid de betekenis gegeven dat de rechterlijke macht alleen aan zich zelf verantwoording schuldig is, waardoor het er soms op lijkt dat de rechterlijke macht een volstrekt autonoom lichaam in onze samenleving is. De consequenties die aan die onafhankelijk-

(118) Dat de rechterlijke onafhankelijkheid bijv. in het geding wordt gebracht tegenover de plannen de leeftijdsgrens der magistraten tot 65 jaar te verlagen, acht ik overtrokken.

(119) Karl August Bettermann, *Vom Sinn und von den Grenzen der richterlichen Unabhängigkeit* in 'Ein Cappenberger Gespräch', 51.

(120) Wilhelm Pötter, *Die aktuellen Probleme des Richterstandes im Lichte einer historischen Betrachtung* in 'Ein Cappenberger Gespräch', 20.

(121) T.a.p., 458.

heid verbonden worden, betreffen dan niet alleen de verwerping van de betichting van politieke rechtspraak en de verwerping van en ergernis over uitspraak-kritiek, maar ook de verwerping van iedere invloed van buitenaf op de opleiding en de selectie van rechters en dat is toch wel een heel ver gaande consequentie'. (122)

6.5. Behalve juristen sec hebben ook juristen-sociologen zich met deze vraag bezig gehouden. Zo bespreekt Schuyt (123) de 'rechts-sociologische vraag waarom de motiveringsplicht zo clichématig wordt nageleefd in Nederland?'

'Is het te verklaren uit de gedachtengang bij de rechter, die ervan uitgaat dat alles wat niet gemotiveerd wordt, ook niet kan worden herzien in appèl? (124)

D.w.z. dat de onafhankelijke rechter reeds anticipeert op het mogelijke gedrag van de hogere rechter en zich zo dus afhankelijk opstelt.

Wordt vernietiging in appèl of cassatie als kritiek op eigen werk ervaren en is deze kritiek in verband met andere factoren (bijv. promotie) minder gewenst?'

Wat Schuyt veronderstelt, meent Lautmann bij zijn onderzoek te hebben aangetroffen, t.w. symptomen van afhankelijkheid van hogere rechterlijke instanties. Lautmann komt tot die gedachte niet op grond van spaarzame motivering (een, zie noot 124, toch al niet sterke suppositie van Schuyt); wie duitse vonnissen kent en deze speciaal wat de motivering betreft, vergelijkt met nederlandse uitspraken, zal daardoor niet verrast zijn. Als de symptomen, die Lautmann meent aangetroffen te hebben en die Schuyt veronderstelt, terug te voeren zijn op de in ons (en het duitse) rechtssysteem belichaamde opvatting dat de rechter weliswaar niet formeel gebonden is uitspraken van de hogere rechter te volgen, doch daaraan in het algemeen wel verstandig doet (geen onnodige verlenging van de rechtsweg), kunnen deze symptomen geen opzien baren. Moeilijker wordt het uiteraard indien de rechter zich met het oog op zijn eigen carrière afhankelijk tegenover de hogere rechter zou opstellen.

(122) J. ter Heide, *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht*, Amsterdam 1970, 12 en 49.

(123) T.a.p. 115/116.

(124) Een gedachtenfout van de schrijver?

Vooralsnog zijn er echter geen concrete aanknopingspunten voor die gedachte, al confronteert zij ons er wel mee dat wat als ethisch hoog gewaardeerd goed werd getypeerd, de rechterlijke onafhankelijkheid, voortdurende kritische aandacht moet krijgen.

6.6. In 6.2. sprak ik over opvattingen terzake dit vraagstuk in ons cultuurgebied. Wellicht mogen twee voorbeelden van andere cultuurgebieden worden vermeld.

Vooreerst China; in het interessante verslag van een bezoek van een nederlandse parlementaire delegatie aan de volksrepubliek China wordt ook aandacht aan het rechtssysteem aldaar besteed.

‘Alle rechterlijke instanties werken onder leiding van de partij. (125) Door diepgaand onderzoek en intensief contact met de massa’s zijn de rechters in toenemende mate in staat zich een eigen oordeel te vormen. De rechter komt aldus tot zijn oordeel tezamen met veel meer mensen dan alleen de leke-rechters.

De rechterlijke macht behoort de partijlijn te volgen in de uitspraken. Uitspraken in belangrijke zaken moeten eerst aan de partij voorgelegd worden voor advies en goedkeuring. De concept-uitspraak wordt aan het partijbestuur voorgelegd. Blijft er verschil van inzicht, dan wordt tenslotte het besluit van het partijbestuur gevolgd’. (126)

In de tweede plaats de Duitse Democratische Republiek. Bij wet van 27-9-1974 (über die Verfassung der Gerichte der D.D.R.) (127) is de rechterlijke organisatie veranderd en vernieuwd. Tot 1-11-1974 (blijkens paragraaf 60 van de nieuwe wet, de datum van in werkingtreding) gold m.n. ten aanzien van de Grundpflichten der rechters een andere bepaling. (128)

Daarin was weliswaar bepaald dat de rechters verplicht waren

‘ihr hohes Amt auf der Grundlage der Verfassung und der Gesetze nach bestem Wissen und Gewissen zum Wohle des werktätigen Volkes und ihres sozialistischen Staates auszuüben und

(125) Zulks in afwijking van art. 78 Chinese grondwet, dat de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht regelt.

(126) Bezoek van 18-25-8-1973, Kamerstukken Tweede Kamer, zitting 1973/74, no. 12677, 61.k.

(127) Gesetzblatt der D.D.R. d.d. 2-10-1974, Deel I, no. 48.

(128) Gesetz über die Verfassung der Gerichte der D.D.R. d.d. 17-4-1963, Gesetzblatt I, no. 4 par. 45.

sich eng mit den Werktätigen zu verbinden, sich aufmerksam und feinfühlig zu den Vorschlägen und Sorgen der Werktätigen zu verhalten und aktiv am gesellschaftlichen Leben teilzunehmen',

doch ook uitdrukkelijk

'sich gerecht und unparteiisch gegenüber jedermann zu verhalten'.

In par. 3 der nieuwe wet onder 'Aufgaben der Rechtsprechung' zoekt men tevergeefs deze laatste bepaling terzake onpartijdigheid.

Naast een opdracht

'die sozialistischen Beziehungen der Bürger untereinander, zur Gesellschaft und zu ihrem Staat zu fördern',

is de rechter nu ook gehouden

'die Leiter der Staatsorgane, der wirtschaftsleitenden Organe der Kombinate, der Betriebe und Einrichtungen, die Vorstände der Genossenschaften, und die Leitungen der gesellschaftlichen Organisationen, bei der Wahrnehmung ihrer Verantwortung für die Gewährleistung von Gesetzlichkeit, Ordnung, Sicherheit und Disziplin zu unterstützen'.

6.7. M.a.w.: in de D.D.R. juist een ontwikkeling, waarin de onpartijdigheid van de rechter ethisch lager wordt gewaardeerd en diens afhankelijkheid van de executieve hoger. Een ontwikkeling overigens, die wel op gespannen voet lijkt te staan met het in hoofdstuk 1 genoemde nastrevenswaardige doel: een maatschappij die pluriformiteit waarborgt en daardoor menselijke ontplooiings-mogelijkheden bevordert.

Waarom nu dit uitstapje naar China en de D.D.R.? In de eerste plaats om toch nog eens de cultuurgebondenheid van onze keuze (de rechter zij onpartijdig en onafhankelijk) te belichten, doch vooral om een referentiekader te scheppen voor de nu volgende bespreking van vraag *b*. Immers, zij die menen dat een taak voor de rechter in politieke zaken *linea recta* tot de afhankelijke, partijpolitieke rechter moet leiden, hebben mogelijk een cultuurpatroon als zojuist bedoeld, voor ogen.

'Liegt nicht der tiefere Kern der Ablehnung politischer Mitwirkung bei vielen noch in der luxuriös-überheblichen Auffassung, politisch Lied sei ein garstig Lied, in das einzustimmen man zu fein sei'. (129)

(129) J. W. Berlit, *Der parteilose Richter*, DRiZ, 1967, 151.

Ad b

6.8. Hoe dient nu geoordeeld te worden over de persoonlijke onafhankelijkheid van de rechter (Bettermann), in relatie tot zijn deelname aan rechtspraak, die politieke kanten heeft? In hoeverre 'doet de rechter daardoor aan politiek' en hoe is dat te waarderen?

6.9. In ons land bestaan op dit terrein geen regels.

In verschillende andere landen heeft men dergelijke regels geformuleerd. Zo is in Frankrijk, in het voetspoor van rechtspraak van de Conseil d'Etat, in 1958 een ordonnantie uitgevaardigd, (130) waarbij aan magistraten ieder optreden van politieke aard als onverenigbaar met de terughoudendheid die hun ambt hen oplegt, is verboden.

Soortgelijke benadering treft men aan in België. Het Hof van Cassatie vermaande magistraten reeds in 1951. (131)

Ganshof van der Meersch, P.G. bij datzelfde Hof, maakt onderscheid tussen het hebben van politieke opvattingen en het tonen daarvan, aldus:

'Vanzelfsprekend bezit de magistraat het recht politieke opvattingen te hebben. Anders zou zijn persoonlijkheid onvermijdelijk lijden onder deze 'voorzichtige afzijdigheid'. Hij zou aldus geen belang stellen in het staatsleven, maar enkel oog hebben voor zijn beroep en persoonlijk belang' en 'Dat de magistraat met geen enkele politieke partij enige verbinding heeft, is overduidelijk een noodzakelijke waarborg voor zijn onpartijdigheid; maar hij heeft ook de meer algemene verplichting elk handelen, ja zelfs elke houding met een politiek karakter strikt achterwege te laten'. (132)

Hoe de eerst gegeven ruimte (vanzelfsprekend een politieke opvatting, wenselijk om belang in het staatsleven te stellen) zich in concreto laat invullen gezien de vervolgens gegeven beperkingen (elk handelen, zelfs elke houding met een politiek karakter achterwege laten) is voor mij niet zondermeer duidelijk. Heeft Van der Meersch het oog op demonstratief, politiek te duiden, gedrag als bijv. het

(130) Ordonnance no. 58-1270 d.d. 22-12-1958.

(131) D.d. 15-3-1951 no. 404. Het belgische Hof meent dat magistraten in het bijzonder op politiek terrein zeer omzichtig dienen te zijn vermits de rechtsonderhorigen zonder zich te bekommeren om de strekkingen van de leden, waaruit het is samengesteld, aan de instelling hun volledig vertrouwen moeten kunnen schenken.

(132) T.a.p., 123/124.

betuigen van instemming met een politiek doel of het deelnemen aan een demonstratie? (133) Of heeft hij ook gedoeld op de rechtspraak zelf en het daarin via de Vorverständnis van de rechter, tot uiting doen komen van diens maatschappelijke opvattingen? Uit zijn verdere mededeling zich onbehagelijk te voelen de naam van een magistraat telkens weer in de krant aan te treffen, zou het eerste kunnen volgen.

6.10. In de Bondsrepubliek is ook over deze kwestie heftig gedebatteerd en wel bij de beraadslagingen naar aanleiding van het ontwerp van wet dat geleid heeft tot het Deutsches Richtergesetz, (134) In dat ontwerp werd een apart artikel voorgesteld over 's rechters 'politische Tätigkeit'. De tekst daarvan luidde aldus:

'Ein Richter darf sich, abgesehen von der blossen Mitgliedschaft in einer politischen Partei und unbeschadet der Ausübung des aktiven Wahlrechts, nicht parteipolitisch betätigen'.

De duitse Richter Berlit geeft verslag van de discussies hierover in de Rechtsausschuss van de Bondsdag. (135) (136) Wat daarin opvalt is dat de voorgestelde tekst op weinig begrip stuitte bij vertegenwoordigers van de verschillende partijen, waarvan de woordvoerders allen als rechter, officier van justitie, departementsambtenaar werkzaam waren geweest.

Memmel (CSU) achtte

(133) Het eerste deed recent G. J. Wiarda t.a.v. de Unesco-besluiten over Israël; het tweede deden verschillende magistraten bij Vietnam-betogingen. In dat verband is interessant (voor advocaten) dat de president of the bar of the city of New York, Plimpton, in mei 1970 naar aanleiding van de Amerikaanse inval in Cambodja, een duidelijke mening uitsprak.

Cyrus Vance, thans weer advocaat (diverse malen regeringsverantwoordelijkheid gedragen hebbend): 'We are moving toward the direction of involvement in many issues which are not strictly legal. And I think that is a good direction to move in'. Conf. Paul Hoffman, *Lions in the street*, New York, 1973, 202.

(134) DRiG d.d. 19-4-1972 BG Bl. I S 713, wijzigend de wet van 8-9-1961, BG Bl. I Par. 1665.

(135) T.a.p.

(136) Wellicht is het juist er de aandacht op te vestigen dat 'Richter' en 'rechters' niet synoniem zijn. 'Richter' in de Bondsrepubliek zijn ook leden van parketten, griffies e.d. Bijgevolg telt Duitsland op een bevolking van $\pm$ 62 miljoen inwoners ruim 13.000 Richter (Wassermann); Nederland telt $\pm$ 545 rechters op een bevolking van $\pm$ 13 miljoen (zie Bijdrage tot de discussie over de herziening van de rechterlijke organisatie, afkomstig van een commissie uit de Kring der Kantonrechters, 87).

‘Solche Beschränkung der Rechte eines ganzen Standes denkbar unglücklich’.

Arndt (SPD) bekelde de poging ‘politische Betätigung’ (toegestaan) en ‘partei-politische Betätigung’ (verboden) te onderscheiden en meende dat ‘diesen klugen Unterschied’ nog door niemand concreet was ingevuld.

‘Solange der Richter das aktive Wahlrecht habe, bildet er sich eine politische Meinung.

Nach dieser Vorschrift solle er das aber gewissermassen im Geheimen tun und nach aussen denjenigen spielen der gar keine politische Meinung hat’.

Beeldend, zij het vernietigend, was tenslotte de bijdrage van Schroeter, die

‘die Heranzüchtung einer Art politischer Eunuchentums für unmöglich’ hield.

Het resultaat tenslotte is te vinden in par. 39 DRiG, dat het volgende bevat:

‘Der Richter hat sich innerhalb und ausserhalb seines Amtes, auch bei politischer Betätigung, so zu verhalten dass das Vertrauen in seine Unabhängigkeit nicht gefährdet wird’,

een ontwikkeling derhalve van verbod van politiek naar algemene gedragsregel.

6.11. Voor de verhoudingen in de USA op dit punt zijn (federaal) de Canons of judicial ethics van belang. Canon 30 bepaalt dat een rechter dient af te treden als hij candidaat staat voor ‘a non-judicial office’. Sommige staten kennen verdergaande canons, wat betreft het opleggen van beperkingen aan politieke activiteiten des rechters. De American Bar Association sprak zich er in een opinion (193) over uit dat ‘the judicial power never should be used to advance either the private or the political welfare of the person, holding the judicial office’.

Daarop lijkt moeilijk een ander antwoord te geven en i.h.a. kan men m.i. slechts onderschrijven dat de rechter ‘running for political office’ beter doet als rechter terug te treden zolang zijn campagne duurt. Maar de Amerikaanse opvattingen – niet in canons neergelegd – gaan verder. Hoewel wij mogelijk geneigd zijn van een land, waarin vele magistraten gekozen worden, aan te nemen dat men toleranter tegenover de verbinding ambt-politiek zal staan, lijkt die vooronderstelling onjuist.

In een drietal artikelen in de New York Law Journal gaf Rifkind (137) weer hoe over die verbinding wordt gedacht, zeggende dat deelname aan partijpolitiek het respect voor de rechter en vertrouwen in diens integriteit vermindert.

Nu ga ik ervan uit dat die gedachtengang, kennelijk ook de basis voor de genoemde beperkingen in canons, door velen in ons land zal worden onderschreven. Dat lijkt mij echter de vraag in het vervolgens door Rifkind besproken geval. Hij gaat nl. in op de positie van de rechter, die op uitnodiging van de administratie zitting neemt in (dikwijls als voorzitter van) een staatscommissie of presidentiële adviescommissie. Weinigen, zoal iemand, in ons land zien daarin een aantasting van de persoonlijke onafhankelijkheid van de rechter. Anders edoch was de opvatting van de Chief Justice in Roosevelt's tijd, Store. Hij weigerde uitdrukkelijk om die reden toen hij gevraagd werd, zoals hij zich energiek (zij het tevergeefs) te weer stelde tegen deelneming door het lid van zijn Supreme Court, Jackson, aan het Hof te Neurenberg na de laatste wereldoorlog. Hoewel Rifkind Store's mening niet zondermeer volgt, noteert hij

'It seems to me that every invitation to such extra judicial activity should be regarded with suspicion'.

En dat alles in een Hof, waarvan Schuyt vermeldt (138) dat uit een onderzoek van C. H. Pritchett naar beslissingen van de 'Roosevelt Court' bleek dat democratische en republikeinse rechters significant verschillend beslisten.

'De meningsverschillen waren niet toevallig. Er zat een duidelijk herkenbaar ideologisch patroon in'. (139)

Zou dat erop kunnen wijzen dat rechters, hoewel hun maatschappelijke denkbeelden in hun uitspraken verwerkend, toch voldoende persoonlijke- en zakelijke onafhankelijkheid kunnen bewaren?

6.12. Onder de nederlandse publicisten zijn er weinigen die persoonlijke politieke activiteiten van de rechter gewenst achten. Elders, Feber en Wichers Hoeth zijn wij reeds als 'afwijzers' tegengekomen; zij zijn bepaald niet de enigen.

(137) N.Y.L.J. 13 t/m 15-9-1965, *A judge's non-judicial behaviour*.

(138) T.a.p. 63.

(139) Volgens dat onderzoek (*The Roosevelt court: a study in judicial politics and values*, New York 1958) namen democratische rechters meer beslissingen ten gunste van de verdediging in strafzaken, de overheid in geschillen overheid-burger, de huurder in huurgeschillen, de gewonde in verkeerszaken.

s' Jacob trekt een vergelijking tussen rechters en burgemeesters. Beiden dienen boven de partijen te staan, aldus de schrijver.

'Bij de benoeming van een burgemeester vinden wij het echter gewoon dat vermeld wordt tot welke politieke partij hij behoort. Van een rechter (op het sollicitatieformulier wordt er wel naar gevraagd, M.R.) zouden wij dat niet gepast vinden'. (140)

Ik ben geneigd te veronderstellen dat men in meerderheid weliswaar meent dat een burgemeester boven partijen moet staan, doch uiteindelijk diens eventuele partijdigheid beter zal begrijpen dan die van een rechter. Cnoop Koopmans tenslotte komt mij voor één der weinigen te zijn die zich uitspreekt voor de rechter, die 'aan politiek doet', implicite de opvatting verwerpend dat alleen de rechter die zulks niet doet, werkelijk boven partijen geacht kan worden te staan.

6.13. Wat leert ons dit alles nu?

Mij dunkt, dat onder juristen een grote bezorgdheid blijkt te bestaan rond politieke activiteiten van de rechter. De zorg heeft kennelijk betrekking op de functie zelf. Kan die nog wel uitgeoefend worden als de rechter politiek kleur bekent? De gevaren als daar zijn

- favorisering van procederende partijgenoten,
 - benoeming van de administratie welgezinde rechters (141) die op hun beurt weer de administratie helpen, gelijk zij zulks in de D.D.R. behoren te doen,
- zijn ook waarachtig niet gering.

Toch zijn deze bezwaren vermoedelijk nog maar symptomen van hetgeen de hiervoor bedoelde bezorgdheid werkelijk voedt. Achter die symptomen ligt - neem ik aan - de vrees dat het vertrouwen in de rechtspraak en daarmee in het nut van die functie op zichzelf een zodanige deuk krijgt dat uiteindelijk de rechtsstaat op het spel komt te staan (recht zou dan zijn wat overheid of machtsgroep zegt dat recht is).

Naarmate het inzicht veld won dat de rechter open oog moet hebben voor de maatschappelijke ontwikkelingen, is het bezwaar tegen

(140) T.a.p., 5.

(141) Iets, dat in ons huidige benoemingssysteem zonder meer mogelijk is (Ganshof van der Meersche meent dat het in België als enig EEG-land daadwerkelijk gebeurt) doch klaarblijkelijk geen verontrustende, zelfs maar dreigende werkelijkheid is.

politieke interesse des rechters verminderd. Sindsdien spitte de kwestie zich toe op politiek actief zijn (aan partijpolitiek doen).

Wie bereid is te aanvaarden dat de rechter met een bepaalde Voorverstandnis een hem voorgelegd geschil benadert, wie accepteert dat een deel van 's rechters oordeelsvorming zich voltrekt volgens een zogenaamd informeel programma (vergelijk Lautmann), kan m.i. geen scherm optrekken bij de – manifest of latent – aanwezige politieke overtuiging van de rechter.

Het lijkt goed hier nog eenmaal aan het woord van Renan te herinneren en aan het belang van de door hem genoemde nuances op 'keuzemomenten', waarbij ik in 3.5. stelde dat de keuze samenhangt met overtuigingen rond levens- en wereldbeschouwing.

Daarin spelen religieuze zowel als politieke factoren een rol. En met dat laatste heb ik in dit verband het oog op zaken, waarover in een land politiek verschillend gedacht wordt. Wil men dat partijpolitiek noemen, dan is mij zulks wel, mits men zich maar realiseert dat – zeker in een veel partijen land als het onze – het de ene keer kan gaan om een kwestie, waarbij de tegenstelling confessioneel-niet confessioneel kan zijn (abortus, echtscheiding) en de andere keer om de tegenstelling progressief-behoudend (inkomens- en grondpolitiek). Zou al tussen politieke overtuiging en partijpolitieke overtuiging een onderscheid zijn te maken (hetgeen ik met Arndt, 6.10. betwijfel), dan zal men toch vermoedelijk ervaren dat het te vinden criterium sterk individueel- en weinig algemeen bepaald is en mitsdien nauwelijks hanteerbaar.

Betekent dat nu dat de rechter zijn eigen partijgenoten zal begunstigen of dat zijn 'oberste Richtlinie die Parteilinie ist'. (142) Mij dunkt, dat het zulks zeker niet betekent wanneer de rechter blijft doen wat Langemeijer en Wiarda hem voorhouden, t.w. wanneer hij recht vindt volgens zijn persoonlijke overtuiging, de vinding volgens de beide andere methoden ter controle inschakelt (Wiarda), óf – omgekeerd – wanneer hij recht vindt op basis van tekst en stelsel der wet, zich nog eens met de blik van de wet af en naar de maatschappelijke verhoudingen toe, afvraagt of die beslissing bevredigt (Langemeijer).

Met Van Gerven meen ik dat de rechter een training heeft gekre-

(142) Conf. Wassermann, *Der politische Richter*, 15, die vermeldt dat zulks tegen de door hem voorgestane rechter werd aangevoerd op een in juli 1971 gehouden justizpolitisches congres van de CDU Niedersachsen. 'In dieser Ablehnung sind wir uns einig', aldus deze auteur.

gen om standpunten tegen elkaar af te wegen, ook standpunten met politieke implicaties. Het in wezen bij hen, die hem een verlenging van het partijapparaat zien worden, blijkende ongeloof in 's rechters afweegcapaciteiten deel ik niet.

6.14. Tenslotte: de zware nadruk op de relatie van de rechter als persoon met politiek, zou onwillekeurig de indruk kunnen vestigen alsof hij niet aan vele andere maatschappelijke invloeden bloot staat.

Wassermann noemt in dat verband

'Religionsgemeinschaften die Dogma und Postulate verkünden'. (143)

Berlit noemt het offer van de partij-politieke neutraliteit op het altaar der onafhankelijkheid

'reine Heuchelei solange man nicht den Verzicht aller kennenden Verbindungen fordert. Konfessionelle, gesellschaftliche, sogar vereinsmässige Bindungen lassen stets den Schluss auf eine bestimmte Einstellung zu'. (144)

Rifkind tekent aan dat vele rechters 'serve on the governing lay bodies of religious institutions', waaraan hij de conclusie verbindt:

'It is not necessary to the proper performance of judicial duty that a judge should live in retirement or seclusion'. (145)

De voorbeelden van andere bindingen lijken gemakkelijk voor uitbreiding vatbaar. Heeft niet het gestudeerd hebben op zich zelf een bepaalde invloed op de rechter, ook in die zin dat hij de procespartij die eveneens studeerde, beter verstaat en begrijpt? Bestaat er een – eventuele onbewuste – binding met hen die een gymnasium volgen tegenover hen die de HBS absolveerden of een beroepsopleiding volgden?

Hoe vrij is de rechter tegenover zijn eigen 'land van herkomst', geïnterpreteerd naar plaats (streek) van geboorte c.q. jeugd? Is het mogelijk dat hij de problemen van de industrie, dan wel die van de milieu bewuste biologisch-actieve landbouwer beter zal verstaan, nademaal hij zelf door familiale banden met industrie dan wel schoon platteland was verbonden?

Ik noem die, in sommige ogen wellicht hier en daar absurde voorbeelden niet om een uitputtende reeks te geven noch omdat ik zou

(143) T.a.p., 109.

(144) T.a.p., 153.

(145) N.Y.L.J. 14-9-1965.

menen dat de rechter nu juist wél deze – en niet de politieke invloedssfeer mijden moet.

Slechts om aan te geven dat het enigszins verrassend is zoveel discussie, afweer, ja ontkenning (het heeft er niets mee te maken) te zien tegenover politieke beïnvloeding en overtuiging, terwijl die overige invloeden bij benadering een dergelijke aandacht niet krijgen.

Men vraagt zich, dit alles overziende, af wat de eenzijdig aandoende afweer tegen politieke invloed onder alle andere invloeden, inspireert. Is het datgene dat het onder 6.8. als motto vermelde citaat van Berlit vermeldt of zelfs het boven hoofdstuk 1 geplaatste briefcitaat? Is het hetzelfde dat in diverse nederlandse verenigingen en broederschappen geldt (gold?) als gulden regel: geen gesprekken over politiek? Of ligt het nog heel anders? Is de rechtspraak door juristen, afgestudeerd van faculteiten waarvan de gewoonten niet zo sterk verschillen, ingebed in een klasse-systeem? Past het in dat systeem wél invloed te ondergaan van de hiervoor vermelde bindingen, doch zou politieke invloed (en mogelijk daarmee verbonden democratiseringsgedachte) als bedreigend voor de institutie zelf ervaren worden?

Het zijn slechts veronderstellingen; wellicht is wetenschappelijk onderzoek hiernaar instructief.

Al het vorenstaande leidt mij tot de conclusie dat in 's rechters Vorverständnis zijn kijk op de maatschappij, op de plaats van individu en overheid, van werkgever en werknemer, van industrie en schone lucht, besloten ligt. Of de elementen daarvoor zijn aangedragen door zijn politieke-, zijn religieuze- of wereldbeschouwelijke overtuiging kan hier gevoeglijk blijven rusten. Aangezien ik meen dat voraussetzungsloses Denken onmogelijk is, zou ik menen dat de rechter die probeert één van de op hem inwerkende invloeden uit te schakelen of te ontkennen, een incompleet mens is.

HOOFDSTUK 7

Slotbeschouwing

7.1. Gelijk hiervoor gesteld, hangt het onderzochte vraagstuk nauw samen met de plaats die de rechterlijke rechtsvinding in ons systeem toekomt. Van de besproken weerstanden tegen een taak van de rechter in politieke zaken, komen de bezwaren van hen die de

wetgever exclusief, althans nagenoeg exclusief, dergelijke zaken willen laten beslissen, mij voor de belangrijkste te zijn. Aldus beschouwd, gaat het om de grenzen van de rechterlijke functie. Gewijd aan dat onderwerp verscheen zojuist nummer 1974, 5/6 van *R.M. Themis*, waarin achtereenvolgens gezaghebbende schrijvers als Enschedé, Van Gerven, Van der Hoeven en Leyten zich met die grenzen bezig houden. Zij doen dat respectievelijk op het terrein van straf-, europees-, administratief en civiel recht. Langemeijer vat de verschillende bijdragen samen, daarbij voornamelijk Enschedé en Leyten becommentariërend.

7.2. Ook ik zou willen proberen, alvorens dit opstel af te sluiten, in het bijzonder op de bijdragen van de beide laatstgenoemde auteurs te reageren. Waarom juist op die bijdragen? Omdat lezing ervan na eerdere kennisneming van andere artikelen van beiden, mij enigszins heeft teleurgesteld. Bovendien omdat de beide andere auteurs, Van der Hoeven en Van Gerven zich bezig houden met terreinen van het recht, waarop ik in dit opstel niet direkt het oog heb gehad. Een enkel woord over die beide laatsten eerst.

Van der Hoeven breekt een lans voor verdergaande rechterlijke controle op het bestuur en voor verruiming van rechterlijke rechtsvinding op administratiefrechtelijk gebied.

Van Gerven bespreekt de politieke taak van het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen. Zijn bespreking van 's rechters taak op dit gebied (men leze in het bijzonder bl. 647) spreekt mij zeer aan en wijkt niet af van zijn eerder verdedigde opvattingen terzake. Van Enschedé en Leyten zou ik dat laatste niet durven te herhalen. Integendeel, komt het mij juist voor dat zij – geschrokken van ook door hen verdedigde autonome rechtsvinding – aan die rechterlijke vrijheid een halt willen toeroepen, daarmee een m.i. positieve rechtsontwikkeling remmend, zoal niet blokkerend.

7.3. Nu Enschedé zich bezig houdt met het gebied van het strafrecht en ik voornamelijk het oog op het civiele recht heb gehad, past beperking in mijn reactie.

Liet deze schrijver in de eerder door mij aangehaalde bijdrage over 'strafrecht en politiek' duidelijk blijken dat de strafrechter z.i. niet om de politieke vragen kon of mocht heenlopen, thans verdedigt hij een geringe armslag voor de rechter om dat soort vragen te beslissen.

In tijden van politieke roerigheid (elders spreekt hij van 'ons pluriforme huidige bestel') moet de strafrechter de politieke vragen terugwijzen naar de wetgevende vergadering, aldus de auteur. Weliswaar voegt hij daaraan toe 'waar dat kan', maar in de door hem verdedigde opvatting moet dat frekwent zijn.

Die mening verankert Enschedé aan de representativiteit. De vijf leden van 's Hogen Raads straffkamer vertegenwoordigen niemand anders dan zich zelf; de 225 parlementariërs 'één deur verder' representeren de nederlandse bevolking. Uit hetgeen ik in hoofdstuk 5 over een dergelijk argument schreef, moge blijken dat ik het niet overtuigend kan vinden. Rechters representeren in ons rechtsstelsel, in de door Enschedé bedoelde zin, nooit 'een achterban'. Hen op die grond de taak ontzeggen recht te vinden, zou ons terugbrengen bij het 'strict and complete legalism'. De rechter zal echter, hoewel geen achterban vertegenwoordigend, uit hoofde nu juist van zijn functie, niet alleen zijn eigen mening doen prevaleren (in welk geval de opvatting van Enschedé meer zou aanspreken). Hij is getraind in en geselecteerd op ondermeer zijn kwaliteit zorgvuldig verschillende opvattingen tegen elkaar af te wegen. Op strafrechtelijk terrein zal hij de door O.M. en verdediging aangedragen meningen en zijn eigen waarneming van stromingen in de samenleving afwegen.

Bij zijn vervolgens te geven oordeel zal hij tenslotte voor één dier stromingen kiezen. Daarbij zal m.i. (men zie wat ik hiervoor verdedigde) zijn eigen Vorverständnis en dus zijn eigen opvatting ook een rol spelen. Maar dat is heel wat anders dan de stelling dat hij niemand anders dan zich zelf representerend, bepaalde vragen niet mag beslissen omdat hij daarin alleen zijn eigen opvatting zou doen prevaleren. Alsof dat het enige was dat de rechter doet!

7.4. Bovendien impliceert Enschedé's opvatting dat de rechter eenvoudig de wet moet blijven volgen, ook als deze – naar algemene opvatting of de opvatting van de meerderheid zoals hij die waarneemt – verouderd is. Waar vandaan zou de rechter immers een instrument halen om tot ander inzicht te komen? Alleen blijkbaar uit zijn eigen overtuiging en daaraan, als niet representatief, heeft de samenleving geen boodschap.

Enschedé zal wellicht antwoorden dat hij het t.a.p. (146) slechts heeft over tijden van politieke roerigheid. Op mijn beurt ben ik (146) Bl. 616.

dan geneigd hem te antwoorden dat er blijkens de historie in ieder tijdsgewicht mensen geweest zijn die hun tijd politiek roerig vonden. En ik ben geneigd hem te vragen: is er enige aanleiding te verwachten dat die tijden zullen veranderen? Bovendien: leert een bijdrage als die van Hofstee (147) nu juist niet dat het in een politiek roerige periode voor de wetgever beter is af te zien van regelgeving? Zou dan de door Enschedé verdedigde opvatting er niet toe leiden dat beiden – rechter en wetgever – ‘de hete brei’ (naar een woord van de Rotterdamse president Reuder, gesproken in een stakings kort geding rond de stadssleepdiensten in Rotterdam) laten voor wat zij is? Het ‘beetje chaos’ van Leyten zou dan wel eens een totale wanorde kunnen worden.

Neen, als deze mening had geprevaleerd was de H.R. niet tot zijn rechtspraak terzake abortus en pornografie gekomen, die heeft beantwoord aan daarover bestaande opvattingen in de samenleving en die m.i. goede voorbeelden geeft van noodzakelijke autonome rechtsvinding op strafrechtelijk terrein.

7.5. Wat het strafrecht betreft, sta ik tenslotte stil bij twee recent be-
sliste gevallen, t.w. die van de dienstweigeraar Vellekoop en de
zgn. Sosjale Joenit zaak. Ik doe dat niet omdat daarin uiteindelijk
vrij recht tegen de wet in gevonden werd, doch omdat daarin op-
vattingen naar voren kwamen die mij meer aanspreken dan die van
Enschedé nu.

De Advocaat-Generaal bij het H.M.G., Boekraad ging in zijn op
20 maart 1974 voorgedragen requisitoir (148) in de zaak Vellekoop
in op de vraag in hoeverre het de rechter vrijstond de wet gewe-
tensbezwaren militaire dienst zo ruim te interpreteren dat onder
‘gewetensbezwaren’ ook ‘politieke bezwaren’ konden worden ge-
bracht. Daarbij liet hij ruimte voor de mogelijkheid dat de rechter
daartoe zou dienen over te gaan als in de samenleving duidelijke
opvattingen op dat stuk zouden leven. Zijn conclusie was dat, hoe-
wel verruiming van de wettelijke omschrijving van gewetensbezwa-
ren aan de orde was, de meningsvorming daarover nog geen helde-
re concretisering had gevonden. Op die grond vroeg hij veroor-
deling.

7.6 In de zogenaamde Sosjale Joenit zaak heeft ons hoogste rechts-

(147) Zie onder 5.20.

(148) Hij was zo vriendelijk mij een exemplaar daarvan ter beschikking te stellen.

college weliswaar tot $2 \times$ toe geweigerd recht te vinden contra legem (de laatste maal onder explicite vermelding dat het om 'geldend recht' ging) doch het Amsterdamse Hof (*N. J.* 1973, 79) lijkt op de weg naar dergelijke rechtsvinding in casu vrij ver te zijn gegaan. De P. G. Langemeijer was in zijn conclusie, voorafgaand aan het eerste arrest H.R. (*N. J.* 1973, 78) na nauwgezet onderzoek tot de slotsom gekomen dat het beroep op materiële wederrechtelijkheid niet gehonoreerd behoorde te worden omdat zulks zou inhouden dat de instelling waarvoor de verdachte werkte (of overigens ook 'een onvoorwaardelijke goedwillende instelling') zonder enige inspraak van de instanties die een wettelijke taak hebben, zou kunnen beslissen over het lot van weggelopen kinderen. Het Hof echter lijkt door die consequentie op zich zelf nog niet afgeschrikt te zijn van rechtsvinding contra legem.

's Hofs arrest lezend, krijgt men de indruk dat de motivering die de verdachte zelf voor zijn handelen had gegeven, het wezenlijke beletsel voor het Hof heeft gevormd om anders te beslissen dan het deed.

Nu inmiddels in een – nog niet gepubliceerde – uitspraak van de Leeuwarder rechtbank een andere beslissing is gevallen, kan de vraag rijzen of de verdachte maatschappelijk werker van Pro Juventute in die zaak het zijn rechters mogelijk niet zo moeilijk heeft gemaakt.

7.7. Thans, overstappend naar het civiele recht, de bijdrage van Leyten in het recente *Themis* nummer. Mijn indruk is dat de auteur in zijn lange bijdrage heen en weer geslingerd is. Men zou zelfs kunnen menen dat hij, al schrijvend, in de richting van het legisme is gedreven.

Zo bespreekt hij op bl. 696 bijv. de situatie waarin de rechter de mening van de meerderheid volgt, ook als dat niet de mening van de wetgever was (in de terminologie van het artikel, dus: contra legem). Daartegen lijkt Leyten t.a.p. geen bezwaar te hebben, wél echter tegen het volgen door de rechter van een mening van de minderheid. Weliswaar kan de meerderheid het spoor bijster zijn, doch – aldus de auteur – de rechter zou zulks niet anders kunnen constateren dan op grond van zijn eigen inzicht.

Doch op bl. 714 stelt hij categorisch dat rechterlijke rechtsvinding contra legem (dus ook het volgen van de mening van de meerderheid) moet worden afgewezen omdat het waardeoordeel dat tegen

dat van de wetgever in gaat, alleen van die zelfde wetgever kan komen. Alsof hij van die strakke mening dan toch weer geschrokken is, erkent hij aan het slot van zijn artikel dat uitzonderingsgevallen geaccepteerd behoren te worden. In een, op zichzelf bewondering verdienende, poging tot afbakening, probeert hij die uitzonderingen in een 8-tal voorwaarden te vangen. Daarmee lijkt de auteur toch weer de deur opengezet te hebben voor dergelijke autonome rechtsvinding. Ik zeg echter met opzet 'lijkt', nu kennisneming van zijn voorwaarden die klaarblijkelijk tezamen vervuld moeten zijn, de indruk achterlaat dat samenloop van die condities wel eens even frekwent kan zijn als samenloop van de condities die volgens meteorologen hebben geleid tot de stormramp van 1-2-1953.

Doch zelfs wanneer men de frekwentie van die gezamenlijke aanwezigheid hoger zou schatten, voor het in dit opstel onderzochte probleem is conditie *a* van Leyten alleen al voldoende. Daar immers stelt hij dat de door de rechter te beslissen materie niet mag zijn van politiek-, sociaal-politiek of levensbeschouwelijke aard. Op die terreinen moet (bl. 703) de wetgever de oplossing brengen waarbij de auteur zegt in eerste instantie te denken aan stakings- en fluorideringszaken. (149)

In die zaken is de politieke kwestie zo omstreden dat de rechter die niet mag oplossen, aldus Leyten, blijkbaar in het midden latend of de rechter daarbij recht contra legem zou moeten vinden of niet.

7.8. Ik ben dit opstel o.m. begonnen met de opmerking dat de keuze van mij als preadviseur ermee samenhangt dat ik als advocaat zaken heb behandeld waarin het vraagstuk 'politiek en recht' een zekere rol speelde. Om die reden en mogelijk ter adstructie van hetgeen ik heb verdedigd, had ik mij voorgenomen het opstel af te sluiten met een korte terugblik op die zaken onder die optiek. Het zal daarbij gaan om enkele subsidie- en stakingszaken. Daarbij wil ik dan ook nagaan wat toepassing van Leyten's formule dan wel Ter Heide's mening zou hebben uitgewerkt.

Alvorens dat te doen, sta ik nog een ogenblik stil, bij het 'voorwaarden' systeem van Leyten. De eerlijkheid gebiedt vast te stellen dat hij dat pakket van acht condities presenteert in geval de rechter 'de wet een onbevredigende oplossing vindt bieden voor dit conflict', in welk geval hij dan – de condities vervuld zijnde – in strijd met de

(149) Vergelijk voor het verschil in rechtsvinding in die zaken de noot van Bloembergen onder H.R. 22-6-1973, *N.7.* 386.

wet zou mogen beslissen. M.a.w.: slechts in contra legem gevallen werpt de auteur deze formidabele barrière op. Nu brengt hij zelf al een deuk in die redenering aan door bijv. op stakingsgebied slechts de wetgever tot oplossing bevoegd te achten, geheel los van de vraag of rechterlijke rechtsvinding contra legem zou plaatsvinden. Ik ben geneigd nog een deuk aan te brengen. Immers, m.i. is het 'contra legem' begrip op papier eenvoudiger te hanteren dan in de praktijk. (150) Soms immers vindt de rechter recht dat geheel in overeenstemming is met één wettelijke regel, doch bijv. leidt tot consequenties die strijdig zijn met een andere regel. Toen de Hoge Raad (juni 1883) oordeelde dat de processuele regel: wie zwijgt, stemt toe, ook voor echtscheidingszaken op ging was die beslissing geheel overeenkomstig de wet. Zij leidde echter tot consequenties die strijdig waren met de regel: geen echtscheiding met onderling goedvinden. Contra legem?

Toen de H.R., nog recht sprekend over de vroegere abortus bepaling, oordeelde dat bewezen diende te worden dat de afgedreven vrucht geleefd had, legde hij de wetsbepaling uit, doch bracht hem in feite om hals. Contra legem?

Op grond van beide 'deuken' zal ik bij de toetsing van de formule Leyten hierna, niet te zwaar leunen op de 'contra legem' vraag.

7.9. Eerst de beide subsidie-zaken.

Het Nederlands Comité voor Internationaal Jongerenwerk (NKIJ) wilde in 1971 een dekolonisatie-congres voor jongeren beleggen, in het kader van een oproep van de Verenigde Naties aandacht aan dekolonisatie-resoluties (van de Assemblée der VN) te geven. Op basis van een voorlopig programma werd o.m. subsidie voor de kosten van dat congres gevraagd aan respectievelijk de ministers van buitenlandse zaken en CRM. Beiden zegden toe.

Nadat het definitieve programma werd bekend gemaakt, trok de minister van buitenlandse zaken aan de noodrem. Op het congres zouden o.m. de toestanden in de portugese koloniën aan de orde worden gesteld door sprekers als S. Bosgra (Angola comité). De kranten wisten te melden dat de portugese ambassadeur een dé-marche had gedaan, dat de bewindsman vreesde voor zijn kansen op het secretariaat-generaal van de NAVO, dat een kabinetsbesluit nodig was geweest om de rem mede door de bewindsvrouw van CRM te doen bedienen. Kort samengevat: de beide ministe- (150) Conf. Langemeijer, *R.M. Themis* 1974, 593.

ries lieten het NKIJ weten zich misleid te voelen door het voorlopige programma en de gegeven toezeggingen om die reden (beide op schrift) in te trekken.

NKIJ wendde zich tot de rechter (eerst de president, later het Hof in Den Haag). Afgezien van de op zich zelf juridisch interessante vraag in hoeverre de overheid is gebonden aan gegeven subsidietoezeggingen, was de zaak in optima forma een politieke. Natuurlijk was zij te herleiden tot de feitelijke vraag: is de overheid misleid door het voorlopig programma of niet, doch aldus is iedere politieke zaak te herleiden tot een 'feitelijke'. Bij de beantwoording van die vraag speelden echter opvattingen van de rechter een rol over: wat kan men van nederlandse politieke jongeren verwachten? Waaraan moet men denken bij een dekolonisatiecongres?

Als wij nu het criterium van Leyten hanteren, zou de zaak zelf onder conditie *a* vallen (politiek). Maar rechtsvinding contra legem leek onnodig en dus...?

Volgen wij het criterium van Ter Heide, dan zou NKIJ vermoedelijk hebben verloren, omdat de zaak niet-juridiseerbaar geweest zou zijn. Accepteren wij dat de rechter hier een taak heeft en zich dus over de – politieke – voorlichting rondom het congres een mening moet vormen, dan zien wij dat beide rechterlijke instanties zulks deden waarbij de ene rechter (de President den Haag, *N. J.* 1971, 147) een andere opvatting huldigde dan de andere (Hof den Haag, *N. J.* 1971, 308). Op de vraag of dergelijk verschil van opvatting bijdraagt tot de rust in de maatschappij, kom ik aan het slot terug.

7.10. Het Nederlands Centrum voor Democratische Burgerschapsvorming (NCDB) dat zich bezig houdt met politieke vorming van jongeren wilde bij de eerste Tweede Kamerverkiezingen na de verlaging van de kiesgerechtigde leeftijd tot 18 jaar, jongeren stimuleren van hun kiesrecht gebruik te maken. Een actieplan werd opgezet; over een slagzin werd overleg gepleegd. Na diverse alternatieven te hebben afgewogen en in onderzoekjes te hebben getest, viel de keuze uiteindelijk op: 'Stem jong, anders blijven ze altijd de baas'.

Ook deze instelling had de rijksoverheid (CRM) subsidie gevraagd, op basis van een voorlopig programma met een voorlopig – andere – slagzin, t.w. 'Stem, want als je het niet doet, krijgt je vader (baas, leraar, sergeant-majoor) z'n zin'.

CRM zegde (mondeling) subsidie toe, doch trok die toezegging in toen de definitieve slagzin bekend werd. De Staatssecretaris zag er een aanval op het zittende kabinet in.

NCDB wendde zich tot de Haagse president en vroeg de overheid tot nakoming te dwingen. De zaak leek sterk op de vorige. De president moet afgewogen hebben wat hij van de beide slagzinnen dacht en wat de overheid er redelijkerwijs van gedacht kon hebben, dat alles in een politieke verkiezingssfeer.

Wederom lijkt Leytens criterium geen oplossing te bieden; is het wellicht te theoretisch? Ter Heide lijkt weer duidelijk: eiser verliest. De President was – gelukkig – van andere opvatting: de eiser won bij (niet gepubliceerd) vonnis van 21-11-1972.

7.11. Wat de collectieve arbeidsgeschillen en in het bijzonder de stakingsgevallen betreft, hoop ik op Leyten's stelling (bl. 703) dat het 'zo duidelijk is, dat deze problematiek door de wetgever moet worden geregeld' elders en later uitgebreid te kunnen terugkomen. In ieder geval is zijn opvatting ten deze bijna identiek aan die van Ter Heide, waar hij schrijft: 'dat de rechter deze zaken als niet justiciabel en zich zelf dus tot oplossing onbevoegd zou moeten verklaren'.

Sedert het bekende Panhonlibco-arrest van de Hoge Raad (*N.ŷ.* 1960, 84) heeft een duidelijke rechtsontwikkeling plaatsgevonden. In bedoeld arrest leerde ons hoogste rechtscollege dat een oproep tot staking (door een vakorganisatie) onrechtmatig is omdat opgeroepen wordt tot het weigeren van werk (door de individuele werknemer). Op dat uitgangspunt, aldus het arrest, bestaan uitzonderingssituaties welke in casu niet aanwezig geacht werden. Het was: staking is onrechtmatig, tenzij bepaalde bijzondere omstandigheden in casu tot een ander oordeel nopen. In de door mij hiervoor bedoelde rechtsontwikkeling sindsdien (Maastrichtse aardewerk-industrie 1966, Lomefa 1970, Nederlandse Spoorwegen en Rotterdamse stadssleepdiensten 1971 tot de metaalindustrie 1972) voorlopig afgesloten met Hof Amsterdam, (*N.ŷ.* 1972, 192), werd het: staking is rechtmatig, tenzij bepaalde bijzondere omstandigheden tot een ander oordeel nopen. Dat andere oordeel bleek overigens in feite nogal eens aanwezig (Maastrichtse aardewerkindustrie: de inzet, het zogenaamde vakbondstientje, rechtvaardigt geen staking, Lomefa: er is geen aparte aanzegging aan deze werkgever gedaan, N.S.: staking is in casu door de wet uitdrukkelijk verboden).

Ik kom op de NS-zaak apart hieronder terug, nu daar een mooi voorbeeld van de contra legem gedachte aanwezig was.

Het gaat mij er hier om dat die rechtsontwikkeling, hadden Ter Heide's en Leyten's mening geprevaleerd, onmogelijk was geweest. De rechter had van de Maastrichtse zaak af (of al eerder?) moeten zeggen: niet justiciabel en dus door mij niet op te lossen.

Maar wat had dat nu betekend in de praktijk? In al die zaken is het de werkgever en/of werkgevers-organisatie die dagvaardt. Betekent: niet juridiseerbaar, dat de eiser niet ontvankelijk verklaard zou zijn? Of betekent het juist dat de rechter niet had mogen beoordelen of in casu de staking gerechtvaardigd was, nog vertrekkend van 's Hogen Raads formule? In dat geval hadden de eisers moeten winnen, omdat de rechter zou hebben moeten zeggen: het mag in het algemeen niet en of het in casu niet mag, kan ik niet beoordelen. Men ziet dat de enkele stelling: niet juridiseerbaar, nog niets oplost, tenzij men het moet zien als – naar ik meen – Ter Heide doet nl.: de rechter weigere tussenkomst. (151) Dat zou dus, gelijk wij zagen, betekend hebben dat de bonden wonnen. Een opvatting die voor een voor de bonden optredend advocaat niet bepaald onaantrekkelijk kan zijn, doch stellig – ook door mij – zeer onbevredigend wordt geacht.

7.12. De historie der stakingszaken leert overigens meer. Immers, in die materie heeft de wetgever gedaan wat Leyten, Ter Heide en anderen wensen: een poging de zaak wettelijk te regelen.

Dat het een poging bleef, is al opmerkelijk genoeg. Beide sociale partners bleken uiteindelijk met 's wetgevers produkt ontevreden en dachten toen over een stakingscode, op te stellen door een SER-commissie (analoog aan de fusiegedragsregels). Het wetsontwerp staat in de koelkast en zal daarin wel voorlopig blijven staan.

Doch bovendien: terwijl het ontwerp aanhangig was, bleek de praktijk niet te kunnen wachten. De hiervoor bedoelde rechtsontwikkeling, door het Amsterdamse Hof voorlopig diametraal tegenovergesteld aan Panhonlibco afgesloten, vond nu juist plaats terwijl de wetgever bezig was een nieuwe regel te ontwerpen.

7.13. De rechter heeft, hoewel het om politieke zaken ging, nimmer geweigerd in stakingszaken beslissingen te geven, ook al is 2 × een soort afkoelingsperiode gelast. Of de rechter bij zijn beslissing via (151) Leyten met zijn advies: onbevoegdverklaring, zou hetzelfde bereiken.

zijn Vorverständnis zijn eigen mening heeft doen meespreken, is uiteraard niet aantoonbaar. De een zal zulks vlugger aannemen dan de ander. Men kan met evenveel recht staande houden dat het Amsterdamse Hof, oordelend over de staking in de metaalindustrie in 1972 zorgvuldig de argumenten (incl. nieuwe wetgeving en europees verdrag) ordenend die tot de voor de bond positieve uitspraak leidden, vertrok van een opvatting: dit moet kunnen, als dat hetzelfde Hof (in andere samenstelling) oordelend over de staking bij Hoogovens (152) en vaststellend dat ontijdig werd gestaakt (de onderhandelingen boden, aldus het Hof, nog perspectieven), die staking vervolgens verbood, vertrokken was van de opvatting: dit kan niet. (Het ging om de kennelijk zeer emotionerende vraag of de bonden kunnen verlangen dat hoger betaalde niet CAO-ers een extra veer moeten laten teneinde een zekere inkomensnivellering te bereiken).

Uit mijn opstel blijkt dat ik een dergelijke eigen mening van de rechter niet zou willen uitsluiten, ervan uitgaande dat hij die samen met andere meningen afweegt.

7.14. Aparte aandacht zou ik nog willen besteden aan de NS-zaak, gelijk aangekondigd. Het betrof de oproep van de gezamenlijke vervoersbonden tot werkonderbreking van één uur op 15-12-1970, in het kader van een door de drie vakcentrales voor alle bedrijfstakken gedane oproep één uur niet te werken ten teken van protest tegen de zogenaamde loonmaatregel. De oproep van de vervoersbonden gold ook het spoorwegpersoneel. Dat personeel is in dienst van een vennootschap, de arbeidsvoorwaarden worden via vrij overleg in een CAO geregeld, gelijk bij andere vennootschappen. Uit een lang voorbijge periode, waarin spoorwegpersoneel nog ambtenaar was en de arbeidsvoorwaarden via dienstvoorschriften geregeld werden, stamt het wettelijk stakingsverbod voor deze categorie werknemers (art. 358 bis Sr.).

De aankondiging van de vervoersbonden leidde tot spoedberaad van de regering en opdracht aan de landsadvocaat onmiddellijk een kort geding aan te spannen. De zaak was politiek in optima forma.

Afgezien van de vraag of een werkonderbreking van één uur onder het begrip 'staking' valt te brengen, ging het er in dat geding ondermeer om of de rechter de oproep reeds onrechtmatig zou achten (152) *N.J.* 1973, 251.

nu de strafwet genoemd verbod bevatte. Sedert vier jaren was een wetontwerp aanhangig, waarbij het strafrechtelijk stakingsverbod voor spoormannen werd afgeschaft.

Pikant was dat dezelfde regering die via de landsadvocaat nu liet verdedigen: het mag niet, want de strafwet verbiedt het, dat zelfde wetontwerp gelijktijdig verdedigde.

De consequentie van de afschaffing zou zijn dat deze werknemers – immers geen ambtenaren zijnde – even vrij zouden zijn als andere werknemers in de private sfeer om het werk neer te leggen. Uit het reeds geruime tijd tevoren verschenen Voorlopig Verslag bleek dat een grote meerderheid der volksvertegenwoordiging met afschaffing van dit anachronistisch verbod geen moeite zou hebben. In het woordgebruik van de Hoge Raad (Panhonlibco) mocht met recht gesteld worden dat de ‘heersende rechtsovertuiging’ een andere was dan die welke rond 60 jaar daarvoor deze strafbepaling nodig had geacht.

De President Utrecht (*N.ƴ.* 1971, 72) evenwel volgde de formule Leyten: zolang de wet niet is ingetrokken, geldt zij en alleen de wetgever kan hem intrekken; de bonden verloren reeds op die – m.i. onaanvaardbare en voor de justitiabele onverteerbare – grond, waarbij in dit opstel verder buiten beschouwing kan blijven dat de president uitdrukkelijk nog ten overvloede verder overwegend, ook op andere gronden tot een negatief oordeel kwam.

7.15. Wellicht mag deze verwijzing naar rechtspraak besloten worden met een enkele verwijzing naar rechterlijke rechtsvinding contra legem in een (niet door mij behandelde) recente arbeidszaak. Ik heb het oog op Hof Amsterdam *N.ƴ.* 1974, 488. In dat geding vorderde een werkgever dat zijn vertrokken werknemer die tegen zijn wil en zonder ontslagvergunning vertrokken was, terug zou komen op verbeurte van een dwangsom. Een bekende casuspositie, waarin de rechter ook diverse malen een dergelijk gebod had gegeven. Omtrent de wenselijkheid werknemers op die wijze te dwingen is verschillende malen kritisch geschreven, ook tegen de achtergrond van het door Nederland wel ondertekende, maar veertien jaar na ondertekening nog steeds niet geratificeerde Europees Sociaal Handvest.

In die besprekingen is zelfs wel aangevoerd dat BBA + nakomingsvordering een in art. 2 B.W. verboden vorm van slavernij zouden inhouden.

President en Hof Amsterdam, gelukkig noch de formule Leyten (*lex dura tamen est lex*) of de formule Ter Heide volgend, beredeneerden dat weliswaar de wet verbiedt om te doen wat de werknemer in casu had gedaan doch dat zulks niet persé inhield dat de rechter genoopt was een nakomingsgebod te geven.

7.16. Ik kom aan het slot van mijn opstel.

In zijn artikel in *Themis* heeft Leyten verdedigd dat de rechter zich in zaken als de hier bedoelde moet onthouden ten gunste van de wetgever en dat, als die in gebreke blijft, het 'beetje chaos' voor lief moet worden genomen. Hij verbindt aan die weinig opwekkende stelling de vraag of het soms tot de rust in de maatschappij bijdraagt als de ene president in een stakingszaak anders beslist dan de andere.

Mijn schatting (en die van Esscr, zie 5.17.) van die verschillende onrust factoren is bepaald anders. Uit hetgeen ik hiervoor – noodzakelijkerwijs kort – over historie der rechtspraak in collectieve arbeidsgeschillen opmerkte, blijkt reeds dat stilzitten van de rechter terwijl de wetgever uiteindelijk niet met een regel kwam, tot veel meer dan 'een beetje chaos' zou hebben geleid.

Wordt nu de onrust in de hand gewerkt door verschillende beslissingen van verschillende rechterlijke colleges (presidenten bijv.)? Niet ontkend kan worden dat zulks voor de justitiabele soms onduidelijk zal zijn en dus onrust kan verwekken. Doch evenmin mag ontkend worden dat appèl- en cassatierechter een unifiserende taak ten deze hebben en uitoefenen. In het proces van rechterlijke rechtsvorming dat tot verschillende beslissingen leidt, kan ook rechtspraak in appèl en doctrine eens te meer stof tot afweging geven en tot het zoeken van de juiste beslissing leiden. De rechterlijke macht te zien als monoliet zou inderdaad onjuist zijn (vergelijk Van der Burg overigens voor wat de wetgever betreft, zie 5.20.), doch de pluriformiteit – ik herinner aan mijn inleiding, 1.2. – kan juist ook bijdragen tot het naast elkaar stellen van de verschillende rechtvaardigheden.

Het 'beetje chaos' van Leyten zou ik dan graag inruilen voor eventuele pluriforme beslissingen van rechters in eerste instantie.

7.17. Ik heb hiervoor opgemerkt teleurgesteld te zijn over bepaalde bijdragen aan het december 1974 *Themis*-nummer. Waarom teleurgesteld?

Indien auteurs als Enschedé en Leyten aarzelend staan tegenover rechterlijke rechtsvinding, lijkt een tegenstroming die de slinger wil zien terug bewegen aan kracht te winnen. Ik herinner aan Drion, die zulks m.i. in het RAI-Congrescentrum ook verdedigde, tot de toen zichtbare teleurstelling van mede-inleider Schoordijk.

De autonome rechtsvinding des rechters kan daardoor ernstig in gevaar komen. Nu de overheid via een staatscommissie lijnen voor de toekomst wil uitzetten wat betreft plaats en functie van de rechterlijke macht en de keuze door het bestuur van de N.J.V. van het nu besproken onderwerp daarmee stellig zal samenhangen, is m.i. een verdediging van die vrijheid des rechters (alles gerelativeerd als ik hiervoor heb getracht) alleszins op zijn plaats.

7.18. Waarom?

M.i. om twee ernstige redenen.

Vooreerst kan ik Leyten's mening niet delen dat 'rechtspraak er (alleen) is om onrecht ongedaan te maken'. Rechtspraak heeft een ruimere functie dan alleen het dichten van dijken na de ramp; zij heeft evenzeer tot taak (mede) te voorkomen dat de dijken scheuren, d.w.z. onrecht te voorkomen. In een nog steeds gecompliceerder wordende maatschappij kan de wetgever die taak niet alleen aan.

In de tweede plaats zal de samenleving die de rechtspraak en andere gezagsinstanties kritisch zal volgen (153) weinig begrip opbrengen voor een toenemende 'onthoudings'opstelling van de rechter, gebonden als die zich dan zal moeten achten aan wetgeving, ook aan inmiddels minder aanvaarde delen daarvan. Daarbij ontken ik niet dat een te vrije opstelling van de rechter gevaren zal opleveren. Een voorzichtige houding daartegenover is stellig op zijn plaats. Mijn indruk is echter dat op dit moment de andere dreiging groter is. Als dit opstel mogelijk een kleine bijdrage heeft gegeven om die dreiging kritisch te bezien, heeft het een functie vervuld.

(153) De maatschappij, waarop het bestuur bij de titel van het door preadviseurs te bespreken probleem, het oog had; conf. hfdst. 1.