

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

W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle

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

De rol van rechtspraak en rechterlijke macht in een democratische samenleving.

- Par. 1. Ter inleiding: enkele kanttekeningen bij het rapport van de Cie. Wiersma, 175
- Par. 2. Rechtspraak in een democratische samenleving, 183
- 2.1. Welke taken heeft de rechter?, 189
- 2.2. Welke moeilijkheden ondervindt de rechter bij de uitoefening van genoemde taken?, 199
- Par. 3. Het vertrouwen van de bevolking in de rechterlijke macht, 210
- Par. 4. Consequenties uit het voorgaande voor de samenstelling, selectie en opcleiding van leden van de rechterlijke macht, 225
- Par. 5. Conclusie, 230

*De rol van rechtspraak en rechterlijke macht in een democratische samenleving.**

PAR. I. TER INLEIDING: ENKELE KANTTEKENINGEN BIJ HET RAPPORT
VAN DE CIE. WIERSMA

Twee centrale thema's springen in het oog bij de bestudering van het rapport 'Gedachten over de toekomst van de rechtspleging' (1972) nl. (1) specialisatie en concentratie en (2) aandacht voor een breder geschakeerde samenstelling van de rechterlijke macht naar sociale, politieke en levensbeschouwelijke aard en wel zodanig dat het een evenrediger weerspiegeling vormt van de bevolking. Aan deze twee thema's wil ik bijzondere aandacht schenken waarbij ik vele andere interessante suggesties uit het rapport, met name de meer technische punten (bijv. afschaffing van feitelijke recht-

* Dit preadvies is geschreven door een buitenstaander: Iemand die geen lid is van de club en geen praktische ervaring heeft in het rechtsbedrijf. Dit feit bemoeilijkt het verkrijgen van een volledig en genuanceerd beeld van onze rechterlijke macht. Als enkele stellingen in dit preadvies de lezer onjuist voorkomen is dit een uitdaging tot correcties, hetzij door tegenspraak hetzij door een te ontamen sociologisch onderzoek, waarvoor de rechterlijke macht zich zou willen openstellen.

Bij het opstellen van dit preadvies heb ik niettemin veel profijt gehad van mijn contacten met leden van de rechterlijke macht als deelnemers van de SSR-cursussen over rechtssociologie, 1973-'74 en '74-'75 en met leden van een werkgroep van RAO's. Daarnaast heb ik geprofiteerd van de werkgroep van mijn Nijmeegse studenten in de rechtssociologie die zich gedurende een jaar bezig gehouden heeft met de problematiek van de rechterlijke organisatie. Aan allen betuig ik mijn dank. De verantwoordelijkheid voor dit preadvies berust volledig bij mij.

spraak in meer dan een instantie) aan meer ter zake kundigen overlaet.

Het rapport geeft in zijn beknoptheid slechts een korte verwijzing naar het waarom van specialisatie en concentratie: praktische overwegingen en het feit dat beide uitgangspunten voor hervorming overeenstemmen met de maatschappelijke ontwikkeling van onze tijd (p. 7). Deze laatste redengeving trekt de aandacht van een socioloog, temeer daar de Commissie de suggestie uit de instellingsbeschikking om personen uit de sociale fakulteiten te raadplegen om een of andere reden niet heeft opgevolgd. Wat immers valt te verstaan onder 'de maatschappelijke ontwikkeling van onze tijd?' Streven naar verbetering van organisatie en efficiency maakt zonder meer deel uit van die ontwikkeling, maar het is wat mager om bij een herzieningsarbeid van een belangrijk instituut als de rechterlijke organisatie niet wat langer stil te staan bij die maatschappelijke ontwikkeling. Wat is er nu precies veranderd sedert 1827, wat is er de laatste vijftientig jaar veranderd en wat is er heden ten dage aan het veranderen? Om begrijpelijke redenen heeft de Commissie antwoorden op deze ingewikkelde vragen vermeden en geadviseerd om een dergelijk punt op te nemen in de taakomschrijving van de Staatscommissie – 'aandacht schenken aan wijzigingen van maatschappelijke omstandigheden' –. Het is echter bij uitstek een terrein waar de algemene sociologie, i.h.b. de makro-sociologie, een bijdrage kan leveren. De Commissie Wiersma beveelt echter aan een organisatie-socioloog in de Staatscommissie op te nemen en dit overigens ondergeschikte punt, geeft mij aanleiding in te gaan op enkele impliciet gebleven premissen, waarop mijns inziens de commissie haar aanbevelingen heeft gebaseerd.

De grondgedachte, waarop mijn kanttekeningen bij het rapport zijn gebaseerd, is de stelling dat een streven naar verbetering en efficiency in de rechterlijke organisatie ten eerste een nogal verlate reactie is op ontwikkelingen die zich reeds een tiental jaren in andere sectoren van de samenleving hebben voorgedaan en ten tweede een reactie is op een specifieke, een bepaalde maatschappelijke ontwikkeling. Het is een eenzijdige selectie uit de bijna onuitputtelijke hoeveelheid van verschijnselen, processen, gebeurtenissen die zich met een verzamelnaam 'maatschappelijke ontwikkeling' laten samenvatten. Het loont de moeite de consequenties van zo'n eenzijdige selectie te overzien.

Specialisatie, grotere deskundigheid, meer efficiency, concentratie

e.d. zijn verschijnselen die in de sociologie samengevat worden met de term rationalisering. Rationalisering is volgens Max Weber hét kenmerk van de moderne westerse cultuur. Het is een ontwikkeling die een eigen dynamiek vertoont, en die, eenmaal in gang gezet, moeilijk is tegen te houden. Rationalisering doorbreekt vele traditionele banden en verbanden in de samenleving. De belangrijkste verschijningsvormen van dit proces van rationalisering zijn het kapitalisme, de bureaucratie en het rationele recht, in zijn gerichtheid op rechtzekerheid en voorspelbaarheid. Weber schreef rond 1920 over de daaraan voorafgegane periode. 'The modern capitalist concern is based inwardly above all on calculation. It requires for its survival a system of justice whose workings can be rationally calculated, at least in principles according to fixed general laws, just as the probable performance of a machine can be calculated'.⁽¹⁾ Weber had hiermee de ontwikkeling van het *positieve* recht op het oog, alsmede een sterk legistische rechtsvindingstheorie. Het interessante is nu dat de organisatie van het rechtsbedrijf (opleiding, samenstelling, recrutering, interne organisatie e.d.) zelf nog lange tijd op een traditionele in plaats van op een rationele leest geschoeid bleef. Er bestond vermoedelijk geen interne tegenspraak in een *traditioneel* samengestelde en opgeleide rechterlijke macht, die een *rationeel* rechtssysteem hanteerde en handhaafde, zolang de belangen van de traditionele rechterlijke macht en de rationeel calculerende industriële samen vielen. Na Weber, met name in de Weimar republiek, zien we dat een streng legistische rechtsvindingsleer door de rechterlijke macht verlaten wordt, zodra de belangen van die beide groepen in gevaar komen door de toenemende macht van de arbeidende klasse in parlement en wetgeving.⁽²⁾

Er is natuurlijk veel veranderd sinds Weber en Weimar. Waar het op aan komt is te signaleren dat juist de laatste tien, twintig jaar de rationaliseringstendens niet meer beperkt blijft tot het positieve recht zelf, maar zich ook gaat uitstrekken tot de *organisatie* van het rechtsbedrijf. Men ziet dit ook in een grotere verwetenschappelijking van recht en rechtspraak. De straftoemeting wordt berekend

(1) Max Rheinstein (ed) *Max Weber on Law in Economy and Society*, Cambridge, 1954, p. 226.

(2) Zie hiervoor E. Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz* (1927) met name hoofdstuk 3, Der Wandel in der Rechtsprechung, gepubliceerd in: E. Fraenkel, *Reformismus und Pluralismus*, p. 88-125, Hamburg 1973.

en berekenend (proefschrift C. Oomen). (3) Het vervolgingsbeleid wordt gerationaliseerd (proefschrift H. Franken) (4), de opleiding van rechterlijke ambtenaren wordt systematisch aangepakt etc. Waar de traditionele aspecten van het rechtsbedrijf hinderlijk beginnen te worden voor een aanpassing aan de 'eisen van de tijd' wordt het antwoord gevonden in rationalisering. Zelfs het uit traditie en vóórwetenschappelijk denken voortkomende wantrouwen tegen de sociale wetenschappen – als element van rationalisering – wordt overwonnen, althans bij een aantal (invloedrijke) juristen.

In het licht van deze ontwikkeling zie ik de aanbevelingen in het rapport van de Commissie Wiersma om te komen tot grotere rationalisering. De rechtspleging liep ver achter bij andere sectoren in de samenleving en het werd (wordt) tijd om de rechtspleging aan te passen. Wat de Commissie echter niet signaleert is het dilemma waarin het recht en de rechtspleging zich op dit moment bevindt. Dit dilemma zie ik als volgt: Het inzicht in de noodzaak tot rationalisering van het rechtsbedrijf komt op een moment, waarop in de andere sectoren van de samenleving (die men wil inhalen) een aantal negatieve kanten van de voortschrijdende rationalisering aan de orde gesteld worden. De rechtspleging verkeert als het ware in de unieke positie te profiteren van de wet van de inhalende achterstand. Men zou – als men wil – een organisatie kunnen ontwerpen die geleerd heeft van rationaliseringsdilemma's elders. (5) De aanbevelingen van de Commissie Wiersma gaan naar mijn mening meer in de richting van snelle rationalisering (centralisering, bureaucratisering, specialisering) zonder reeds te anticiperen op de toekomstige vraag naar de-centralisering (6), de-bureaucratisering (7) en zelfs de-specialisering, zoals die zich elders beginnen af te tekenen.

Een herziening van de Rechterlijke Organisatie moet echter niet willen mikken op een aanpassing aan ontwikkelingen die zich tien jaar geleden voorgedaan hebben in andere sectoren van de samen-

(3) C. P. C. M. Oomen, *Voorlopige Hechtenis en Vrijheidsbenemende straffen*, diss. Leiden, 1970.

(4) H. Franken, *Vervolgingsbeleid*, diss. A'dam, 1973.

(5) Zie J. A. A. v. Doorn, Rationalisatie als dilemma, in: *Beleid en Maatschappij*, november 1973, p. 30-34.

(6) Zie L. Lundquist, *Means and Ends of political decentralisation*, Malmö, 1972.

(7) Zie W. Bennis, *Beyond Bureaucracy*, New York, 1973.

leving, maar zoveel mogelijk op een aanpassing aan de ontwikkeling, die zich de komende tien jaar zullen voordoen in de andere sectoren van de samenleving.

Weliswaar besteedt ook het Commissierapport aandacht aan de nadelen van specialisatie (p. 8) maar wat me hierbij als buitenstaander opvalt is, dat het uitsluitend nadelen zijn, die *intra-juridisch* zijn (uiteenvallen van rechtsgebieden, sleur en routine voor rechters, kwetsbaarheid van het systeem als gevolg van specialisatie doordat men geen gespecialiseerde vervangers heeft, personeelsaspecten e.d.).

Er is slechts een spaarzame verwijzing naar de nadelen, die verdere of verkeerd geplande rationalisering kan opleveren voor de justitiabelen (toegankelijkheid, begrijpelijkheid, vervreemding van het 'apparaat'). En – mijn voornaamste punt – er is geen enkele verwijzing naar de taak van het recht en de rechtspleging om de nadelen van de reeds vergevorderde rationalisering in andere sectoren van de samenleving op te vangen. Om het scherp te formuleren: juist als in vele sectoren van de samenleving individuen en groepen in een grotere afhankelijkheidspositie zijn komen te verkeren als gevolg van de bureaucratisering en rationalisering, zou juist het recht en de rechtspleging de taak op zich moeten nemen een *tegenwicht* te gaan bieden tegen deze ontwikkelingen ten behoeve van de te beschermen justitiabelen. Het gaat hier om de vraag: rationalisering ten behoeve van wie? Tegenover een bestaand rationeel apparaat van vele privaatrechtelijke en publiekrechtelijke organisaties valt de afwezigheid van rationele en effectieve organisaties ten behoeve van individuele personen wat schril op (bijv. op het gebied van de rechtshulp). De verhouding individu versus organisatie is een belangrijk aspect dat aan de orde moet komen voordat een verdere rationalisering wordt geëntameerd.

Ik kom hiermee tot de conclusie dat de noodzaak tot rationalisering te eenzijdig, nl. alleen vanuit de behoefte van de organisatie(s) wordt bekeken; dat dit proces ook vanuit het perspectief van de burgers bekeken zal moeten worden; en dat verhoging van effectiviteit van de rechtspleging slechts dan doorgevoerd mag worden als daar tevens een verhoging van efficiency en effectiviteit van rechtsbescherming en rechtshulp tegenover gesteld wordt. Gebeurt dit niet dan is de kans niet denkbeeldig dat de reorganisatie van de rechtspleging uitsluitend het antwoord wordt op een zeer selecte

greep uit de 'maatschappelijke ontwikkelingen', en dat precies die ontwikkeling gesteund wordt die het meeste voordeel biedt aan de maatschappelijke sterksten. Want het verdient weinig betoog dat de ongelijkheid tussen individu en organisatie de moderne verschijningsvorm van maatschappelijke ongelijkheid is geworden. Gecombineerd met de ongelijkheid tussen geïnformeerden en niet-geïnformeerden, bezitters van kennis, vaardigheden en diploma's en de niet-bezitters, levert dit een probleemgebied op waar de Staatscommissie zich in ieder geval over zal moeten buigen. Sociologisch inzicht in ontwikkelingen in de samenleving op makroschaal is dus harder nodig dan sociologisch inzicht in het hoe van reorganisatieprocessen. Het laatste zonder het eerste levert de hervorming van de rechtspleging uit aan de blinde wet van maatschappelijke machtsverhoudingen en leidt op lange termijn tot ondermijning van het gezag van het recht. Laat ik dit met een voorbeeld verduidelijken. In het rapport van de Commissie Wiersma wordt melding gemaakt van de wenselijkheid van de instelling van small claim courts. Small claim courts werden in Engeland en de Verenigde Staten ingesteld met de uitdrukkelijke *bedoeling* de weg van de gewone burgers naar de rechtspraak te vergemakkelijken. De *uitwerking* van dit instituut bleek alras een geheel andere te zijn nl. een zeer efficiënte manier voor *zeer efficiënt* ingerichte (gerationaliseerde!) grote verkooporganisaties om via dit instituut hun achterstallige betalingen van burgers te innen. (8) Met andere woorden: rationalisering van het rechtsbedrijf speelt in de kaart van de reeds gerationaliseerde organisaties, indien daar geen rationalisering van de belangen van de afhankelijke posities tegenover wordt gesteld.

Handhaving van de fictie dat natuurlijke personen en rechtspersonen in het proces gelijke partijen zijn, leidt tot een bevoordeling van de maatschappelijk sterkste. Dit heeft op velerlei gebied zeer onwenselijke gevolgen. (9) Een scheiding van zaken ad rem en ad personem zal gecombineerd moeten worden met een scheiding van processen waarbij natuurlijke personen tegen natuurlijke personen, rechtspersonen tegen rechtspersonen en rechtspersonen tegen na-

(8) Zie hiervoor: D. Caplowitz, *Consumers in trouble*, New York, 1974 en *Small claim study group*, Little injustices, Cambridge, 1972.

(9) Men hoeft hier niet alleen te denken aan maatschappelijk gedepriveerden. Ook de positie van een cliënt t.o.v. een bankinstelling kan leiden tot het afzien van een procedure, zelfs als alle grond hiervoor aanwezig zou zijn e.d.

tuurlijke personen procederen. Vooral in de laatste categorie zouden andere processuele regels geformuleerd kunnen worden.

De opmerking in het rapport van de Commissie Wiersma, dat specialisatie van de rechtspraak het evenwicht met een zich specialiserende balie zal herstellen komt nu ook in een ander licht te staan. De specialisatie in de balie is zelf het antwoord op het proces van rationalisering in andere sectoren van de samenleving, met name in het bedrijfsleven. Aanpassing aan dit proces vergroot de macht van de sociale en economisch machtigste organisaties en groepen. Zo'n aanpassing creëert dus vele nieuwe problemen voor de komende tien jaar (vervreemding, verzet tegen organisaties, irrationele antwoorden op onbegrepen rationalisering of op te grote machteloosheid jegens organisaties). Daarnaast heeft Abel (10) in zijn algemene theorie van de relatie tussen rechtspraak en samenleving gesignaleerd dat een grotere specialisatie van rechtspraak de relatie met andere instituties en de verdere samenleving *verkleint*. Dit geeft ons de kans om een relatie te leggen tussen de twee in het Wiersma-rapport centraal gestelde thema's: rationalisering en de betere weerspiegeling van de samenleving in de rechtspraak. Het zou wel eens kunnen zijn dat deze twee doelen niet onafhankelijk van elkaar kunnen worden beoogd, dat beide thema's tot andere, soms contradictoire, maatregelen en hervormingen leiden. Dat eenzijdige specialisatie ten koste gaat van de weerspiegeling van de samenleving in de rechtspraak. Ook hier is meer inzicht in de makro-samenhangen tussen verschijnselen in de samenleving noodzakelijk.

Het voorgaande leidt onontkoombaar tot een aanbeveling om in de hervormingsarbeid van de Staatscommissie wél aandacht te besteden aan de onderlinge verhouding rechtspraak-samenleving. Voor zo'n aanpak pleiten tenslotte nog een tweetal andere verschijnselen. Onze (westerse) samenlevingen ondergaan langzaam maar zeker een verandering in waardenoriëntatie. In de aard van de sociale relaties is een verschuiving merkbaar die gaat van zeer specifiek geformuleerde relaties naar meervoudig, breed geformuleerde relaties, van niet-duurzame, kortstondige naar duurzame relaties, van niet affectieve naar meer affectieve relaties, ook op die gebieden waar voorheen de 'zakelijke' aard domineerde. Verandering in de aard

(10) R. L. Abel, A comparative theory of dispute institutions in society, in: *Law and Society Review*, Vol. 8, nr. 2, Winter 1974, p. 250-347, op p. 291.

van de sociale relaties (11) kan belangrijke gevolgen hebben voor de aard van de conflictregulerende instanties. Er zijn andere functionarissen nodig die andere eigenschappen bezitten. Voor sommige relaties is een minder gebureaucratiseerde instantie wenselijk. Een algemene theorie zal de invloed van de veranderingen in sociale relaties (sociale structuur) op de behoefte aan bepaalde conflictregulerende instanties moeten nagaan.

Er is een toenemende behoefte aan en noodzaak van de-centralisering, de-specialisatie, de-hiërarchisering, schaalverkleining, grotere gelijkheid te constateren. De-centralisering en schaalverkleining zou tot aanbevelingen leiden die lijnrecht staan tegenover een ontwikkeling naar schaalvergroting in de rechtspleging (bijv. samenvoegingen). Kleine samenlevingsverbanden vragen meer om een quasi-tribale conflictoplossing en niet om een metropolistieke conflictoplossing. Onderzoek naar de wenselijkheid van dergelijke quasi-tribale conflictoplossingen, bijv. bemiddeling (overigens zonder een romantische verheerlijking hiervan) zou in de hervormingsarbeid betrokken moeten worden.

Tenslotte leidt een voortschrijdende specialisatie en rationalisering tot het opkomen van een nieuw specialisme, nl. de generalist. Aan de behoefte aan generaliserende instanties (men denke aan de opkomst en het succes van de wetswinkels) gaat het Commissierapport voorbij.

Mijn slotconclusie naar aanleiding van het rapport van de Commissie Wiersma luidt dat er wel degelijk aandacht geschonken moet worden aan een algemene theorie over de rol van de rechterlijke macht in de samenleving. In de rechtssociologie is een eerste ordenende poging ondernomen door Abel. (12) Hij probeert een makro-analyse te koppelen aan een analyse van het rechtsproces. In Nederland is de belangrijkste aanzet tot een theorie van de rechterlijke macht gegeven door Ter Heide. (13)

In samenhang met deze twee geschriften zal zo'n algemene theorie van de rol van de rechter in de samenleving aandacht moeten besteden aan:

(11) De aard van de sociale relaties, de frequentie en intensiteit van die relaties worden in de sociologie met één term samengevat, nl. 'sociale structuur'.

(12) Zie voetnoot 10.

(13) J. ter Heide, *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht*, oratie Rotterdam, 1970.

1. De relatie tussen structuren in de samenleving en de ontwikkeling van conflict-regulerende instanties (makro-theorie).
 2. De relatie tussen deze ontwikkeling van instanties en de organisatie van het apparaat (samenstelling, selectie, opleiding) (meso-theorie).
 3. De relatie tussen organisatie en rechtsproces (mikro-theorie).
- In dit preadvies zal ik beginnenderwijs deze drie relaties aan de orde stellen, de makro-problematiek komt aan de orde in par. 2, de mikro-problematiek in par. 3, terwijl de meso-problematiek kort in par. 4 ter sprake komt.

Anders dan de Commissie Wiersma ben ik van mening dat van een bezinning op de functie en rol van de rechter wel concrete resultaten verwacht mogen worden – zelfs op korte termijn. Want zoals ik hopelijk in deze paragraaf reeds heb aangeduid leidt een oppervlakkige of summiere bezinning erop tot een eenzijdige selectie uit het bodemloze vat der ‘maatschappelijke ontwikkelingen’. Die ‘maatschappelijke ontwikkelingen’ dienen dan slechts tot rechtvaardigingsgrond van maatregelen die al te onbewust worden ingegeven door al te onbewust gebleven maatschappelijke belangen van dominante groepen en organisaties. Dit leidt tot eenzijdigheid, hetgeen juist geen kenmerk van het recht behoort te zijn.

PAR. 2. RECHTSPRAAK IN EEN DEMOCRATISCHE SAMENLEVING

Bij de analyse van de rol van de rechtspraak en de rechterlijke macht in de samenleving stel ik mij op een normatief uitgangspunt: de democratische rechtsstaat. Het gaat om de plaats van de rechter binnen een politieke gemeenschap die zich in de loop der tijd ontwikkeld heeft tot een rechtsstaat en om de plaats van de rechter ten opzichte van die ontwikkelingen in de sociale en economische verhoudingen van deze tijd, die afbreuk dreigen te doen aan de handhaving én uitbouw van zo'n rechtsstaat. Dit normatieve uitgangspunt is een politieke keuze. Het is onvermijdelijk om bij de discussie over vorming en hervorming van de rechterlijke macht de grondslagen van de moderne staat en de verschillende opvattingen hierover te betrekken. Een eventueel verwijt dat hierbij recht en politiek met elkaar in verband gebracht worden, (terwijl deze in de opvatting van vele juristen ‘niets’ met elkaar te maken hebben) is

slechts een teken hoezeer een discussie over de betrekking tussen recht en politiek binnen de juristerij noodzakelijk is. Zo'n verwijt immers is een demonstratie van het feit dat men vermoedelijk nooit over deze relatie heeft gereflecteerd of heeft willen reflecteren, misschien van het feit dat men daardoor het onderscheid tussen politieke grondslagen van een gemeenschap én praktische politiek uit het oog verloren heeft. Ik doe in dit preadvies aan politiek en politiek heeft voor mij geen angstig makende klank.

Er zijn verschillende betekenissen van de term 'politiek', van de term 'democratie' en zelfs van de term 'rechtsstaat'. Een verduidelijking van de term rechtsstaat – in de angelsaksische term 'rule of law' – kan de positiebepaling van de rechterlijke macht vergemakkelijken. Ik hanteer hiervoor een begrippenschema ontleend aan de duitse jurist-politicoloog Fraenkel. (14) Hij stelt vier vragen die elk ruwweg op tweeërlei wijze kunnen worden beantwoord. Hoe wordt in een bepaalde gemeenschap (a) het machtssysteem gelegitimeerd, (b) de samenleving gestructureerd, (c) het politiek systeem georganiseerd, (d) het rechtssysteem gegarandeerd?

Geven we op elk van deze vier vragen globaliserende antwoorden dan krijgt men het volgende schema:

- | | |
|--|--|
| a. legitimering van het machtssysteem: | autonoom – heteronoom |
| b. structurering v.d. samenleving | : heterogeen – homogeen |
| c. organisatie v.h. politiek systeem | : pluralistisch – monistisch |
| d. functioneren v.h. rechtssysteem | : regulatief/garantie schepend – instrumenteel |

Het verschil tussen een autonoom en een heteronoom gelegitimeerde democratie ziet Fraenkel in de benadering van de volkswil en het algemeen belang. Bij een autonoom gelegitimeerde democratie wordt de volkswil empirisch opgevat, bij een heteronoom gelegitimeerde democratie wordt deze deductief geconstrueerd.

'Die heteronom legitimierte Demokratie geht von der Existenz eines vorgegebenes objektiv erkennbaren bonum commune aus und setzt sich die Aufgabe einen consensus omnium zwecks Realisierung des bonum commune zu Erziehen. Nach der Theorie der heteronom legitimierten Demokratie bedeutet Volksherrschaft dass das Volk objektiv will, was Objektiv im Einklang mit dem vorgegebene

(14) E. Fraenkel, *Strukturanalyse der modernen Demokratie*, (1970) in: E. Fraenkel, *Reformismus und Pluralismus*, Hamburg, 1973, p. 404-433.

bonum commune steht, und dass der Volkswille nur insoweit respektiert wird, als er der Verwirklichung des Gemeinwohls zu dienen geeignet ist.' (15)

De heteronoom gelegitimeerde macht heeft in het algemeen talloze varianten gekend in de loop van de geschiedenis. Men vindt hem terug in een bovennatuurlijke natuurrechtsleer, in een conservatieve maatschappijbeschouwing à la Burke, die uitgaat van de samenleving als een gegeven harmonische orde, in de Rousseauaanse opvatting van democratie, in het regiem van Robespierre, in Hegelianisme, in marxisme en in fascisme. Als correlaat van deze heteronome legitimering vindt men meestal een homogene structurering van de samenleving. Een 'ideale' samenleving is die, waarbij allen in één God geloven, één doel nastreven, in harmonie en zonder conflict samen werken en waarbij afwijkend gedrag en afwijkende meningen niet voorkomen tenzij als een aantasting van de orde. Een samenleving waar iedereen zich te richten heeft op en te houden heeft aan de 'objectieve' normen. Bij sommige varianten van de heteronoom gelegitimeerde macht zijn vrije onafhankelijke organisaties, die in de zone tussen staat en individu opereren ongewenst. Er is dan geen plaats voor een vrije vakbeweging, meerdere politieke partijen, vrijwillige acties en actiegroepen, particulier initiatief in velerlei vormen op velerlei terrein. De rol van het recht wordt tenslotte voornamelijk instrumenteel opgevat: handhaving van de bestaande of gewenste orde en legitimering van de bestaande machthebbers en machtsuitoefening.

Fraenkel merkt cynisch op:

'Bei einer Diskrepanz zwischen den Normen des positivgesetzten Recht und den aus dem Missionauftrag abgeleiteten Geboten der materialen "Gerechtigkeit" muss in jeder heteronoom legitimierten politischen Ordnung die formale Rationalität des Rechts gegenüber dessen materialen Rationalität zurücktreten. *Noch niemals ist ein heteronoom legitimierten Staat über Paragraphen gestolpert*'. (mijn cursivering) (16)

Een democratische rechtsstaat streeft naar een autonoom gelegitimeerd machtsysteem ('de sociale orde is een door mensen gemaakte en te maken orde') in combinatie met een heterogeen samengestelde samenleving en een pluralistisch georganiseerd politiek systeem.

(15) Op. cit., p. 414.

(16) Op. cit., p. 431.

De rol van het recht is regulatief en schept garanties voor individu en groep. Ik baseer mijn analyse van de rol van rechtspraak op deze opvatting van rechtsstaat. (17)

Het schema van Fraenkel stelt ons in staat enkele fundamentele problemen voor het functioneren van onze rechterlijke macht in onze huidige samenleving te ontdekken en te formuleren. Onze samenleving is steeds meer heterogeen en pluralistisch geworden, al wordt deze pluraliteit steeds weer en steeds meer bedreigd door monopolievorming in het economische leven. Ons politieke systeem is ook pluralistisch opgebouwd. Het is echter mijn vermoeden – een vermoeden dat in de vorm van een hypothese wetenschappelijk door onderzoek zal moeten worden bevestigd – dat het merendeel van de leden van de rechterlijke macht in hun waardenoriëntaties sterk gericht is op een heteronome staat, op een homogene samenleving en een daarmee corresponderende instrumentele opvatting van de rol van het recht. Een door traditie gekenmerkte en met een aristocratisch-conservatief-liberale maatschappijopvatting opererende rechterlijke macht zal op deze wijze moeite hebben met de eisen die de na-oorlogse rechtsstaatconceptie aan haar stelt. Zij zijn gesteld op orde, op een traditionele hiërarchische standenstaat, op aanpassing en juist niet op conflict, afwijkend gedrag en een voortschrijdende invloed van maatschappelijke groeperingen die voordien (bijv. voor 1917) niet aan de politieke besluitvorming deelnamen, dus op verdere democratisering en egalitaire tendenties. (18) De te signaleren discrepantie tussen de waardenoriëntatie van het merendeel van de leden van de rechterlijke macht en de grondslagen van de moderne democratie kan velerlei oorzaken hebben (bijv. van historische aard of door de watervrees voor 'politieke' discussies, waardoor men de discrepantie niet bewust wordt). Vast staat echter dat als zo'n discrepantie grote vormen aanneemt de rol van de rechterlijke macht bij de garanderen en handhaving van de democratische rechtsstaat in de komende decennia problemen zal opleveren. Politieke bewustwording van de grondslagen van onze

(17) In mijn dissertatie heb ik een nauw verwante opvatting van een pluralistische sociale orde ontwikkeld, waarin de filosofische en sociologische fundering te vinden is in hoofdstuk 1 en 2. Voor de rol van het recht zie hoofdstuk 5. C. J. M. Schuyt, *Recht, Orde en Burgerlijke Ongehoorzaamheid*, Rotterdam, 1972.

(18) Deze kenmerken zijn voor Nederland nog niet wetenschappelijk aangetoond. Het veelvuldige onderzoek van de Duitse rechterlijke macht wijst echter geheel in deze richting.

samenleving en staat is het minste dat dan moet geschieden, terwijl verandering in samenstelling van de rechterlijke macht er eveneens mee te maken heeft.

Nu zal mij ongetwijfeld tegengeworpen worden dat zeker alle leden van de rechterlijke macht de beginselen van de rechtsstaat van harte onderschrijven en zullen willen handhaven. Ik twijfel daar ook niet aan, maar het probleem is juist of men voldoende wil reflecteren op de politieke dimensies van dat mooie begrip 'rechtsstaat' en of men de problematiek van de rechtsstaat wil zien in relatie met de actuele, sociale, politieke en economische ontwikkelingen van onze tijd. Met andere woorden of men de politieke én ethische dimensie van het ogenschijnlijk zo neutrale en vriendelijke woordje 'rechtsstaat' wil erkennen en daarmee impliciet de politieke en ethische dimensie van het rechtersambt.

Een stellingname in concrete politieke kwesties, die de laatste jaren via rechtsvragen in de rechtszaal voor de rechter gekomen zijn, is afhankelijk van een bepaalde opvatting over de grondslagen van de rechtsstaat en de ontwikkeling daarvan. Het merendeel van de rechters is voor de handhaving van de *liberale* rechtsstaat op een moment dat de politieke en economische structuur van de samenleving alle aanleiding geeft voor een handhaving van een *sociale* rechtsstaat. Het merendeel van de rechters is zich meer bewust van de voordelen van een *laissez-faire* filosofie dan van de nadelen (die werden vroeger ook niet gedoocerd). Ze zijn zich slechts vagelijk bewust van de veranderingen in de sociale structuur, die op geen enkele wijze meer beantwoorden aan de optimale condities, waaronder een liberale rechtsstaat kan fungeren.

'Wie hoch man auch immer das Verdienst einschätzen mag das der liberale Rechtsstaat des 19. Jahrhunderts sich im Kampf gegen fürstliche Willkur und bürokratischen Absolutismus erworben hat, sollte man doch nicht verkennen, dass er, weil er sich einer individualistischen Gesellschaftsphilosophie verschrieben hatte, an der "sozialen Fragen" scheitern musste und tatsächlich auch weitgehend gescheitert ist'. (19)

De gevaren van een totale staat met zijn inwendige dynamiek naar een homogene samenleving komen tegenwoordig niet meer alleen uit de extreem rechtse of extreem linkse hoek, maar ook van de 'ge-nuanceerde' handhaving van de realistische kans op monopolie-

(19) Fraenkel, op. cit., p. 433.

vorming op economisch, politiek en cultureel gebied. Bescherming van individu en minderheidsgroep – en dit is de uiteindelijke doelstelling van elke rechtsstaat – vragen in de moderne industriële samenleving om maatregelen die de macht van grote organisaties, waaronder de staat zelf, aan scherpere controle, aan scherpere maat en regel onderwerpen. Op het moment dat het merendeel van de leden van de rechterlijke macht tot de ontdekking komt dat het gaat om de keuze tussen socialisme of kapitalisme, is de ontwikkeling in de samenleving al weer verder voortgeschreden en wordt de keuze die tussen pluralisme en totalitarisme, op efficiënte manier ‘gemanaged’ door economische monopolies, gesteund door een op subtiële wijze geleide politieke opinie en publieke emotie.

‘Im Gegensatz zu dem Rechtsstaatsdenken der Vergangenheit, das sich damit begnügte, einen Rechtsschutz gegen bereits erfolgte Beeinträchtigungen der Individuellen Freiheits-sphäre zu gewähren, setzt sich das Rechtsstaatsdenken der Gegenwart die zusätzliche Aufgabe prophylaktisch die Entstehung politischer, wirtschaftlicher und ins besondere sozialer Bedingungen zu verhüten aus denen eine Gefährdung rechtsstaatlicher Prinzipien zu erwachsen vermag’. (19)

Als men de rechter de taak toebedeelt om de garanties van vrijheid en gelijkheid aan individuen en groepen in een rechtsstaat te geven, te handhaven en te effectueren, dan vraagt deze taak een waardenoriëntering van de rechterlijke macht, die in de richting van een sociale rechtsstaat gaat en die niet door traditionele – aristocratische – confessionele belangen en waarden wordt overstemd.

Mijn conclusie uit het voorgaande is de wens dat een reorganisatie van de rechterlijke organisatie en rechterlijke macht gebaseerd zal worden op een theorie van de pluralistisch opgevatte democratische rechtsstaat en op een analyse van de voornaamste problemen van deze democratie.

Zoals bijv.:

- de aanwezigheid en ontwikkeling van machtsconcentraties, die de premissen van gelijke kansen voor autonome groepen, organisaties en individuen verhinderen; een ontwikkeling naar een door statelijke en economische bureaucratische geleide totale staat;
- de geringer wordende mogelijkheden voor autonome groepen en

(19) Fraenkel, op. cit., p. 433.

- organisaties op te treden tegen en te reageren op dergelijke concentraties (consumentenbescherming, milieubescherming, actiegroepen en particulier initiatief, vrijheid van meningsuiting, meningsvorming en drukpers etc.);
- de lethargie en apathie die ontstaat ten gevolge van de automatisering van het individu door een primair op consumptie gerichte maatschappij;
 - de mogelijkheid van een neo-fascistische reactie op de uit erkenning van plurale belangen blijvend bestaande politieke meningsverschillen; een reactie die nu anders dan in de jaren 30 zowel van rechts als van links kan komen;
 - isolering van de burger door massa-media en de daardoor ontstane afname van wapening tegen de tendenties in de richting van de totale staat; identiteitsverlies bij vele burgers, dat uitloopt op een gemakkelijke her-identificatie met de sterke arm van een sterke man.

Een concretisering van deze wens leidt echter tot geheel andere prioriteiten dan degene, die in het rapport van de Commissie Wiersma zijn geformuleerd.

Tenslotte ben ik nu na deze 'politieke' analyse beter in staat inhoud te geven aan de taken die de rechter in een democratie zou moeten vervullen.

2.1. Welke taken heeft de rechter?

De weg naar een sociale rechtsstaat is smal en lang, niet gemakkelijk vergeleken met vele andere varianten van politiek en juridisch denken. Het willen bewandelen van deze weg vereist een bepaalde attitude, die niet wordt ontwikkeld in een heersend klimaat van natuurrechtsdenken of rechtspositivisme.

Er is een belangrijke parallel te trekken tussen natuurrecht en rechtspositivisme. Beide gaan uit van een scherpe scheiding tussen macht en recht, waarbij het recht – en de rechter in het bijzonder – zich moet onthouden van inmenging in de zaken die tot het terrein van de politieke machthebbers behoort. Het domein van de politiek en het domein van het recht overlappen elkaar niet. Het recht wordt gezien als 'something out there', een gegeven systeem. De taak van de rechter en juristen wordt dan voornamelijk het logisch

ordenen van dit systeem en de innerlijke tegenstrijdigheden op te sporen. Het leidt tot de ontwikkeling van een juridische dogmatiek. Tegenover de irrationele wereld van politieke krachten wordt de rationele wereld van het recht gesteld. In een studie over het legalisme formuleert Judith Shklar de overeenkomst tussen natuurrecht en rechtspositivisme als volgt:

'To subdue this irrational political world it becomes all the more necessary to insist on a policy of uncompromising rules and rulefollowing. Either rules for their own protection must be magically lifted out of politics or society itself must be made safe for justice by imposing a unity upon it, which will make possible a consistent policy of justice according to universally accepted rules. The first is the positivist program, the second that of natural law'. (20)

Beide opvattingen, die naar mijn vermoeden nog sterk vertegenwoordigd zijn in het nederlandse rechtsdenken en in de rechterlijke macht, komen in moeilijkheden, wanneer zij geconfronteerd worden met een pluralistische samenleving, met pluralistische waardenstelsels en met een op die verschillende waardenstelsels gebaseerd maatschappelijk handelen. De aanhangers van een natuurrechtsleer kunnen niet meer hun universeel gedachte normen opleggen aan 'andersdenkenden', hun dogma's worden niet meer algemeen aanvaard. De aanhangers van het absolute rechtspositivisme lopen immer het gevaar het recht uit te leveren aan de meest biedende op de economische, politieke of morele markt, terwijl ook het bevel is bevel niet meer algemeen wordt aanvaard.

De rol van het recht en die van de rechter zal nu gevonden moeten worden via de smalle poort, die ligt tussen dogma en bevel, tussen universele moraal en absolute macht.

In feite komt dit neer op een belangrijke verandering in de waardenoriëntering van leden van de rechterlijke macht en van juristen in het algemeen. De verandering zou ik schematisch kunnen aangeven in de taakstelling van de rechter in een sociale rechtsstaat. Die taak is niet primair gelegen in *orde*handhaving, maar in *rechts*handhaving. Recht en orde fungeren hier als heuristische tegenpolen van elkaar, hoewel ik elders (21) gewezen heb op de makro-

(20) J. Shklar, *Legalism, an essay on law, morals and politics*, Cambridge, 1964, p. 123.

(21) C. J. M. Schuyt, op. cit., p. 168-172.

sociale samenhangen die er niettemin blijven bestaan tussen sociale orde en rechtsontwikkeling.

Nu kan men terecht opmerken dat de taak van de rechter vooral bestaat in het geven van aanvaardbare oplossingen in conflictsituaties (22), maar deze activiteit kan zelf worden opgenomen in een bepaalde filosofie of waardenoriëntering. De *manier waarop* conflicten worden beslecht staat ter descretie van de rechter, die zich hierbij meer of minder vrij kan opstellen, zich meer of minder dienstbaar kan maken aan de handhaving van orde, zoals die door bepaalde machthebbers wordt gedefinieerd. Zijn rechtsopvatting speelt hierbij een belangrijke rol. Ziet men recht als een *neerslag van macht* en scheidt men tegelijkertijd het domein van het recht en het domein van de politieke macht, dan staat de rechterlijke conflictbeslechting in het teken van handhaving van die abstracte politieke macht. Ziet men recht als een verwerking van een universele bovennatuurlijke moraal, die op aarde door dienaren wordt vertegenwoordigd, dan staat de rechterlijke conflictbeslechting in het teken van handhaving van die positieve moraal. We zien hier een koppeling van een instrumentele rechtsopvatting met een heteronoom bepaald waardenstelsel. Ziet men daarentegen het recht primair als *regeling van machtsverhoudingen* en als reductie van willekeur in de samenleving, dan staat de rechterlijke conflictbeslechting in het teken van een regulering van de conflictsituatie, zonder al te zeer op de inhoud van het conflict, op de inhoud van de macht of de moraal in te gaan.

Daarnaast zal de rechter een grens stellen aan de uitoefening van willekeur. Het gaat mij dus niet eens zozeer om de maatschappijopvatting van de rechter, maar juist om zijn rechtsopvatting. Uiteraard kunnen beide met elkaar verbonden zijn. Een rechtspositivistische opvatting van recht als neerslag van macht werkt in het voordeel van degene die op dat moment de macht in handen hebben. Zo paste een streng legisme sterk bij de rechtspraak in het Duitsland van 1871-1918. De belangen van de heersende en bezittende klasse werden hierdoor gediend. (23)

De moeilijkheden ontstonden toen er na 1918 verschuivingen optraden in de maatschappelijke machtsverhoudingen. Rechters werden nu geconfronteerd met wetten die niet de belangen van de be-

(22) G. E. Langemeijer, *De taak van de Rechter*, in: *Taak en opleiding van de magistraat*, Gent, 1973, p. 8.

(23) Max Weber, *Law in Economy and society*, ed. by M. Rheinstein, 1954.

zittende klassen dienden en zij moesten die toepassen. Men kan zich moeilijk identificeren met deze nieuwe machtsgroepen en dit resulteerde in een onafzienbare reeks van rechtsverkrachtingen. (24) De leer van het legisme werd hiervoor verlaten. Nu onze huidige samenleving een aantal kenmerken vertoont die grote gelijkenis hebben met kenmerken van de Weimarrepubliek, is kennisname van de rol en de positie van de rechterlijke macht aldaar geen overbodige bezigheid voor onze eigen plaatsbepaling en taakstelling van de rechter.

Het tragische van een aristocratisch samengestelde en conservatief ingestelde rechterlijke macht is geweest dat zij uiteindelijk liever hun diensten aanboden aan een anti-aristocratische, maar autocratische en de belangen van de bezittende klasse sparende Führer-opkomst, dan dat zij de pasverworven grondslagen van een democratische staatsvorm beschermden. De bijkomende voordelen van deze dienstverlening bestonden in de verzekering van 'rust en orde', de vervolging van minderwaardige groepen en a-socialen, 'socialisten', en het bevorderen van het nationale gevoel. Onder het gezag van de rechterlijke macht kon er een koppeling ontstaan van de zakelijke en politieke belangen van een anti-democratische elite met de emoties van een angstige, en onzeker geworden massa. De emoties van velen werden aangewend voor de belangen van weinigen.

De conclusie uit zo'n blamerende episode uit het verleden van de rechterlijke macht in Duitsland is niet de suggestie dat zo iets ook hier zou kunnen gebeuren. – Hoewel de geneigdheid bij het merendeel van de rechters om mee te denken en mee te werken aan een sociaal-democratisch pakket van sociale veranderingen ten behoeve van groepen die voordien weinig maatschappelijke invloed hebben gehad, niet erg groot lijkt (25), is het niet te voorspellen hoe de reactie van de rechterlijke macht zal zijn bij voortschrijdende veranderingen. Ik zou hier tentatief enkele algemene hypothesen willen for-

(24) Zie hiervoor o.a. H. Sinzheimer en E. Fraenkel, *Die Justiz in der Weimarer Republik*, Neuwied und Berlin 1968; het boek geeft een van maand tot maand gevolgde beschrijving van de koortsverhoging van de justitie in de periode okt. 1925-febr. 1933. Voorts: R. Wasserman, *Der politische Richter*, hoofdstuk 5, München 1972, H. en E. Hannover, *Politische Justiz 1918-1933*, Frankfurt 1960. E. Fraenkel, *Zum Soziologie der Klassenjustiz*, 1927. W. Rosenbaum, *Naturrecht und positives Recht*, Darmstadt, 1972, p. 64-72.

(25) Zie ook T. Koopmans, De rol van de wetgever in: *Honderd jaar rechtsleven*, Zwolle, 1970, p. 225.

muleren: zolang de rechters zich met een bestaande orde kunnen identificeren, geeft hun georiënteerdheid op ordehandhaving geen probleem. Een streng legisme is hier te verwachten. Zodra bij veranderingen in de politieke orde (bijv. van liberaal-confessioneel naar socialistisch-sociaal-democratisch) de rechters zich blijven oriënteren op en blijven uitzien naar het hun vertrouwde beeld van (vroegere) orde, ontstaan er wel problemen. Vrijere rechtsvinding zal te verwachten zijn alsmede steun aan restauratieve maatschappelijke krachten, zelfs als dit tegen beginselen van de rechtsstaat zal ingaan. (Vergelijk de snelle erkenning van de junta door de Hoge Raad in Chili na september 1973).

In zo'n geval zullen rechters komen te verkeren in een situatie waarin nu degenen verkeren, die zich niet met de bestaande orde kunnen verenigen. Deze laatsten – eveneens opererend met een rechtsopvatting van recht-als-neerslag-van-macht, verwijten de rechter vaak formalisme en streng legisme. Ze zijn meestal voor vrijere rechtsvinding. Mijn conclusie is nu dat een opvatting van recht-als-neerslag-van-macht een onvruchtbaar uitgangspunt is voor de taakformulering van de rechter. Want zo'n opvatting leidt tot establishment justitie voor en door degenen, die aan de goede kant van de macht zitten en tot (een roep om) anti-establishment justitie voor en door degenen die aan de andere kant zitten. Het recht wordt dan conflictverscherpend, voornamelijk tengevolge van een te enge en te angstige rechtsopvatting, waarin recht niets of alles met politiek te maken heeft. Reflectie op de band tussen macht en recht, tussen recht en politiek, maakt het probleem beter bespreekbaar en kan tot een afbakening van beide komen, die niet het recht uitlevert aan de politieke machtsstrijd van het moment.

Men zou kunnen zeggen dat de Rechterlijke Macht in de Weimar republiek uit was op ordehandhaving. Het abstracte begrip 'orde' heeft het aantrekkelijke voordeel dat iedereen zijn eigen betekenis er in kan leggen. Ordehandhaving in de Weimarrepubliek betekende derhalve niet de eerbiediging van de nieuwe constitutie of nieuwe wettelijke maatregelen, maar bemoeilijking van de sociaal-democratische partijen en socialistische burgers om een programma van sociale verandering uit te voeren in de hoop dat hierdoor de vooroorlogse orde zou kunnen worden hersteld.

Handhaving van orde in abstracto komt meestal neer op handhaving van de door mij of onze groep gewenste orde in concreto. Ordehandhaving als leidraad bij de vaststelling van de taak van de

rechter lijkt me dan ook een riskante zaak. Het leidt tot dienstbetoon aan macht en moraal, terwijl naar mijn rechtsopvatting het recht in elk geval blijvende schuilplaatsen moet garanderen tegen oppressief wordende macht en moraal. Het recht neemt een zekere distantie van macht en moraal door een autonome waardeoriëntering te kiezen; handhaving van de fundamentele beginselen van rechtspleging en rechtsstaat.

Deze autonome waardeoriëntering leidt tot een meer formele omschrijving van de taak van de rechter in onze samenleving en tot een vloeiender benadering van de relatie tussen macht en recht. Recht staat vaak op gespannen voet met macht. Machthebbers worden via het recht gebonden aan beginselen en regels, die hun macht beperken of hun machtsuitoefening aan voorwaarden binden. Rechters moeten de durf hebben voldoende afstand te nemen van heersende machten en heersende moraal. Hiertoe is een te grote identificatie met bepaalde machthebbers of machtnastrevende groepen en een te grote zorg voor maatschappelijke orde een beletsel (zie Weimar en de Hoge Raad in Chili). Handhaving van orde kan men rustig aan machthebbers en moralisten overlaten. De bescherming tegen hen is juist een van de primaire taken van de rechterlijke macht, omdat deze bescherming in preciaire situaties meestal weinig politieke steun ondervindt. De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht lijkt me slechts op deze taakstelling te funderen. Ik zal nu proberen iets concreter te omschrijven wat onder rechtshandhaving door de rechter zou kunnen worden verstaan: Het is meer dan rechtsbescherming. Er zal ook onder kunnen worden begrepen het meewerken aan en vormgeven aan de instandhouding van een juridische cultuur binnen de samenleving (dus niet als een eilandje buiten de samenleving). Het komt er op aan dat, bij een erkenning van het conflict als maatschappelijk verschijnsel, regels en beginselen ontwikkeld worden die het conflict bespreekbaar maken voor *beide* partijen (en niet slechts voor een dominante partij) en tevens een regulatieve kracht bezitten die het conflict niet tot gewelddadige en niet-rationele proporties laat uitgroeien.

Op deze wijze draagt het recht bij tot geweldloze conflictregulering in de samenleving. Een rechtsconflict is het voeren van een belangenstrijd met niet aan de politiek ontleende middelen. Recht transformeert maatschappelijke en politieke machtsverhoudingen op een bepaalde, specifieke wijze. Het conflict wordt van een botte confrontatie van tegengestelde belangen getransformeerd in een aan

regels gebonden situatie van spraak en tegenspraak, wederzijdse kritiek en controverse. Het is een objectivering van de strijd tussen subjectieve belangen in een raamwerk van rechtsbegrippen en rechtsbeginselen. Het is een onderdeel van een continu proces van rechtsontwikkeling. (26)

Nonet, die een uiterst verhelderend artikel geschreven heeft over de relatie tussen recht en politiek (27), omschrijft de rol van rechtspraak, die gekoppeld wordt aan een verdere ontwikkeling van de juridische tegenspraak, als volgt:

'What has qualified legal criticism as a tool for concerted action is its special competence to gear the law to the demands and experience of affected persons. It confers on legal institutions a sensitivity to problems and opportunities that they might never acquire if they were to depend on legal scholarship or on pronouncements from hierarchical authority as their main source of development. Law then becomes a politically effective instrument. It permeates the practical world, is used in day-to-day problem solving and constitutes both resource and target for a continuing process of change. Legal institutions are thereby rooted in society, not only in the theoretical ways but through an institutionalized process of dialogue and interaction. Although this political use of legal criticism may create special strains for the legal order, it also fosters the growth of a deeper commitment on the part of the citizen to the institutions and the special mode of government that law offers; to those, at least, who can participate in the legal process, law becomes a social instrument the value of which is continuously demonstrated in day-to-day action'. (28)

In deze opvatting biedt het recht een specifieke bijdrage aan de samenleving: het fungeert als een voertuig om conflicten op rationele wijze te behandelen.

Nu echter niet los van die samenleving, maar er midden in. Het is als het ware een juridisering van vele facetten van het sociale leven:

'With legalisation, policies are transformed into rules that bind the decider. Law is a source of restraints on authority; this is particularly striking in the case of the adjudicator, who

(26) cf. Ph. Nonet, *Administrative justice*, New York, 1969, p. 245.

(27) Ph. Nonet, *Law and politics*, in: *Rechtsociologi i Norden II*, Oslo, 1969.

(28) Ph. Nonet, *Administrative justice*, p. 246.

must not only decide within the limits imposed by rules on his discretion, but is required to justify the outcome of his judgement by authoritative principles'. (29)

We stuiten hier op een interessante paradox. Een rechtsopvatting die uitgaat van een strenge scheiding tussen recht en samenleving, recht en politiek, recht en beleid, leidt uiteindelijk tot een verholen of openlijke politisering van de rechtspraak. Een rechtsopvatting daarentegen die uitgaat van een gespannen verhouding tussen recht en politiek, leidt tot een juridisering van de politieke machtsstrijd en levert daarmee een bijdrage aan de stabilisering van de samenleving.

Dit betekent geenszins dat de rechter op de stoel van de beleidsvoerder gaat zitten. Integendeel, de verschillen tussen rechter en beleidsvoerder blijven duidelijk in deze visie:

'A judge becomes an administrator when his objective is to reform a criminal, avert a strike or abate a nuisance. For then his arm is not justice but accomplishment, not fairness but therapy'

(...) The primary function of adjudication is to discover the legal coordinates of a particular situation. That is a far cry from manipulating the situation to achieve a desired outcome'. (30)

In deze scherpe tegenstelling tussen fairness en therapiebedrijven, tussen het zoeken naar de juridische dimensie van een sociale context en het manipulerend ingrijpen in de situatie tot een gewenst resultaat bereikt wordt, tekent het verschil zich af tussen rechtshandhaving en ordehandhaving. Men zou zelfs kunnen zeggen dat in een perspectief van ordehandhaving het recht, een rechtstheorie of rechtsregels gebruikt worden, soms zelfs gemanipuleerd worden, om een politiek of maatschappelijk gewenst resultaat op korte termijn te bereiken. In deze wens tot resultaat op korte termijn komen de voorstanders van anti-establishment-rechtspraak in ieder geval overeen met hun eveneens op de 'overwinning' uitzijnde tegenstanders.

Rechtspraak als resultaatvoetbal. Zonder de regels van fair-play al te zeer in het oog te houden.

Samenvattend zou ik het perspectief van de ordehandhaving en het

(29) Ph. Nonet, op. cit., p. 246.

(30) Ph. Selznick, *Law, Society and Industrial Justice*, 1969, p. 16.

perspectief van rechtshandhaving tegenover elkaar willen plaatsen, me zeer wel bewust dat in de praktijk van de rechtspleging meestal een mengeling van beide perspectieven aanwezig zal zijn. Het schematisch tegenover elkaar stellen kan in de discussie over de primair waardenoriëntatie van de rechterlijke macht wellicht van pas komen.

Perspectief van ordehandhaving

- handhaving van status quo, zelfs als dit ten koste gaat van fundamentele rechten van het individu of groep
- instrumenteel zoeken naar de ‘goede’ oplossing voor de machtigste partij; eventueel ad hoc oplossing.
- rechtsvindingstheorie soms legistisch, soms extensief of zelfs vrij, al naar gelang de situatie het eist; geen meta-theorie over de methoden van rechtsvinden, dus inconsistent.
- rechtspraak is louter techniek
- moraliserend, handhaving van een heersende moraal; verbeterend-therapeutisch; ‘opvoedend’
- lid-van-de-club-syndroom, wij-groep gevoelens
- georiënteerd op machthebbers met een positieve of negatieve waardering ervan. Establishment- of anti-

Perspectief van rechtshandhaving

- handhaving van fundamentele rechten van individuen en groep, zelfs als dit ten koste gaat van andere sociale belangen (bijv. ‘orde’)
- oplossing moet gelegitimeerd worden met een beroep op neergelegde beginselen en regels.
- rechtsbeslissingen in context te nemen. Consistentie in een rechtsvindingsleer, die verankerd ligt in algemene beginselen, ‘rule of law’
- rechtspraak is creatieve handeling, bijdrage aan rechtsontwikkeling.
- distantie tegenover positieve moraal als doorslaggevend voor rechtsbeslissing, aandacht en zorg voor de interne (formele) moraal van het recht
- distantie tegenover ‘Gemeinschaft’-gevoelens in rechtsbeslissingen
- georiënteerd op relatief autonome waarden van het recht (fairness, gelijkheid, tegenspraak, audi et alteram

establishment justitie.

- rechter ondergeschikt aan beleid-tout-court; onder-schikking rechter bij wet;
- huidige rechter weet 'geen raad' meer met deze tijd ('Die seelische Krise der Justiz'), zelfvertrouwen kwijt met alle kans op regressieve reacties.
- rechter *eist* gezag van onderdanen, verdachten en ondergeschikten
- kritiek is ondermijning van gezag
- onvoorwaardelijke gehoorzaamheid geëist van burgers

partam etc.); distantie ten opzichte van machthebbers.

- rechter ondergeschikt aan inhoud van beleid, maar niet aan de *manier waarop* beleid tot stand komt of uitgeoefend wordt; nevenschikking rechter en wet;
- rechter heeft zelfvertrouwen en kan antwoord geven op vele aan hem gestelde vragen, bijv. 'waarom doe ik dit werk?'
- rechter *krijgt* gezag door zijn optreden en beslissingen
- kritiek is een test voor gezag
- vrijwillige gehoorzaamheid van burgers.

Een rechterlijke macht, die primair gericht is op rechtshandhaving ziet tenslotte als haar taak:

1. Onverkorte handhaving en realisering van het *substantieve* recht, dat de grondslag vormt van de democratische rechtsstaat (burgerrechten, rechten van de mens.)
Een rechterlijk toetsingsrecht in deze moet verder ontwikkeld worden.
2. Handhaving van de *formele* rationaliteit van het recht: toepassing van regulatieve beginselen en regels bij de afhandeling van conflictsituaties. Niet de inhoudelijke oplossing van het conflict staat centraal voor de rechter, maar de *manier waarop* het conflict wordt gevoerd.
3. Handhaving van en zo groot mogelijke verwerkelijking van het *formele* beginsel van 'gelijke behandeling' (formele rechtsgelijkheid). (31)

(31) Het voert te ver om op deze plaats in te gaan op het probleem van de formele rechtsgelijkheid bij bestaande grote verschillen in maatschappelijke positie. Dit probleem is uitvoerig behandeld in C. J. M. Schuyt, *Gelijkheid en ongelijk-*

4. *Controle op macht en machtsuitoefening*, niet slechts van bekleders van publiekrechtelijke machtsposities, ook van bekleders van privaatrechtelijke machtsposities (werkgevers t.o.v. werknemers, ouders t.o.v. kinderen e.d.). Toetsing van macht aan maat en regel.

Rechtshandhaving op deze wijze geformuleerd is een weerspiegeling van een pluralistische samenleving die op autonome wijze de onderlinge sociale relaties en verhoudingen wenst te organiseren. Handhaving van de grondslagen van de rechtsstaat lijkt een vanzelfsprekende zaak. Niettemin zijn isolatiefolter, gedwongen therapie, martelingen en mishandeling, politionele willekeur, verkorting van de rechten van de verdediging, verschijnselen die in veel beschaafde landen, ook rechtsstaten, getolereerd worden, althans niet door een rechterlijke beslissing worden verboden (men denke o.a. aan de behandeling van politieke gevangenen in Duitsland e.d.) Zal Nederland in dit opzicht een uitzondering blijven? Ook als het politieke getij verandert?

Tot nog toe hebben juristen de rechten van de mens uitsluitend geformuleerd, het komt er op aan ze te realiseren.

2.2. *Welke moeilijkheden ondervindt de rechter bij de uitoefening van de in 2.1. genoemde taken?*

a. Traditie en groepsgeest

De rechterlijke macht staat bijna spreekwoordelijk bekend om haar weerstand tegen vernieuwing en verandering. Natuurlijk kan deze karakterisering berusten op een ongenueanceerd vooroordeel van buitenstaanders. Moet je lid (geweest) zijn om erover te kunnen oordelen? Het beweerdte conservatieve karakter van de rechterlijke macht kan slaan (a) op de eenzijdige maatschappelijke herkomst van haar leden die voornamelijk gerecruteerd zijn uit de bovenlagen van de bevolking; (b) op de politieke oriëntatie en maatschappelijke waardenoriëntering van haar leden die voornamelijk zou bestaan in een hang naar steun aan 'de regeringspartijen uit het eerste kabinet Biesheuvel' (32); (c) op de niet-bereidheid om in

heid in het rechtssysteem, in A. Hoogerwerf en J. v. d. Doel (eds.) *Gelijkheid en Ongelijkheid in Nederland*, Alphen a.d. Rijn, 1975.

(32) A. J. Cnoop Koopmans, *Rechter en politiek*, *NJB*, 1973, p. 630-638.

processen van sociale veranderingen de leiding te nemen, voorop te lopen, of anders gezegd de geneigdheid om genoeg te nemen met het feit dat 'het recht altijd achter de feiten aanloopt' en (d) op het inzicht in de taakverdeling tussen rechter en wetgever, waarbij men er van uitgaat dat de rechter genoodzaakt is om terughoudendheid te betrachten (dit zou men beter een conserverende dan een conservatieve houding kunnen noemen).

Men hoeft geen sociologie gestudeerd te hebben om een samenhang te veronderstellen tussen verschijnselen (a) en (b), hoewel dit geen automatische samenhang betekent. Gerecruteerd uit een laag milieu zou een lid van de rechterlijke macht, diep onder de indruk van de voorrechten en privileges die bij zijn nieuwe milieu en status behoren en onder invloed van een geslaagde secundaire socialisatie in zijn beroepsgroep, gemakkelijk de matige levenskansen van zijn vroegere 'soortgenoten' kunnen vergeten en tot felle verdediger van de status quo – en dus zijn nieuw verworven voorrechten – kunnen uitgrocien. Ook een herkomst uit een bevoorrecht milieu staat geenszins een progressieve, soms zelfs radicale of revolutionaire politieke oriëntatie in de weg. Maar de vraag is of men deze hoilandse Che Guevara's in de rechterlijke macht zal aantreffen. Over de frequentie van (a) en (b) en over hun samenhang is in Nederland nog geen onderzoek verricht. Het is echter uiterst onwaarschijnlijk dat Nederland wat dit betreft veel zal verschillen van de omringende landen, waarover wel veel sociologisch materiaal verschenen is. Tot het tegenbewijs geleverd wordt, mag men van de juistheid van de eenzijdige herkomst en politieke oriëntatie en hun onderlinge samenhang uitgaan.

Belangrijker dan deze achtergrondgegevens zijn echter de samenhangen tussen deze gegevens en specifieke rechtsopvattingen, en de rol die rechtsopvattingen spelen bij de totstandkoming van rechterlijke beslissingen. De juridische opleiding aan de universiteiten en de secundaire socialisatie fungeren als de belangrijkste interveniërende variabelen, die de traditiegetrouwheid van de rechterlijke macht bepalen. Er zal vermoedelijk een sterk cumulatief effect van al deze factoren uitgaan (in een eventueel te houden sociologisch onderzoek zal deze cumulatie uitgedrukt kunnen worden in een multiple correlatiecoëfficiënt).

Juridische opleiding en socialisatie zullen vermoedelijk meer bepalend zijn voor de verschijnselen (c) en (d), die veel meer op een bewuste keuze duiden dan op een 'gedetermineerde' voorbestem-

ming tot conservatieve rechter. Bovendien wordt ook door sommige leden van de rechterlijke macht, die van hun progressieve maatschappijopvatting geen geheim maken, het standpunt verdedigd dat de rol van de rechter conserverend en daarmee stabiliserend *moet* zijn. De relatie tussen verschijnselen (a) en (b) enerzijds en (c) en (d) anderzijds is veel minder vaststaand. Ook bij een in de toekomst veelzijdig samengestelde rechterlijke macht en een veelzijdige politieke oriëntatie zou een conserverende houding aan te treffen zijn. Dit zal afhangen van de rechtstheoretische opvattingen over de verhouding wetgever-rechter. Dit punt zou ik voor een volgende paragraaf willen bewaren om nu uitsluitend over de negatieve effecten van de grote rol van traditie in de rechterlijke macht te spreken voor een rechtspleging die gericht is op rechtshandhaving in de door ons besproken betekenis.

Traditie wordt dan meer als een *sociaal-psychologisch* verschijnsel besproken: resistance to change als kenmerk van de persoon, gecombineerd met een overmatige cultivering van het lid-van-de-club-syndroom. De relatie met het sociologische gegeven van de herkomst van de rechters ligt in het feit dat in genoemde bovenlagen van de bevolking zo'n lid-van-de-club-syndroom niet alleen positief wordt gewaardeerd, maar bewust en onbewust in stand wordt gehouden. Ingroepverschijnselen blijven natuurlijk niet beperkt tot de bovenlagen. Men komt het tegen in allerlei politieke groeperingen, in allerlei milieu's en geografische locaties (het provincialisme, het ethnocentrisme en het 'wat de boer niet kent dat lust hij niet'). Men kan zelfs op psychologische en sociaal psychologische gronden volhouden dat zo'n ingroup voor de identiteit en ontplooiing van elke persoon noodzakelijk is. Waar mijn behandeling van dit verschijnsel op neerkomt is de stelling dat zo'n overmatige groepsbinding en cultivering van het lid-van-de-club-syndroom misschien wel past bij middelbare scholieren en studenten in hun vormingsfase, bij de opbouw van een gezinsleven en andere 'Gemeinschafts'-verbanden, maar nu uitgerekend niet bij een voor een rationele rechtspleging verantwoordelijke organisatie. Een schoolse cultivering van en verering voor de eigen groep is een kenmerk van een rechterlijke macht, die zijn maatschappelijke verantwoordelijkheid nog niet bewust geworden is.

Elke buitenstaander staat aan het gevaar bloot van dit clubsyndroom een schilderachtige karikatuur te maken. Maar omdat de

socioloog evenzeer georiënteerd is op de waarden van rationaliteit, eerlijkheid en integriteit als de rechter, moet hij zich beperken tot de indicaties van een ongezonde groepsmentaliteit, nl. de weerstand tegen en de felle reactie op kritiek, zowel van buiten als van binnen uit. Het niet kunnen of willen verdragen van kritiek is op zichzelf al een gevaarstelling van de rede en als dit vaak wordt signaleerd in de rechterlijke macht is dit voor de samenleving een teken dat het niet goed gaat met die organisatie. Ernst Fraenkel schreef al in 1927:

‘Wenn aber gar – wie es geschehen ist – einem Anwalt unter Disziplinarstrafe verboten wird, die Behauptung aufzustellen es gäbe eine Klassenjustiz, wird damit niemanden mehr geschadet als dem Richtertum selbst. Nichts ist für einen demokratischen Staat gefährlicher als wenn eine Staatsinstitution der Kritik entzogen wird’. (33)

Verandert men het jaar 1927 in 1969 en de lokatie in Amsterdam dan blijkt het verschil toch niet zo groot te zijn. De knorrige reactie op een artikel van Cnoop Koopmans over vormen van klasse-justitie, bevestigt in hoge mate datgene wat men met die reactie juist had willen ontzenuwen: onafhankelijkheid wordt niet al te zeer op prijs gesteld. Het bevestigt tevens het vermoeden dat de waardenoriëntatie binnen (grote?) delen van de rechterlijke macht eerder op homogeniteit dan op heterogeniteit gericht is. Hiermee wordt tevens de discordantie tussen de hedendaagse maatschappelijke structuur en de cultuur binnen de rechterlijke macht onderstreept: een potentieel gevaarlijke discordantie.

De indicatie van een rechterlijke monocultuur komt ook naar voren in een weerstand tegen vernieuwingen en vernieuwers (ad hominem!) in de rechtswetenschap. Afgezien van de mogelijkheid dat het nieuwe niet per definitie het betere is, wordt een afwijzing van het nieuwe *op andere dan wetenschappelijke en rationele gronden* een bedenkelijk teken voor een op redelijkheid georiënteerde rechtspleging. Dit klemmt te meer wanneer de nieuwe ideeën, bijv. die van Ter Heide, juist de traditie als gezagsbron in de rechterlijke macht ter discussie stellen. In dit opzicht lijkt de situatie in Nederland zelfs ten achter te liggen bij Duitsland, waar aanzetten tot kritische reflectie op de rol van de rechter vanuit de rechterlijke macht zelf voortgekomen zijn. Er is nog geen Nederlandse rechter Wasser-

(33) E. Fraenkel, *Zur soziologie der Klassenjustiz*, op. cit., p. 101.

man (34), Raschorn (35) of Zitscher (36) te ontdekken.

Dezelfde opmerkingen zouden gemaakt kunnen worden over de weerstand tegen de introductie van sociologie, psychologie en politicologie e.d. Het lot dat deze wetenschappen thans beschoren lijkt, komt niet veel verder dan het afbreken van bestaande oordelen over de sociale wetenschappen, zoals bijv. de ideeën dat de sociale wetenschappen de plaats zouden moeten gaan innemen van de rechtswetenschap, dat sociologie identiek is aan socialisme of zelfs communisme, dat sociologie geen wetenschap is enz.

Juist door het vermijden van een discussie over de rol van recht, politiek en wetenschap in de huidige samenleving en hun onderlinge betrekkingen, onttrekt het rechterlijke milieu – het juridische milieu in het algemeen – zich aan haar verantwoordelijkheid mee te werken aan de vormgeving van de eigen samenleving. (Dat de rechter of de jurist zo'n verantwoordelijkheid heeft, wordt gesteld op bijna elke eerste bladzij van een juridisch leer- of handboek).

Door een angstige houding tegenover vernieuwing en verandering loopt de rechterlijke macht het gevaar te worden tot een 'clique zonder claque', die zelf verbaasd en ongerust is als een groot gedeelte van de bevolking van haar vervreemd is geraakt.

Tenslotte wil ik in algemene termen aangeven waarom 'traditie' niet past bij een rationele rechtspleging. Traditie, zeker in de enge verschijningsvorm van een mentaliteit van clubvriendjes ontwikkelt normen en waarden die tegengesteld zijn aan de normen en waarden, die kenmerkend zijn voor een rationeel recht. Traditie atrofieert de rede. Genoemd werd reeds het gebruik van ad-hominem argumenten tegen vernieuwers, of ad-hominem argumenten in het algemeen (bijv. 'dat is een goeie vent'), los van de ideeën en argumenten.

Een onpersoonlijke rechtspleging is ten eerste gebaat als men zich oriënteert op de rationaliteit van de moderne wetenschap, ook die van de sociale wetenschappen. In hun waardenoriënteringen zijn wetenschap en recht nauw met elkaar verwant. Beiden streven naar universalisme (contra particularistisch denken), naar onafhanke-

(34) R. Wasserman, *Justizreform*, 1970; Richter, *Reform, Gesellschaft*, 1970; *Der politische Richter*, 1972; *Justiz im sozialen Rechtsstaat*, 1974

(35) Th. Raschorn, *Im Paragraphenturm*, 1966; *Im Namen des Volkes?*, 1968; *Recht und Klassen, Zur Klassenjustiz in der Bundesrepublik*, 1974.

(36) W. Zitscher, *Rechtssoziologische und organisationssoziologische Fragen der Justizreform*, 1969.

lijkheid in doen en denken, naar toetsing van oordelen aan standen van zaken in de werkelijkheid, naar skepsis en oordeelsvorming via procedures van tegenspraak (in de wetenschap: weerlegging van rivaliserende theorieën), naar toepassing van audi et alterm partem, naar objectivering (contra bevooroordeeldheid), naar een vrijwillige aanvaarding van uitspraken op basis van argumenten.

Naast de uiteraard aanwezige en fundamentele verschillen, wil ik tenslotte nog wijzen op de overeenkomst dat zowel wetenschap als recht gecorrumpeerd kan worden door dienstbetoon aan machthebbers. Dat is in feite ook gebeurd na 1933. Het blijft echter nog in de schoot van het historisch-sociologisch onderzoek verborgen waarom de exodus van juristen en rechters uit Duitsland in vergelijking met de exodus van wetenschappers zo gering geweest is.

b. Bureaucratie

Zoals traditie een atrofie van de rede is, loopt bureaucratie het gevaar zich te ontwikkelen tot een hypertrofie van de rede. Het opmerkelijke is hierbij dat zowel de onredelijke traditie als de hoogst-redelijke bureaucratie, als ze niet aan een kritische reflectie worden onderworpen, kunnen worden aangewend ten gunste van een irrationele ontwikkeling of volksbeweging. Nadat eerst de oriëntatie op de traditionele keizerlijke orde de rechterlijke macht in de Weimarpubliek in de armen van het nationaal-socialisme had gebracht, werd vervolgens het bureaucratisch apparaat perfect aangewend voor de irrationele doeleinden van die (h)orde.

Als uit deze makro-sociologische observatie bij een gewone rechter de verzuchting wordt opgewekt dat het 'ook nooit goed is wat hij doet', dat hij zowel moet oppassen voor traditie (de rechter als handhaver van een bepaalde orde) als voor blinde bureaucratie (de rechter als automaat) en dat hij derhalve een zeer moeilijke opdracht heeft, is dat juist. Er moeten inderdaad zeer hoge eisen gesteld worden aan degene, die in laatste instantie hun fiat moeten weigeren aan bijv. martelingen, of aan inhumane bejegening van hun medeburgers en die zich als het erop aan komt te weer durven stellen tegen emotionele pressie van politieke machthebbers en collectieve opwindning of verontwaardiging.

Naast deze extreme situaties brengt de bureaucratisering nog talrijke kenmerken met zich mee die de dagelijkse rechtspleging kunnen doen afwijken van een oriëntering op rechtshandhaving. Ik

doel hier op het in de (rechts)sociologische literatuur gesignaleerde probleem van routinisering van beslissingen, waarbij de formele garanties voor een eerlijk proces ('due process') ondergeschikt gemaakt worden aan het 'managing the bureaucracy'. (37) Hier ligt een reëel probleem voor de rechtspleging in de moderne samenleving, vooral bij massaliteit van wetsovertredingen (verkeers- en vermogenscriminaliteit). De enorme caseload bemoeilijkt voor elke rechter een behoorlijke uitoefening van zijn taak. Er ontstaan allerlei informele manieren van doen, afspraken met en medewerking van de verdediging, korte afmeting van de tijd, die elke zaak hooguit mag duren etc. Een insider zal dit verschijnsel beter kunnen beschrijven dan een buitenstaander.

Er is alle kans dat hier een proces-transformatie plaats vindt, waarbij aan formele procedures en garanties nog wel symbolisch eerbied wordt gegeven (denk bijv. aan de motivering in strafzaken) maar waar in feite de zaken anders verlopen.

Het merkwaardige is nu dat enerzijds een verlichting van deze bureaucratische druk ligt in een betere organisatie en grotere rationalisering van het apparaat bijvoorbeeld door gebruik te maken van een systeemanalyse. (38) (Ik acht dit een technische kwestie, die opgelost kan worden in de lijn van voorstellen van de Cie. Wiersma. Wel zal hier een zekere weerstand vanuit de traditie overwonnen moeten worden).

Dat anderzijds het paradoxale van deze suggestie ligt in het feit dat een onkritisch gebruik van deze verdere rationalisering juist een aantal waarden van de rechtshandhaving verder in gevaar kan brengen. (39) Rationalisering speelt in het algemeen in de kaart van grote en mammoetorganisaties en van die groepen, die een zekere vaardigheid hebben verworven, bijvoorbeeld door opleiding, om in een woud van burelen toch hun weg te vinden. Verantwoordelijkheid voor concrete beslissingen is moeilijker lokaliseerbaar in een grote organisatie, minder grijpbaar. Er is een geringere 'responsiveness'. De kans is niet gering dat de macht van de traditie vervangen wordt door de macht van de bureaucratie, die juist door haar instrumentalisering gemakkelijker aangewend kan worden

(37) A. Blumberg, *Criminal Justice*, Chicago, 1967, hfdst. 6, 'The judge as bureaucrat'. W. Murphy, *Elements of judicial strategy*, Chicago, 1964.

(38) Zie hiervoor C. J. M. Schuyt, *Systeemtheorie en strafrecht, Beleid en maatschappij*, mei 1974.

(39) Voor een aantal gesignaleerde gevaren zie bovengenoemd artikel.

voor en door op ordehandhaving gerichte machthebbers. (data-banken e.d.)

'Recht ist was dem Bürokratie nutzt'. Misschien ligt in dit probleemcomplex wel de grootste obstakels voor een hervorming van de rechterlijke macht. Het gaat om niet te weinig en niet te veel bureaucratie, die nog allerlei self-propelling effecten heeft.

Misschien is het echter beter te zeggen dat sommige aspecten van de rechtspleging zo véél mogelijk gerationaliseerd moeten worden, andere aspecten zo weinig mogelijk en de moeilijke opdracht ligt dan in de keuze en omschrijving van die aspecten. Het is echter duidelijk dat de rechterlijke macht, met dit probleem geconfronteerd, het verzet tegen de introductie van moderne sociale wetenschap (systeemanalyse, operationele research, organisatiesociologie, sociale psychologie) moet opgeven.

Mijn eigen standpuntbepaling ligt bij de keuze dat rationalisering van de *organisatie* van de rechtspleging vooral moet geschieden vanuit het perspectief van de bescherming van individu en minderheidsgroep tegen de reeds bestaande en gerationaliseerde organisaties. Een verbetering van de organisatie van het O.M. zal minstens gepaard moeten gaan met een verbetering van de organisatie van de verdediging. De bestrijding van beroepscriminaliteit geeft echter een apart probleem. In de regel houden politie en beroepsmisdaad elkaar in evenwicht in rationalisering van hun strijdmiddelen. Problematisch wordt het echter wanneer methoden die primair ontwikkeld werden voor de bestrijding van beroepscriminaliteit, voor andere en gewonere situaties worden aangewend (bijv. het gebruik van infrarode stralen bij het doorzoeken van woningen). Dit dilemma is een van de vele onoplosbare problemen van onze moderne samenleving.

c. Rechter en wetgever

De verhouding rechter-wetgever is een onderwerp van de rechtstheorie. Toch heeft deze verhouding ook te maken met de (re)organisatie van de rechtspleging in het algemeen, met name waar het de samenstelling en opleiding van de leden van de R.M. betreft. Er wordt gepleit voor een grotere vrijheid voor de rechter (40), er is gezegd dat de rechter deze vrijheid reeds heeft genomen, zij het dat

(40) H. C. F. Schoordijk, *Oordelen en vooroordelen*, 1972.

in moeilijke maatschappelijke conflicten de rechter er beter aan doet om ofwel recht te weigeren (Ter Heide) (41) ofwel zich strikt aan de wet te houden (Langemeijer). (42)

Het is niet mijn bedoeling dit onderwerp hier uitputtend te behandelen, maar de theoretische discussie heeft een praktisch belang voor de rechtspleging. Het rechterlijk oordeel hangt mede af van de Vorverständnis en de rechtsopvatting van de rechter. We hebben in het voorafgaande reeds gesignaleerd dat een op een traditionele orde georiënteerde rechterlijke macht er geen moeite mee had om van een legistisch-formalistische leer over te stappen op een finalistische leer (zie Fraenkel's beschrijving van de justitie in Weimar). Ook de geschiedenis van de rechtspraak van het Amerikaanse Supreme Court in de jaren 1905-1937 is er een geweest van vrije rechtsvinding waarmee lange tijd sociale wetgeving, prijsregulering e.d. tegen werden gehouden. De befaamde dissenting opinion van Justice Holmes moest er zelfs aan herinneren dat het 14e Amendement op de Constitutie niet geschreven was om de liberale maatschappijvisie van de in hoog aanzien staande *socioloog* Spencer (sic) tot wet te verheffen. (43)

De geschiedenis van de praktijk van de rechtsvinding is een geschiedenis van het juridische bolwerk, dat volledig in dienst stond van de maatschappelijke belangen van de bezittende klassen. Zowel in Duitsland als in Amerika vroegen in de dertiger jaren progressieven om een inperking van de vrijheid van de rechter. Thans lijken de rollen volledig omgekeerd. Ik breng deze geschiedenissen niet naar voren om een oprecht pleidooi voor grotere vrijheid van de huidige rechter in diskrediet te brengen, maar om aan te tonen dat men de rechtsvindingsdiscussie nimmer kan loskoppelen van de sociale en economische structuur, waarin die discussie gevoerd wordt. Naar mijn mening gebeurt dit bij de huidige discussie nog steeds: zij is te veel rechtstheoretisch en te weinig rechtssociologisch. Wat Fraenkel's beschouwing (44) over de formalistische of finalistische rechtsvindingstheorie vooral laat zien is de noodzaak om het probleem te zien als een combinatie van 1) samenstelling van de rechterlijke macht; 2) de rechtsvindingstheorie en 3) de aard van

(41) J. ter Heide, geciteerd bij Langemeijer (zie voetnoot 42).

(42) G. E. Langemeijer, *De taak van de rechter*, op. cit., p. 22.

(43) Zie L. J. Jaffe, *English and american judges as lawmakers*, Oxford, 1969, p. 86.

(44) E. Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz*, op. cit.

de wetgeving en de door die wetgeving begunstigde groepen. Bij een bestaande grote maatschappelijke en ideologische kloof tussen lagere klassen en de leden van de rechterlijke macht, is het in het nadeel van de van de door de nieuwe wetgeving te begunstigen lagere klassen om de rechters vrij te laten interpreteren. Of anders geformuleerd: bij een grote ongelijkheid in de sociale structuur leidt een theorie van vrije rechtsvinding, uitgevoerd door leden van de rechterlijke macht die zich bijna vanzelf met de bovenlagen in de sociale structuur identificeren, tot scherpere overheersing en repressie van de lagere lagen.

Bij grote sociale ongelijkheid is een rechtsvindingsleer – welke dan ook – slechts een instrument in de hand van de rechterlijke macht die zich ten doel stelt de status quo te handhaven. Ter Heide concludeert terecht dat handhaving van status quo ook niet de taak is van de rechter en dat een nieuw rechtstheoretisch klimaat een nieuw rechterstype en een nieuw opgeleide magistratuur noodzaakt. (45) Ik zou er echter aan willen toevoegen dat het tevens een sociaal-economische structuur noodzaakt, die geen grote monopolistische machtscentra en grote sociale verschillen in zich bergt. Men kan er over twisten of dit in feite reeds het geval is, maar naar mijn mening niet. Vrije rechtsvinding leidt dan tot handhaving en vergroting van de verschillen. Een vrije rechtsvinding vóóronderstelt dat er niet te grote maatschappelijke belangentegenstellingen bestaan én dat er niet te grote ideologische en maatschappelijke verschillen bestaan tussen leden van de rechterlijke macht en andere groeperingen in de samenleving. Aan die voorwaarde is op dit moment naar mijn mening niet voldaan. Rechtsweigering bij grote conflicten lijkt dan de enige uitweg en een consequent gevolg van zijn theorie. Men zou het huidige streven naar een meer functionele rechtspraak én naar een representatieve samenstelling van de rechterlijke macht sociologisch kunnen interpreteren als een maatschappelijk gevolg van de zich langzaam wijzigende sociale structuur. Van de feodale standenstaat, waar de rechterlijke macht nog steeds sporen van draagt, naar een democratische rechtsstaat. Als een samenleving gekenmerkt wordt door een strenge scheiding van de klassen, zal dit gepaard gaan met een strenge scheiding van Sein en Sollen, van wetgever en rechter, van recht en politiek. Als de samenleving en de wetgeving democratischer wordt (bijv. onder

(45) J. ter Heide, *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht*, op. cit.

invloed van de invoering van het algemeen kiesrecht en de vergroting van maatschappelijke macht van lange tijd ondergeschikt gebleven groepen), zullen de lijnen tussen rechter en wetgever, recht en politiek, Sein en Sollen vloeiender worden. Het is niet voor niets dat de angelsaksische landen, met name de Verenigde Staten een veel pragmatische aanpak van het probleem te zien geven. De sociale structuur in de U.S.A. was en is in vele gevallen democratischer, Sein en Sollen zijn geen gescheiden grootheden.

Democratisering van onze sociale structuur zal een verschuiving van accenten van wetgever naar rechter brengen onder de voorwaarde van een representatiever samengestelde rechterlijke macht. Het een zonder het ander brengt vermeerdering en verscherping in plaats van vermindering en verzachting van maatschappelijke conflicten. Een representatiever samengestelde rechterlijke macht zonder verdere democratisering van de samenleving roept evenveel conflicten en wantrouwen in de rechterlijke macht op als de huidige niet-representatief samengestelde magistratuur bij een democratie-in-transitie.

Inmiddels blijft de aanvaarding door de justitiabelen van de rechterlijke beslissing een probleem. Naarmate de wetgever regels formuleert die algemeen aanvaard worden zal de rechter de rechtsgevoelens van de justitiabelen gemakkelijker kunnen beantwoorden. Maar hier ligt nu precies een probleem. Bij vermindering van ongelijkheid ontstaat een grotere pluraliteit en dan heeft de wetgever onder invloed van allerlei coalities meer moeite om tot algemene regels voor controversiële zaken te komen. Hier lijkt me de hulp van de rechter op zijn plaats, mits ook hier voldaan is aan de voorwaarde van een bredere samenstelling van de rechterlijke macht. Jaffe (46) geeft voor de angelsaksische rechter twee gebieden, waar hij een vrijheid mag nemen ten opzichte van de wetgever: 1) in problemen waar moeilijk een meerderheid te krijgen is en toch om een oplossing gevraagd wordt en 2) bij de bescherming van individuen en minderheidsgroep.

Jaffe's oplossing ten aanzien van het eerste punt acht ik – bij een breder samengestelde rechterlijke macht – aanvaardbaar, hoewel zijn suggestie duidelijk verschilt van die van Ter Heide die in zulke gevallen rechtswegering aanbeveelt en Langemeijer, die kiest voor de zekerheid van de bestaande wetsbepaling. (47)

(46) L. J. Jaffe, op. cit., p. 34.

(47) G. E. Langemeijer, op. cit., p. 8.

Ten aanzien van het tweede punt denkt Jaffe aan groepen of individuen die te gering zijn in aantal of in politieke macht en die desalniettemin beschermd dienen te worden tegen te grote willekeur in machtsuitoefening, bij overheersing door grote organisaties. De rechter zal hier moeten durven ingaan tegen een bevooroordeelde mening van machtige mensen of grote groepen van mensen, die zich gaarne identificeren met die machtige mensen of organisaties. Rechtspraak gericht op rechtshandhaving gaat geen compromis aan met machthebbers die zich niet houden aan maat en regel.

PAR. 3. HET VERTROUWEN VAN DE BEVOLKING IN DE RECHTERLIJKE MACHT

In 1966 en 1967 werd de rechterlijke macht opgeschikt door de resultaten van enkele enquêtes over de rechterlijke straftoemeting (meet de rechter met twee maten?). Naar aanleiding van gebeurtenissen in die jaren en de mogelijke reflectie ervan in de enquête-resultaten werd gesproken van een justitiële vertrouwenscrisis. (48) Nadien hebben zich meer verschijnselen voorgedaan die er op wijzen dat de crisis nog een tijdje voortduurt.

Onzekerheid, onrust en verontrusting zijn drie trefwoorden, die de laatste vaak gebruikt worden om er de toestand van de rechtspleging mee aan te geven. De vraag luidt: Is de verontrusting terecht? Zijn de verschijnselen, die meer en meer de aandacht opeisen te kwalificeren als crisisverschijnselen of bijv. louter als veranderingsverschijnselen? Betekent elke verandering in maatschappelijke instellingen een crisis? Kortom, de symptomen van verandering moeten vertaald worden in hun maatschappelijke achtergronden. Men kan niet blijven stilstaan bij eenmalige gebeurtenissen. Men moet trachten door te dringen tot die achtergronden. Een opsomming van symptomen kan als vertrekpunt dienen voor een diepergaande (sociologische) analyse van de rechtspleging.

1. In hun *afscheidsrede* hebben enkele rechtbank-presidenten in soms onverwacht scherpe bewordingen hun *bezorgdheid* bekend gemaakt. Kritische geluiden uit de kring van de rechterlijke macht zelf worden snel en fel beantwoord. Vanwaar die felheid? Wat is er gaande?

(48) Zie hiervoor uitvoerig A. J. Hoekema, *Vertrouwen in de justitie*, Alphen a.d. Rijn, 1971.

2. De *massaliteit* doet zijn intrede zowel in de strafrechtelijke als in de civiele rechtspraak. Dit schept nieuwe problemen voor de rechterlijke colleges en O.M. Organisatorisch én juridisch. Wordt de maatstaf van gelijkheid door de massaliteit niet een slag in de lucht (bijv. bij opsporing en berechting van verkeerscriminaliteit?) Wordt het maatschappelijk belang, dat vertegenwoordigd is in het beginsel van gelijkheid aangetast? Hoe moet dit geïnterpreteerd worden? Wordt het opgenomen in de tendens naar *individualisering van de straf*? Zijn de gevolgen van *afnemende rechtsgelijkheid* door de massaliteit van overtredingen te overzien? (bijv. toename van wilkeur en de daaruit volgende ontevredenheid bij de burgers). Brengt *automatisering* van opsporing en berechting soelaas?

3. Is *specialisatie* het antwoord op de toenemende ingewikkeldheid van vragen, gesteld aan recht en rechter? De toenemende organisatorische en bureaucratische eisen brengen een *rationelere bedrijfsvoering* met zich mee. Welke waarden en beginselen dreigen verloren of bekneeld te raken bij deze rationalisering? Hoe is de verhouding opleiding – specialisatie – carrière-mogelijkheden?

4. De *verhouding wetgever – rechter raakt* op drift. De strijd om betere inkomensverdeling bijv. wordt niet meer achter de rug van de rechter om, maar juist over zijn hoofd heen uitgevlochten. Van hem wordt een verstandige geschiloplossing verwacht, maar is hij daartoe wel voldoende geëquipeerd? *Adresseert* men de maatschappelijke grieven en noden op de juiste plek? Hoe te handelen als óók de wetgever het niet (meer) aan kan en veel *grieven onbeantwoord* laat?

5. Er worden nieuwe claims gedaan op de rechter. Op de deur van de *materiële wederrechtelijkheid* wordt herhaaldelijk geklopt, soms hard gebonsd. Wie mag deze deur openen en wie of wat mag worden binnengelaten? Politieke *ongehoorzaamheid in groepsverband* brengt massale processen met veel publiciteit. Is de druk van buitenaf – de politieke druk en de druk van de publieke opinie – op koelbloedige wijze te doorstaan of is deze druk juist een symptoom van de *vertrouwenscrisis*; men wil niet meer luisteren naar degene, die de taak hebben om beslissingen te nemen.

6. Hoe is een gratiebeleid uit te stippelen. Op welke gronden berusten *kritieken op gratiëring* (de VVDM-zaken)? Welke waarden en beginselen komen hier met elkaar in strijd?

7. De opkomst van een beweging van wetswinkels heeft het probleem van selectieve toepassing van het recht – *van ongelijke rechtsbedeling* – hier opnieuw onder de aandacht gebracht. Wat zijn de verwachtingen bij de burgers jegens recht en rechtspraak? Berusten deze verwachtingen en oordelen op beeldvorming over of op ervaringen met het rechterlijke apparaat? Hoe komt rechtspraak over bij de bevolking?

8. De advocatuur reageert op o.a. de wetswinkelbeweging met een bezinning op de eigen organisatie (rapport van Braam/Surie). Men is bezorgd over het *image* van de advocatuur. Kortom, hoe is de verhouding rechtspraak – advocatuur – justitiabelen?

9. Last but not least is de *juridische opleiding* in discussie. Wat wordt van een jurist verwacht en wat is zijn *specifieke vaardigheid* en kunde? Moet die worden aangevuld? Een geheel nieuwe juridische opleiding doet ruimschoots een beroep op *gedragswetenschappen* en vormt aldus de zoveelste stof tot hevige controversen. Wat levert zo'n *roep om hulp* (wetenschappen) op?

Geconfronteerd met deze ongelijksoortige crisissymptomen in het rechtsbedrijf, ben ik geneigd niet meer te spreken van een *vertrouwensbreuk* tussen justitie en burgerij, maar van een op grotere schaal in de samenleving optredend proces van gezagsverandering. Een *vertrouwensbreuk* veronderstelt dat voordien een vertrouwensrelatie bestond. Maar het zou heel goed kunnen zijn dat rond 1965 onder invloed van het al eerder begonnen proces van ontzuiling en secularisatie, het inzicht veld won dat gezag niet meer zou moeten berusten op een traditionele of uitsluitend rationele aanvaarding ervan, maar op basis van een wederzijds vertrouwen. Met andere woorden dat een vertrouwen in de rechterlijke macht – als een van de vele gezagscentra – pas noodzaak geworden is rond die tijd. Tevoren bestond ofwel een traditionele aanvaarding van het gezag van de rechter zonder veel tegenspraak(?) ofwel een al even traditioneel geworden berusting. Een verandering van primair verticale (gezags)relaties naar meer horizontale (gezags)relaties is een veel algemener proces van sociale verandering. Ik zou hier willen spreken van een grotere noodzaak van en vraag naar afgeplatte gezagsvormen: in plaats van een duidelijk herkenbare, opgebouwde pyramide, met één top, komt een meer probleem-gerichte, meer-toppige structuur met wisselend leiderschap. Deze ontwikkeling die

zich elders al aan het voltrekken is of reeds heeft voltrokken, bijv. in sommige bedrijven (49) en universiteiten, is nu ook te zien in het rechtsbedrijf.

Specifiek voor het rechtsbedrijf is hoogstens de enorme snelheid, waarmee de verandering op haar afkomt. Lange tijd rustig gebed in traditie moet men nu twee ontwikkelingsstappen tegelijk nemen: de rationalisering én de kritiek erop, zoals die bijv. tot uiting komt in de vraag naar participatie en inspraak. Ook de rechtswetenschap wordt getroffen door deze versnelde ontwikkeling. Lange tijd tevreden met een voor-wetenschappelijke kennisverwervingsstrategie, doen nu tegelijkertijd de roep om een moderne wetenschappelijke aanpak én een kritiek op die wetenschappelijke aanpak hun intrede. Kritiek op het recht vanuit de tegencultuur, waar schrijvers zoals Roszak ingaan tegen elke vorm van rationaliteit, en een pleidooi houden voor 'deep subjectivity', is voor niet-ingewijden moeilijk te onderscheiden van kritiek vanuit een maatschappijgerichte wetenschapsbeoefening. De rechter of jurist wordt nu tegelijkertijd geconfronteerd met het wetenschappelijke en het post-wetenschappelijke denken (zoals ik de in vele opzichten irrationele, religieuze en vaak conservatieve tegencultuur zou willen omschrijven). Het is niet verwonderlijk wanneer de jurist enigszins zijn vertrouwde positie voelt wankelen en zijn zelfvertrouwen verliest. In zijn reactie kán hij de twee vormen van kritiek te gemakkelijk door elkaar halen of met elkaar associëren, juist omdat hem in zijn opvoeding te weinig moderne wetenschap(sfilosofie) en inzicht in de samenlevingsprocessen (makro-sociologie) werd bijgebracht.

De afwezigheid van een vertrouwensband tussen burgerij en rechterlijke macht kan ongedaan gemaakt worden: 1) door de erkenning van de noodzaak van zo'n vertrouwensband, hetgeen een zekere horizontalisering van de relatie met zich meebrengt en rekening houdt met de belangen van de burgers; 2) door het bevorderen van een realistische beeldvorming en verwachtingspatroon bij de burgers over recht en rechtspraak; 3) door het herstel van het zelfvertrouwen van de rechter, die meer bewust moet worden van zijn specifieke taak als rechter, en van de mogelijkheden van zijn ambt en 4) door het bevorderen van een realistisch beeldvorming bij leden van de rechterlijke macht over de burgers.

(49) Bijv. W. Bennis, *Beyond bureaucracy*, op. cit.

Er is helaas weinig onderzoek in Nederland over de relaties tussen burgerij en rechterlijke macht. Het duitse materiaal (50) leidt tot de conclusie dat op een groot aantal punten parallellen geconstateerd zullen kunnen worden met Nederland. Op grond van eigen – nog niet gepubliceerd – onderzoek (51) kom ik tot de volgende tentatieve en theoretisch geformuleerde opsomming van de voornaamste kenmerken van de relatie.

1. Vertrouwen in de rechterlijke macht is afhankelijk van beeldvorming over de rechterlijke macht. Dit beeld wordt enerzijds sterk bepaald door factoren, die buiten het bereik liggen van de rechter, met name socialisatieprocessen zoals opvoeding, ervaring in beroep, bedrijf, maatschappij, klasseverhoudingen, anderzijds door incidentele ervaringen mét en kennisname van rechtspraak. Kleine dingen (bijv. het ongevraagd tutoyeren, geen gelegenheid krijgen om iets te zeggen) kunnen grote gevolgen hebben. Een negatief beeld over de rechter kan door dergelijke incidenten tot een negatieve *houding* leiden, die weer verder doordruppelt in het thuisfront van de burger. Een negatief beeld kan door positieve ervaringen langzaam worden afgebroken en ook dit verspreidt zich over het thuisfront. Omdat rekening moet worden gehouden met het feit dat vele burgers geen feitelijke contacten hebben (gehad) met rechtspraak, vormt de tot stand koming van het beeld dat men heeft van de rechterlijke macht een belangrijke schakel in het vertrouwen. Die totstandkoming is maar voor een gedeelte te beïnvloeden, voor een groter gedeelte afhankelijk van algemeen sociale processen en structuren.

2. Het beeld dat 'men' heeft van de rechterlijke macht is ongespecificeerd. Onder dit beeld vallen ook de 'hoge heren', de politie, de 'mensen die geleerd hebben' e.d. Hier wordt bevestigd wat Dahrendorf (52) geschreven heeft over de tweedeling van onze samenleving. Alle elementen van de bovenlaag – hoezeer die staatsrechtelijk ook gescheiden mogen zijn – worden door de lagere standen

(50) Zie bij W. Kaupen, *Die Hüter von Recht und Ordnung*, 1969. W. Kaupen & Th. Rasehorn, *Die Justiz zwischen Obrigkeitsstaat und Demokratie*, 1971. Th. Rasehorn, *Recht und Klassen*, 1974. R. Wasserman, *Justiz im soziale Rechtsstaat*, 1974.

(51) Dit onderzoek werd door Mr. C. A. Groenendijk, Mr. Drs. B. P. Sloot en mijzelf verricht. In deze tentatieve formuleringen is hun inbreng zo groot geweest, dat het een niet meer te scheiden, gezamenlijk produkt is geworden.

(52) R. Dahrendorf, *Deutsche Richter*, in: *Gesellschaft und Freiheit*, 1961, p. 176-197.

als één grootheid gepercipieerd: 'ze'. Antwoorden op de vraag 'meet de rechter met twee maten?' moeten dus niet uitsluitend indicatief genoemd worden voor de *rechter*, maar voor een complex geheel van rechtspleging en openbaar bestuur.

Uit het feit dat dit beeld zo vaag en daardoor onrealistisch is kan men opmaken dat de klasseverhoudingen en de daaraan gekoppelde socialisatieprocessen nog een grote rol spelen bij de relatie burger – rechterlijke macht. Omgekeerd vermoed ik dat het beeld van rechter, magistraten en hogere bestuursambtenaren, over het leven, werken, denken en doen van een groot deel van de bevolking, eveneens zeer vaag en dus onrealistisch is. Hierdoor ontstaat een situatie waarin één groep van de samenleving oordeelt over een andere groep, waar de eerste groep nauwelijks iets van af weet. Als ik een voorstel zou doen om de zaak van de Eindhovense röntgenologen te laten beoordelen door (een jury van) gewone burgers, zou er een storm van verontwaardiging optreden. En terecht. De zaak is 'zeer ingewikkeld', terwijl de zaak voor vele buitenstaanders slechts 'zeer eenvoudig' ligt: de artsen hebben 'gewoon' de boel geflest. Het is juist dat aan ingewikkelde zaken zorgvuldig recht gedaan wordt. Het is echter de gewoonste zaak van de wereld dat leden uit de gegoede klassen dagelijks oordelen over gewone burgers, terwijl hier bij veel minder snel van 'ingewikkelde' zaken wordt gesproken. De meeste commune delicten zijn 'eenvoudige' zaken voor de rechter. Maar waarom is een diefstal van een brommer door een werkeloze 17-jarige jongeman zonder veel vooruitzichten vanuit zijn perspectief niet even 'ingewikkeld' als de rekeningen vanuit het perspectief van de röntgenoloog? Het voorstellen en kwalificeren van zaken als 'ingewikkeld' is een typische eigenschap van het hogere milieu.

'We may tray', schrijft Cardozo, 'to see things as objectively as we please. Nonetheless, we can never see them with any eyes except our own'. (53) 'Law is always made in terms of what life has meant to those who make the law' (Laski).

De ontstellend grote perceptie- en ervaringskloof tussen rechterlijke macht en burgerij, is een structurele hinderpaal voor enig vertrouwen van een belangrijk deel van de bevolking in de rechter. Democratisering van samenleving en rechterlijke is derhalve geboden indien men rechtspraak wil baseren op vertrouwen.

(53) B. N. Cardozo, *The nature of the judicial process*, p. 13.

3. Er is een botsing tussen de verwachting, waarmee de gewone man 'naar de rechter gaat' en de manier waarop hij vervolgens het proces ervaart en ondergaat. Deze botsing heeft vele aspecten. De burger verwacht dat 'hem recht gedaan wordt', of 'dat hij zijn recht zal krijgen' zonder dat hij precies de regels van het positieve recht goed kent. Er is dus een verwachting van substantief recht en deze verwachting wordt erg vaak gefrustreerd. Een subjectieve notie van *recht* en rechtvaardigheid botst heel vaak op de objectieve *regels*. Weber heeft reeds gesignaleerd dat de niet-geprivilegeerde klassen niet veel van het juridische formalisme en de juridische reglementering verwachten of te verwachten hebben. Zij zouden meer voor een irrationele vorm van rechtspraak zijn (bijv. jury-rechtspraak) 'It appeals to the sentiments of the layman who feels annoyed whenever he meets with formalism in a concrete case and it satisfies the emotional demands of those underprivileged classes which clamour for the substantive justice'. (54) Weber wil niet terug naar een irrationele Kadirechtspraak en zijn pleidooi voor onpersoonlijke, rationele rechtspraak acht ik ook zeer juist. Niettemin blijft er een probleem bestaan om de discrepantie tussen verwachting en ervaring, tussen irrationaliteit en rationaliteit, tussen subjectiviteit en objectivering niet te groot te maken, althans om de discrepantie begrijpelijk en aanvaardbaar te maken; het waarom van de rationaliteit en de objectivering moet duidelijk gemaakt kunnen worden. Dit is óók een taak van de rechter. Bovendien meen ik dat Weber een te scherpe tegenstelling ziet. Er is bij een groot deel van de bevolking wel degelijk óók een behoefte aan formeel recht in de zin van inachtneming van elementaire rechtsbeginselen. En deze behoefte wordt naar mijn mening ook door vele instanties en door vele rechters gefrustreerd met als gevolg onrechtgevoelens. Indien iemand met gespannen verwachting naar een kantonrechter gaat en na vijf minuten weer buiten staat zonder gezegd te kunnen hebben wat hij wilde zeggen, frustreert dit zijn gevoelens, *zelfs* als de rechter zijn zaak *objectief* juist en volgens de regels heeft behandeld, dus ook als de burger weet dat hij fout is geweest. 'Gehoord worden' *in de subjectieve betekenis die de burger eraan geeft* is een formeel beginsel van behoorlijke rechtspraak. Door de bureaucratische druk van de rechtspleging en door ongeïnteres-

(54) Max Weber, *On Law in Economy and Society*, Max Rheinstein (ed.), p. 317, 318.

seerdheid, onbewuste klassebevooroordeeldheid van rechters komen deze elementen niet aan bod. Als men voor een sociale uitkering gekeurd moet worden door een keuringsarts en men wordt afgekeurd, nadat de arts slechts twee minuten onderzoek gedaan heeft, frustreert deze praktijk de gevoelens van *recht in formele zin*. Een keuring van twee minuten is procedureel onjuist (cf. een psychiatrisch rapport na 10 minuten onderzoek). Het inachtneming van dergelijke in het dagelijks leven operationele beginselen van formeel recht, kan een groot gedeelte van frustraties en onmacht wegnemen die nu de aanvaardbaarheid van beslissingen in de weg staan. Mijn vermoeden is dat door de gepreoccupeerdheid van vele rechters met de substantieve kanten van rechtszaken, te weinig 'recht' wordt gedaan aan gewone burgers.

Ik wil proberen deze observaties op een algemener en abstracter niveau te formuleren. Er is veelvuldig een botsing te constateren tussen de te *geringe* distantie van de justitiable en de te *grote* distantie van de rechter (de jurist in het algemeen). Nu is distantie een groot goed, niet alleen voor de rechtspraak, ook voor het sociale en wetenschappelijke leven. Distantie wordt bereikt door verzakelijking, objectivering, rationalisering. Door dit proces van objectivering (aan deze term geef ik de voorkeur) kunnen mensen bevrijd worden uit al te informele pressie, onmacht tegenover overheersende partijen, emotionaliteit, subjectieve willekeur e.d. (55) Vele vormen van interactie in het sociale leven zijn geobjectiveerd. Het recht is één groot systeem van objectivering van sociale relaties, gevat in specifieke termen. Het grote gevaar van deze objectivering (verzakelijking, rationaliteit, distantie) is de niet geringe mogelijkheid dat die objectivering voor de werkelijkheid wordt gehouden, of dat de werkelijkheid nog uitsluitend geïnterpreteerd kan worden in die geobjectiveerde termen. En ik meen dat vele juristen in deze valkuil vallen. De jurist ziet snel wat er in de complexe werkelijkheid voor hem glinstert, relevant is, schift de rest uit en heeft vaak niet meer door dat de anderen (de burgers, cliënten, verdachten) dat objectiveringsproces niet (meer) kunnen volgen. Dit geeft kortsluiting en vervreemding naar twee kanten. Bij de burger is er het onvermogen om op zijn eigen situatie te reflecteren, dus om op enige afstand 'zijn zaak' te bekijken. Hij blijft gevangen in zijn subjecti-

(55) Uitvoeriger hierover C. J. M. Schuyt, Normen en feiten in de rechtssociologie, preadvies voor de *Vereniging van Wijsbegeerte des Rechts*, dec. 1974.

viteit, hij kan zijn positie niet situeren ten opzichte van anderen. De jurist creëert bij zichzelf al heel snel een *onvermogen om zich in te leven in concrete* leefomstandigheden van andere mensen, een onvermogen om te luisteren naar dingen die 'rechts niet relevant' zijn. Hij pleegt een drastische kortwieling van ervaring van anderen in het sociale leven, hij heeft geen tijd voor deze dingen, geeft weinig uitleg van zijn beslissingen. Kortom dergelijke eigenschappen leveren samen een autocratisch optreden op. De jurist vervreemdt van zijn justitiabelen, zoals deze vervreemden van het recht. Beide zouden inderdaad in een filosofische zin vervreemd genoemd kunnen worden. Menig jurist kan zich door zijn eenzijdige selectie uit de werkelijkheid niet meer plaatsen in die werkelijkheid, hij is blind geworden voor structuren en relaties, waarin hijzelf participeert. Mijn conclusie hieruit is de volgende: De specifieke bijdrage van het recht aan het maatschappelijk leven, nl. de objectivering, dient zelf kritisch te worden genanalyseerd (d.w.z. tot object van reflectie te worden gemaakt). In de relaties tussen burgers en rechters/juristen in het algemeen worden de interacties, die onderwerp van aandacht zijn, *in een te vroeg stadium* volledig verzakelijkt, geobjectiveerd. Gevolg: vervreemding, onmacht en frustratie. Het proces van objectivering moet aan de burgers zelf inzichtelijk en aanvaardbaar gemaakt worden. De niet-distantiërende burger en de te vroeg distantiërende rechter/jurist moeten elkaar a.h.w. halverwege op een gemeenschappelijk ontmoetingsveld tegenkomen, om vervolgens ver te gaan. Objectivering als eindpunt van een interactie en niet als begin dat bepalend wordt voor het verdere verloop van de interactie.

Hiermee is het probleem van het vertrouwen van de burger in de rechterlijke macht nog niet geheel opgelost. Er blijft nog een problematiek over, die ontstaat uit het positieve recht, dat rechters toepassen. Want als de rechter perfect zijn taak vervult, voor de burger zeer aanvaardbaar optreedt, het waarom van objectivering en distantie begrijpelijk maakt, alle formele beginselen in acht neemt, dan nog kon hij een uitspraak doen, die volledig tegen het belang van een burger ingaat. Met andere woorden: er bestaat nog een probleem van klassejustitie.

Klassejustitie

Het begrip klassejustitie roept emoties op en nodigt uit tot het

uiting geven aan een oordeel of vooroordeel: er bestaat wel of geen klassejustitie. Zo werd de discussie ook gevoerd in Nederland. (56) Van primair belang bij deze discussie is een omschrijving van het begrip klassejustitie. Bedoeld men er mee dat er een bewuste en gewilde bevoor- of benadeling van bepaalde groepen verdachten of partijen door een rechter wordt toegepast, eventueel door een verdraaiing of verkrachting van een wetsebepaling, dan zal Lange-meijer gelijk hebben in zijn ontkenning dat er klassejustitie bestaat in Nederland. Maar bevoor- en benadeling van bevolkingsgroepen geschiedt in de moderne samenleving niet meer openlijk of pijnlijk oprecht. Het geschiedt veel meer via indirecte mechanismen en onbewuste beïnvloeding. Soms onttrekt het zich zelfs aan de actor indien deze niet gewend is zich zelf en zijn eigen handelen tot object van reflectie te maken. Deze indirecte, niet-intentionele vormen van klassejustitie hebben voor juristen en sociologen een andere betekenis. Voor een socioloog is het geen unieke constatering, dat er verschijnselen in de samenleving optreden, die niet aan één persoon of groep kunnen worden toegerekend, maar die ontstaan uit de combinatie van processen en factoren, uit een samenloop van omstandigheden, 'by human action, not by design'. Sociologische beweringen zijn dan meestal niet ad hominem gericht. Samen-zweringstheorieën zijn erg weinig sociologisch en meestal berusten zij op een ideologisch vertekend inzicht in de maatschappelijke werkelijkheid. Juristen daarentegen zijn gewend scherp te onderscheiden tussen intentionele en niet-intentionele handelingen, tussen opzettelijke en culpoze handelingen. Verschijnselen, die voortkomen uit een samenloop van omstandigheden of uit causale samenhangen, die niemand kan sturen of in zijn macht heeft, zijn voor hem weinig relevant. Als rechters dus geen bevoor- en benadeling van verdachten of partijen *gewild* hebben, dan kan er – in deze redeneertrant – geen sprake zijn van klassejustitie.

Ik acht dit een te eenvoudige voorstelling van zaken. Reflectie op eigen en andermans maatschappelijk handelen is een kenmerk van een rationele en democratische samenleving. Als er in die reflectie verschijnselen aan het licht komen, die wij niet wensen of gewild hebben kan er opnieuw gekozen en gehandeld worden- redres en hervorming.

(56) A. J. Knoop Koopmans, *Vormen van klassejustitie*, *NJB* 1969, p. 421 e.v. P. H. Hugenholtz, *Klassejustitie: realiteit*, *Intermediair*, 12-9-1969. G. E. Lange-meijer, *Klassejustitie: realiteit?* *Intermediair*, 12-9-1969.

De discussie over klassejustitie, die de laatste tijd in volle hevigheid in Duitsland gewoed heeft (57), concentreerde zich op de omschrijving van klassejustitie als indirect mechanisme. Men greep terug op twee klassieke omschrijvingen:

Karl Liebknecht gaat uit van vier gevallen van klassejustitie, te weten: (1) in de stijl van procesvoering, (2) in de beoordeling van standen van zaken in de werkelijkheid naar het waardenpatroon van de eigen klasse, (3) in de selectieve aanwending van het recht (wetsbepalingen en Generalklauseln) en (4) in de straftoemeting. E. Fraenkel (58) omschreef in zijn klassieke opstel in 1927 klassejustitie als volgt:

‘Klassenjustiz bedeutet dass die Rechtsprechung eines Landes einseitig von den Interessen und Ideologien der herrschenden Klassen beeinflusst wird, so dass trotz formaler Anwendung des Gesetzes die unterdrückte Klasse durch die Handhabung der Justiz beeinträchtigt wird’. (59)

Het klassebegrip en de klassestructuur hebben de laatste vijftig jaar veranderingen ondergaan. De klassenstructuur is in navolging van Weber meer af te leiden uit het toebedeelde pakket aan levenskansen van verschillende aard dan eenzijdig af te leiden uit de relatie met het kapitaalbezit in navolging van Marx. Weber volgend zijn de niet geprivilegeerde klassen vooral te vinden in de lagerbetaalde, geschoolde en ongeschoolde arbeiders, de bluecollars. De kennisfactor en de genoten opleiding begint doorslaggevend te worden voor onze samenleving. De consequenties hiervan voor de rechtspleging zijn groot en ernstig. De in het voorgaande reeds aangestipte perceptie-, ervarings- en communicatiekloof zullen een sterker stempel gaan drukken op de rechtspleging, naarmate het recht technischer, ingewikkelder wordt, zelfs wanneer er meer wetgeving

(57) R. Rottleuthner, *Klassenjustiz? Kritische Justiz*, 1969, p. 1-26. Th. Raschorn, *Von der Klassenjustiz zum Ende der Justiz*, *Kritische Justiz*, 1969, p. 273-283. R. Lautman, *Soziologie vor den Toren der Jurisprudenz*, 1971, hfdst. 4.3, p. 68-85. R. Geffken, *Klassenjustiz*, 1972. O. Negt e.a., *Klassenjustiz? SBG-Jura*, 1972. *Klassenjustiz heute?* in: *Vorgänge* 1973 met bijdragen van Kaupen, Knoche, Kupke, Lautman, Müller, Ostermeyer, Ott, Oeters, Raschorn, Sack, Wasserman. H. Rottleuthner, *Richterliches Handeln*, 1973, hfdst. 5. Th. Raschorn, *Recht und Klassen, Zur Klassenjustiz in der Bundesrepublik*, 1974.

(58) Karl Liebknecht, *Rechtsstaat und Klassenjustiz* (1907) in: *Gesammelte Reden und Aufsätze*, Bd. II, p. 38 e.v.

(59) E. Fraenkel, *Zur Soziologie der Klassenjustiz* (1927), in: E. Fraenkel, *Reformismus und Pluralismus*, op. cit.

komt die deze lagere klassen begunstigen. Zelfs begunstigende wetsbepalingen en subjectieve rechten zullen als oppressief ervaren worden en gepercipieerd worden, naarmate de onbegrijpelijkheid van het recht toeneemt. Een gebureaucratiseerde rechtspleging zal dit slechts versterken voor mensen, voor wie het invullen van formulieren, het schrijven van een brief etc. een moeilijke zaak is. Er kan nu reeds van klassejustitie gesproken worden in de eerste en tweede betekenis van Liebknecht: in de procesvoering en in de beoordeling van handelwijzen naar het waardenpatroon van de eigen klasse van de rechters. Het is van belang op te merken dat dit niet per se ligt aan de maatschappelijke herkomst van de rechters en hun politieke oriëntatie (hoewel deze een krachtige invloed uitoefenen), maar ook kan liggen aan de eenzijdig-juridische, eenzijdig-cognitieve opleiding. Verandering van samenstelling van de rechterlijke macht naar herkomst of politieke oriëntatie verandert niets aan het probleem van opleidingsklassejustitie in onze samenleving in de tweede helft van de 20e eeuw, zolang deze samenleving weinig doet aan de negatieve effecten van de grote kennis- en vaardigheidsverschillen.

Democratisering van de rechtspleging zal naast herkomst en politieke oriëntatie vooral op de procesvoering en de waardeninvloed van de rechtersklasse betrekking moeten hebben. Ik ben zelf ervan overtuigd dat hier het dringendste probleem ligt van het vertrouwen in de rechterlijke macht. De aanwezigheid van de derde vorm van klassejustitie in de omschrijving van Liebknecht zal slechts via langdurig en ingenieus opgezet jurisprudentie-onderzoek kunnen worden getoetst, terwijl de reeds in Nederland verrichte straftoemingsonderzoeken voorlopig geen aanwezige bias hebben aangetoond. (60) In het strafrecht ligt de eenzijdige selectie vooral in de opsporings- en vervolgingsfase. (61)

Het begrip klassejustitie moet bovendien nog worden onderscheiden van het begrip politieke rechtspraak, dat slaat op een bewuste bevoor- of benadeling van verdachten op grond van politieke motieven. Meestal wordt politieke rechtspraak aangewend ter intimidatie, opberging of zelfs liquidatie van echte of vermeende tegenstanders van een bepaald politiek regiem. In de woelige jaren zestig zijn er ook in Nederland wel gevallen geconstateerd van politieke

(60) Zie bij: C. P. C. M. Oomen, op. cit.

(61) R. W. Jongman, *Ongeijlike kansen in de rechtsgang*, openbare les, Groningen, 1972.

rechtspraak met name om een lastige groep provo's via het strafrecht te intimideren. Men kan hier naar mijn mening echter niet spreken van klassejustitie. Het is zelfs de vraag of de incidenteel aan het licht komende verschillen in behandeling (bijv. de Baarnse moordzaak) indicaties zijn van klassejustitie. Want juist als men de term neemt in zijn indirecte betekenis, die betrekking heeft op een permanent werkend, doch impliciet blijvend mechanisme ter benadeling van een vrij grote groep burgers, dan moet men de indicatie voor klassejustitie elders zoeken: in het verschijnsel van repressieve communicatie door het recht.

Het probleem van de communicatiekloof tussen het merendeel van de burgers en het overgrote deel van de rechterlijke macht (juristen in het algemeen) laat zich verder uitdiepen. Er is nl. niet alleen een kloof in de communicatie, maar de communicatie van de burgers wordt zelfs geblokkeerd en onderdrukt. Hier kan men in navolging van Claus Mueller spreken van repressieve communicatie (62): een situatie waarin het geïnternaliseerde taalsysteem niet in staat is om de subjectief ervaren noden te articuleren boven het puur emotionele niveau. De uitingsmogelijkheden via de taal kunnen geblokkeerd zijn. Aan de stroom van ervaringen wordt dan cognitief op inadequate wijze uiting gegeven. Op het individuele niveau wordt de ontwikkeling van autonomie verhinderd en zelfbewust wording geremd. Op het niveau van de sociale klasse resulteert het in het onvermogen om zich zelf en zijn eigen ervaringen te localiseren in de samenleving.

Nu is het recht een communicatief systeem bij uitstek. Via de taal van het recht worden maatschappelijke handelingen geïnterpreteerd en geëvalueerd in juridische termen. Maar het in het recht ontwikkelde taalsysteem is gebaseerd op ervaringen van individuen en groepen uit de hogere en gegoede middenklassen. Zij zijn derhalve in staat om via de structuur van dit communicatiesysteem (regels van het recht, procedures) zichzelf en hun handelingen te interpreteren in die juridische termen. Ze zijn in staat om hun belangen juridisch te articuleren. Voor die individuen en groepen die hier niet aan toe zijn fungeert het recht als een systeem van repressieve communicatie. Het recht komt recht op je af, is bedreigend,

(62) Cl. Mueller, *The politics of communication, A study in the political sociology of Language, Socialization and Legitimation*, Oxford, 1973.

zélfs als sommige regels in je voordeel zijn. De opgedane ervaringen van deze individuen en groepen moeten – willen zij via het recht gearticuleerd worden – gegoten worden in termen, die ontleend zijn aan de ervaringen van *andere* groepen en individuen, met name aan de reeds genoemde hogere en gegoede middenklassen. Zeer veel mensen in de lagere strata van onze samenleving zijn niet in staat hun eigen belangen zelfstandig te articuleren of om hun ervaringen en handelingen op juridisch-adequate wijze te interpreteren. Het vermogen om op eigen wijze je belangen te articuleren via taaluitingen, die ontleend zijn aan de eigen ervaring is bepalend voor de mate van autonomie. De objectiveringen van het recht – en we hebben voordien betoogd hoe belangrijk het proces van objectivering is – zijn geënt op en ontleend aan de ervaringen en aan de belangen van de gegoede middenklassen. Om het scherp te formuleren: ook de rechten van de lagere klassen worden geformuleerd in termen, die ontleend zijn aan ervaringen van de gegoede klassen. Het recht houdt via zijn communicatiesystemen scherp verschil in stand in de verdeling van autonomie in de samenleving: een situatie die niet overeenstemt met de doelstelling van de democratische rechtsstaat.

Deze verschillen in autonomie, die niet meer per se samenvallen met de verschillen tussen rijk en arm, maar veel meer met de onderscheiding in hoge versus lage opleiding, zullen door een versterkte rationalisering van de rechtspleging groter worden. Dit brengt mij tot de stelling, dat deze rationalisering slechts gerechtsvaardig is als tegelijkertijd het systeem van rechtshulp voor deze burgers en groepen drastisch en effectief wordt verbeterd. Rechtshulp wordt dan gezien als de vertaling in juridisch-adequate termen van de subjectief gevoelde noden en subjectief-emotioneel beleefde ervaringen van deze groepen.

De behoefte aan rechtshulp is daar gelokaliseerd, waar mensen op generlei wijze in staat zijn hun rechten en plichten te articuleren, te zien of onder woorden te brengen. Hierdoor wordt hun positie voornamelijk geïnterpreteerd en dus bepaald in termen die niet aansluiten bij hun ervaringen en hun belangen. Er is voor deze burgers geen congruentie tussen hun materiële positie en de gebruikte communicatieve symbolen, die betrekking hebben op die materiële positie. Elke identificatie met het recht en het rechtssysteem wordt hierdoor verhinderd. Met ervaren problemen weet men geen raad. Men weet niet waar men naar toe kan of naar toe

moet en zelfs als men de weg gevonden heeft is men weinig in staat het gebeuren te begrijpen en te interpreteren. Men valt terug op gegeneraliseerde werkelijkheidsinterpretaties, die wel aan de eigen ervaring en emotie ontleend is: 'Er schijnt niets aan te doen te zijn'. Men moet aanvaarden wat men emotioneel niet kan aanvaarden. Men berust, maar er ontstaat geen emotionele verankering. Een illustratie:

'De uitspraak van de Centrale Raad van Beroep is nog niet afgekomen, dat kan nog wel even duren heb ik begrepen. Kunt U zich indenken dat ik daarin echter niet het minste vertrouwen meer heb?'

'Al die tijd laat men mij in het ongewisse of men het zaakje wel ontvangen heeft of wel in behandeling kan nemen. Men doet eenvoudig of de klager er verder niets mee te maken heeft. Een klein beetje wellevendheid door een kort berichtje kan er voor de kleine man niet af. Die moet die ondragelijke onzekerheid maar voor lief nemen' (uit: archief rechtshulp-onderzoek, Nijmegen).

Dit verschijnsel van geblokkeerde communicatie leidt er toe dat het recht niet veranderd wordt in de samenleving, er geen vertrouwensbasis zal kunnen ontstaan. Extrapoleert men deze ontwikkeling zelfs naar het jaar 2000 dan zullen in die tijd nog slechts juristen in staat zijn zich met het recht te identificeren. De juristen worden dan koning van een land zonder burgers, de vertolkers van een taal, die niemand meer spreekt of aanspreekt.

In 1925 schreef Laski het volgende:

'We need a public office of legal advice attached to every court in the State. The office should be attached to the local authority which is served by the court and should be staffed by officials appointed by the local authority, since experience serves to show that a large number of its cases will be concerned with problems which arise out of questions within the competence of the local authority. It should broadly have three divisions: (1) a division of advice (2) a division of mediation (3) a division for the preparation of cases for the courts'. (63)

Ongeveer in dezelfde tijd als Laski dit schreef, begeleidde P. Scholten zijn studenten in een rechtshulpproject in Amsterdam.

(63) H. Laski, *A grammar of politics*, 1925, p. 567 (uitgave 1973, London).

Het is een duidelijke aanwijzing voor de klassebevooroordeeldheid van het recht, de rechtswetenschap en de juridische functionarissen, dat men nu, vijftig jaar later, nauwelijks verder is dan toen. Het is tevens een van de dieperliggende factoren van een permanent wantrouwen jegens recht en rechterlijke macht bij een grote groep van de bevolking.

PAR. 4. CONSEQUENTIES UIT HET VOORAFGAANDE VOOR DE SAMEN-
STELLING, SELECTIE EN OPLEIDING VAN LEDEN VAN DE RECHTERLIJKE
MACHT

Uit de voorafgaande drie hoofdstukken volgen vele richtlijnen voor het probleem van de samenstelling van de rechterlijke macht, voor de selectie en opleiding van de magistraat. Ik meen dit probleem als volgt geformuleerd kan worden: Wat is de invloed van samenstelling en opleiding op de geformuleerde taakstelling van de rechterlijke macht, op de moeilijkheden bij deze taakuitoefening en op de vertrouwensrelatie tussen magistratuur en burgerij?

Vier aspecten vragen hier om behandeling:

(a) de maatschappelijke herkomst, (b) de politieke oriëntatie, (c) de eenzijdig gerichte juridische opleiding en (d) de nascholing; *RAIO* en post-doctorale cursussen.

Ad a. De eenzijdig maatschappelijke herkomst vormt een probleem voor de waardenoriëntatie binnen de rechterlijke macht. Te veel heimwee naar een orde, waarin alles nog rustig en goed was – en dat was geen democratische orde – vormt een gevaar voor de handhaving van een democratische rechtsstaat. Daarnaast moet de rechtsstaatconceptie zelf met haar problemen meer bewust gemaakt worden, hetgeen in een eenzijdig samengesteld milieu ook niet snel zal geschieden. Voorts geeft de eenzijdige herkomst het probleem van het grote inlevingsvermogen met mensen uit dezelfde laag en een zeer gering inlevingsvermogen met de meerderheid der burgers. De socialisatieprocessen in de hogere en middenhogere lagen leiden in meerderheid tot een arrogante en vaak neerbuigende houding jegens de lagere klassen, die in tijden van maatschappelijke crises en conflict tot een vijandige houding kunnen uitgroeien. Een geblokkeerde communicatie ten processe en een te grote rol van de waarden van de eigen klasse bij het beoordelen van allerlei

handelingen en gebeurtenissen kunnen hiervan het gevolg zijn. Overigens heb ik een nog door onderzoek te verifiëren vermoeden, dat de recrutering de laatste tien tot vijftien jaar geen oververtegenwoordiging van de hogere lagen te zien zal geven. Andere factoren, bijvoorbeeld studieresultaten en confessie, kunnen belangrijker geworden zijn. Het zou een algemene hypothese kunnen bevestigen dat de samenstelling van de rechterlijke macht altijd achter loopt bij de actuele politieke krachtsverhoudingen. In de liberale periode in de tweede helft van de 19e eeuw, recruteerde de rechterlijke macht nog voornamelijk uit de aristocratie. Bij een onder invloed van het algemeen kiesrecht overwegend confessioneel stempel op de politiek, gaat de rechterlijke macht voornamelijk bestaan uit liberalen, en u het confessionele element in de politiek in gewicht afneemt, is een groot deel van de rechterlijke macht gerecruteerd uit de confessionele hoek. Als het aantal socialisten of sociaal-democraten in de rechterlijke macht toegenomen zal zijn, zal wellicht de invloed van deze groepering in de politiek en in de samenleving al weer aan het afnemen zijn, ofwel ten gunste van een nieuw rechts-autoritair bewind ofwel ten gunste van een links-autoritair bewind. In alle situaties bestaat er een probleem van representatieve samenstelling van de rechterlijke macht. Zulke hypothesen zouden door historisch-sociologisch onderzoek geverifieerd kunnen worden. Een op de democratische waarden gerichte rechterlijke macht heeft niets te vrezen van onderzoek noch iets te verbergen. Het is bovendien een vastgesteld feit, dat de externe democratisering van het onderwijs moeizaam verloopt en de eenzijdige maatschappelijke herkomst van de juristen in het algemeen buiten het door een hervorming van de rechterlijke macht te beïnvloeden maatschappelijk krachtenveld ligt.

Ad b. Dat politieke oriëntatie de iure geen beletsel mag zijn voor toetreding tot de magistratuur staat buiten twijfel. Dat het de facto wel een rol speelt eveneens. Een oplossing zou kunnen liggen in een welbewuste doorbreking van de nadelige effecten van een verkeerd opgevatte groepsgeest. Een van de mogelijkheden om realiter een doorbraak tot stand te brengen is het veelvuldig opnemen van buitenstaanders, die na een lange periode van maatschappelijke ervaring buiten de magistratuur, maar vooral buiten de juridische sfeer, rechter (willen) worden (juristen werkzaam geweest in journalistiek, wetenschap, vakbeweging, bedrijf, welzijnswerk). Dit zal

enerzijds het inlevingsvermogen verhogen, anderzijds een leerproces op gang brengen binnen de rechterlijke macht, Dit is een tweezijdig leerproces: de rechters van buiten zullen de waarde van de juridische objectivering en de juridische rechtsvindingsmethoden en technieken (weer) moeten aanleren; de rechters van binnen zullen profijt kunnen trekken van de bredere maatschappelijke ervaring en bredere maatschappelijke oriëntatie van de van buiten aangetrokken leden. Uiteraard zal dit proces niet zonder aanloop-moeilijkheden verlopen. Maar een ontmoeting tussen het 'juridische' en het 'maatschappelijke' binnen de eigen ervaring en binnen het eigen werk van de rechterlijke macht is veel waardevoller en veel effectiever voor een gewenste bredere weerspiegeling, dan een uitsluitend cognitieve kennis-verwerving van het 'maatschappelijke' via cursussen sociologie, psychologie e.d. Omdat de Commissie tot Hervorming van de Rechterlijke Organisatie toch in termijnen van tien jaar denkt, zou een goed gepland zes- of tienjarenplan om in zes of tien jaar te komen tot een breder samengestelde rechterlijke macht via een aparte *juridische* bijscholing van buitenstaanders, verreweg te prefereren zijn boven een eenzijdig geselecteerde rechterlijke macht met een verbrokkelde *sociaal-wetenschappelijke* bijscholing.

De ervaring met onderwijs aan oudere mensen, die reeds een baan hebben of gehad hebben, zou als voorbeeld kunnen dienen hoe belangrijk het is voor een bepaalde kennisverwerving dat men een tijd elders gewerkt heeft. Concreet komt dit voorstel er op neer, dat een verhouding 25% RAIO's - 75% - buitenstaanders als norm gesteld wordt. Dat vereist een herziening van vele programma's, o.a. de salierings- en opleidingsplannen. Tevens wordt het veel belangrijker om een marktonderzoek te verrichten onder potentiële rechters in de maatschappij, dan het op dit moment ondernomen marktonderzoek naar de beeldvorming over en houding jegens de magistratuur onder juridische studenten. Zo'n lijn leidt tot een eenzijdig samengestelde rechterlijke macht, met een sterk afgekapselde maatschappelijke ervaring en met een opleiding die voornamelijk bestaat uit de papieren werkelijkheid van het dossier.

De benoeming van zo'n breed samengestelde rechterlijke macht zou geregeld moeten worden in de lijn van de voorstellen van Cnoop Koopmans en Leyten. (64) Het maatschappelijke effect van een

(64) A. J. Cnoop Koopmans, Rechter en politiek, *NJB* 1973, p. 630-638. J. C. M. Leyten, Reactie, *NJB*, 1973, p. 1201-1206.

verbreding van de rechterlijke macht in combinatie met een gedemocratiseerde (eerste) benoeming zou zijn een sterkere verworteling van de rechterlijke macht in de samenleving. Een verhoogde aantrekkelijkheid voor toetreding van buitenstaanders-juristen met een andersoortige ervaring zou een gunstig bijkomend effect zijn.

Ad c. Hoewel dit niet de plaats is om opnieuw binnen de NJV de opleiding aan de orde te stellen, blijkt uit het voorgaande dat naar mijn mening de juridische opleiding het gevaar oplevert van een te vroege objectivering van de sociale werkelijkheid in uitsluitend juridische categorieën. Het nut en doel van deze objectivering wordt zelf niet geobjectiveerd (in gedistancieerde beschouwing genomen en vervolgens kritisch gewogen). Daarmee wordt de communicatie met burgers sterk verminkt ten nadele van die burgers en wordt de eigen plaatsbepaling van de jurist ten opzichte van andere wetenschappen en functies niet aan de orde gesteld. De jurist loopt aldoor het gevaar door zijn opleiding en beroepspraktijk te vervreemden van zijn medeburgers.

De juridische opleiding zoals deze aan vele universiteiten geschiedt is mijns inziens *vanaf de eerste dag* reeds te gespecialiseerd. Het is juist geen 'general study', zoals vaak beweerd wordt, maar een zéér gerichte studie. Het leidt op tot een 'trained incapacity' om de werkelijkheid in andere dan in juridische termen te ordenen. Door deze te vroege specialisatie komen tevens de grondslagen van de politieke gemeenschap niet aan de orde: een reflectie op de grondvragen en de grondslagen van staat en samenleving en de noodzakelijke rol die het recht hierbij speelt. De rechtsstaatconceptie van vele juristen lijkt nu teveel op een van buiten geleerde formule, los van de werkelijkheid. Politieke theorie, makro-sociologie en sociale geschiedenis zouden het historisch-accidentele van onze samenleving kunnen aantonen en de daaruitvoortvloeiende noodzaak aan deze geschiedenis verder te werken, naar eigen keuze en inzicht (de autonome legitimering van onze democratie).

De angst van juristen om de relatie politiek en recht aan de orde te stellen zou wel eens kunnen liggen aan hun zeer enge definitie van politiek, de definitie van de duitse rechtswetenschap en met name die van Carl Schmitt. Deze ziet politiek als de libido dominandi, de definitieve scheiding van vriend en vijand. Deze definitie van politiek staat scherp tegenover de omschrijving in de angelsaksische wereld, zoals bijvoorbeeld in de uitdrukking 'A grammar of poli-

tics'. Het betreft hier de grondslagen van de politieke gemeenschap, de keuze betreffende de inrichting van de voornaamste instituties van die gemeenschap. De rol van het recht bij de inrichting van die samenleving en haar instituties heeft in deze betekenis alles met politiek te maken, zij het niet met de politiek van vriend-of-vijand.

Omdat deze enge benadering van politiek in het onderwijs en de rechtswetenschap doorspeelt in de benadering van politiek binnen de rechterlijke macht, zou een opleiding op bredere schaal, meer angelsaksisch gericht inplaats van Duits-gericht, vruchten afwerpen voor de rechtspraktijk.

Ad d. Wat geldt voor de juridische studie, geldt ook voor de postdoctorale opleiding. Zij moet in het teken staan van de doorbreking van de 'trained incapacity'. Niet uitsluitend in cognitieve zin, maar ook in de vorm van een leerproces. Een cursus 'psychologie van de delinquent' is gevaarlijk zonder een cursus 'psychologie van de rechter'. Immers bij een primair cognitieve cursus over de delinquent wordt deze wederom tot object gemaakt. Maar dat is hij al zo vaak in de relatie met de rechter. Ook 'een dagje naar de gevangenis' kan dit tot-object-maken niet doorbreken. Objectivering van en zelfreflectie op het eigen ik zou de rechter misschien laten doordringen tot de wortels van zijn weerstand jegens vernieuwing en verandering. Welke motieven domineren bij deze weerstand? Een zelfbewuste rechter kan misschien een waardevoller oordeel vellen dan een rechter aan wie altijd geleerd is dat 'je nooit af mag gaan', zelfs als deze de hele sociaal-wetenschappelijke boekerij bestudeerd heeft 'omdat dat tegenwoordig moet'.

Om dezelfde reden is een cursus 'sociologie van de arbeidersbuurt' gevaarlijk (en eigenlijk zeer arrogant) zonder een soortgelijke cursus 'sociologie van de villawijk'. Het aanleren van zelfkennis is ook een weg om een ander beter te kunnen begrijpen of te beoordelen. Maar zelfkennis is nu juist een van de waarden die in de gegoede, op prestatie gerichte, individualistisch ingestelde middenklasse van de moderne westerse industriestaat, in verdrukking komt. De vele negatieve effecten van zo'n onderdrukking van bepaalde waarden voor de lagere klassen én voor de gegoede klassen zelf, zouden in zo'n cursus aan de orde komen. (65)

(65) Een rake beschrijving van de groep 'maatschappelijk geslaagden' geeft Ph. Slater, *The pursuit of loneliness*, Bacon Press, 1972.

Na de doorbreking van de 'trained incapacity' van het juridische dogma, moet de nascholing vervolgens direct in het teken staan van het maatschappelijke belang van het specifiek juridische, van de juridische objectiveringen, regels, procedures en beginselen. Er zal derhalve veel specifiek juridische kennis aan de orde moeten komen plus de in- en toepassing van deze kennis bij de oplossing van geschillen in de samenleving.

PAR. 5. CONCLUSIE

De centrale problemen van de herziening van de rechterlijke macht kunnen worden omschreven als rationalisering en democratisering. Beide worden onder andere benamingen genoemd door de Commissie Wiersma. Ik heb geprobeerd de maatschappelijke wortels van beide problemen aan te geven. Beide zijn opgenomen in een maatschappelijk proces op makroschaal binnen onze westerse cultuur. De nieuw in te stellen commissie zal systematischer deze relaties met de bredere samenleving moeten nagaan. Doet zij dit niet, dan loopt ze het gevaar met eenzijdige voorstellen te komen hetgeen wellicht een probleem oplost, maar tegelijk vele nieuwe creëert.

Ook heb ik gewezen op de mogelijke onverenigbaarheid van maatregelen, die enerzijds gericht zijn op rationalisering, anderzijds op democratisering. Ook deze spanning is niet nieuw of iets specifiek voor het recht. Het is de verschijning van een van de vele dilemma's van onze cultuur binnen een institutie. Een analyse van de rol van rechtspraak, een verheldering van de rechtsstaatgedachte en haar structurele problemen lijken mij derhalve een noodzakelijk onderdeel te zijn van de hervormingsarbeid.

Wat tenslotte het meest opvalt – ook in dit preadvies – is het ontstellende gemis aan enig nederlands onderzoekmateriaal. In het rapport van de Commissie Wiersma ontbreekt zelfs de verwijzing naar literatuur over onderzoek. Veel van mijn beweringen kunnen derhalve slechts aarzelend gepresenteerd worden.

Toch zou een gerichte studie over de problemen en ervaringen met de Justizreform in Duitsland al vele voordelen opleveren. Een van de – voor een rechtssocioloog – prettige voordelen ligt in het feit dat in Duitsland de gebieden waarop sociologisch onderzoek nodig en nuttig wordt geacht door leden van de rechterlijke macht zelf ge-

formuleerd konden worden. Zitscher (66) noemt als bijdrage van de sociologie:

- onderzoek naar de ondoorzichtigheid van de huidige rechtspraak voor de leek
- onderzoek naar de secundaire werking van rechterlijke beslissingen (de aanvaardingsproblematiek)
- onderzoek naar de vraag of een algemene rechtbank met feitelijke uitwisselbaarheid van de rechter of juist een speciale rechtbank voor speciale gebieden overeenkomt met de functie van rechtspraak in de samenleving
- onderzoek naar de vraag in hoeverre nu reeds bijzondere rechtspraak ontstaan is
- onderzoek naar de methoden van rechtsvinding (kwantitatief en kwalitatief)
- onderzoek naar de sociale herkomst van de rechterlijke macht en de te doorlopen socialisatieprocessen
- onderzoek naar de beroepsblindheid van de rechter in relatie met onderzoek naar de juridische opleiding
- onderzoek naar de geografische en procesrechtelijke problemen bij de bevolking (concentratieproblematiek)
- onderzoek ter verheldering van de rechtsstaatitudee.

Het is duidelijk dat bij zo'n onderzoekprogramma de juristen zelf mee aan het onderzoeken moeten slaan. Niet meedoen zou op een Überforderung van de (rechts)sociologie neerkomen.

(66) W. Zitscher, *Rechtssoziologische und organisationssoziologische Fragen der Justizreform*, Köln, 1969, blz. 68-72.