

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

W. E. J. Tjeenk Willink, Zwolle

PREADVIES MR. H. L. WEDEVEN

Taak en positie van de rechterlijke macht in onze samenleving

- Begrenzing van het onderwerp, 73
- Specialisatie, concentratie, integratie, *unus iudex*, 75
- Rechtspraak en (sociaal) politieke vragen, 76
- Politiek in enge en ruime zin, 77
- Rechterlijke onafhankelijkheid en het gelijkheidsbeginsel, 78
- Verhouding tussen beslissing en norm, 79
- Strafrecht en sociaal-politieke problemen, 81
- Burgerlijk recht en sociaal-politieke problemen, 82
- Marginale toetsing, 84
- Marginale toetsing in de praktijk, 86
- Marginale toetsing in stakingsgedingen, 87
- Marginale toetsing als norm in sociaal-politieke geschillen, 90
- Rechterlijke taak volgens Ter Heide, 91
- Notities bij Ter Heide, 93
- Benoemingsbeleid en politiek, 94
- Raad van Advies voor de rechterlijke macht?, 95

Taak en positie van de rechterlijke macht in onze samenleving

Begrenzing van het onderwerp

Het door het Bestuur der Nederlandse Juristen-Vereniging opgegeven onderwerp van dit preadvies is zo ruim dat ik – ook vanwege de beperkte tijd die mij ter beschikking staat – zekere grenzen moet trekken.

Als men de publicaties van de laatste jaren over de rechterlijke macht doorleest, valt het op dat daarin meer aandacht wordt besteed aan vragen van praktisch-organisatorisch belang (opleiding, specialisatie, benoemingsprocedure enz.) dan aan principiële kwesties. Blijkbaar is men met de opzet van onze rechterlijke organisatie, principieel gezien, in het algemeen wel tevreden. Ook in het rapport van de Werkgroep herziening rechterlijke organisatie (de zgn. Werkgroep Wiersma) – ‘Gedachten over de toekomst van de rechtspleging’ – vindt men voornamelijk op de praktijk gerichte kwesties besproken; slechts weinigen hebben blijkbaar behoefte aan fundamentele discussies. Is dat niet vreemd, nu de rechterlijke macht de laatste jaren zozeer in discussie is gekomen? Zou het tijdperk van culturele omwenteling, waarin wij ons volgens niet weinigen bevinden, de rechterlijke macht geheel onberoerd laten? Er zijn wel enkele stenen in de vijver gevallen. Ter Heide schreef zijn geruchtmakende inaugurele oratie (De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht, 1970). Cnoop Koopmans schreef zijn artikel over Rechter en Politiek in *NJB* 1973 bl. 630 en vlg.. De Coornhertliga deed van zich horen; zij vindt het blijkens een aan de Werkgroep Wiersma ingezonden advies noodzakelijk dat de ko-

mende staatscommissie voor de vernieuwing van de rechterlijke organisatie

‘zich eerst diepgaand bezint op de theoretische taak- en functie-analyse van de rechtspraak. Slechts het entameren van die discussie, gevoerd op wetenschappelijk niveau en op basis van langs wetenschappelijke weg verkregen empirisch materiaal, kan leiden tot voorstellen die een effectieve vernieuwing kunnen inluiden.

Met andere woorden, de staatscommissie zal zich eerst moeten bezinnen op de grondvragen van het rechtspreken. Op de uitkomst van deze bezinning moeten de organisatorische veranderingen worden gebaseerd. Zonder een zodanige bezinning ontvalt elk fundament aan concrete, in een nieuwe wet R.O. neer te leggen verandering’ (rapport Werkgroep Wiersma bl. 119).

Wil men weten welke ideeën er bestaan voor een technische verbetering van de organisatie der rechterlijke macht, dan kan ik niet beter doen dan hiervoor verwijzen naar het rapport van de Werkgroep Wiersma, speciaal naar de systematische rangschikking van de door de werkgroep ontvangen suggesties op bl. 25 en vlg. van het rapport.

De komende staatscommissie voor de herziening van de rechterlijke organisatie zal op basis hiervan tot praktisch uitvoerbare voorstellen moeten komen. Het lijkt mij niet goed mogelijk in dit preadvies op deze commissie-arbeid vooruit te lopen. Het trekt mij meer aan, stil te staan bij enkele principiële vragen die in de laatste tijd met betrekking tot plaats en functie van de rechterlijke macht in onze tegenwoordige samenleving aan de orde zijn gekomen; ik denk aan de verhouding tussen rechtspraak en levensbeschouwelijke of (sociaal)politieke kwesties, de vraag of de rechter een fundamenteel andere houding moet vinden (Ter Heide), of hij een bepaald beleid moet voeren, of de benoeming van rechters in verband daarmee anders dient te geschieden, enz.. Dit beantwoordt ook aan de bedoeling van het bestuur der N.J.V., zoals ik deze heb begrepen. (1)

(1) Dit preadvies was reeds voltooid toen het bijzondere nummer van *Themis* (afl. 5/6 van jaargang 1974) over ‘*De grenzen van de functie van de rechter*’ verscheen. Het was mij daarom niet mogelijk aan de daarin voorkomende belangwekkende beschouwingen over dezelfde vragen als hier aan de orde komen aandacht te geven.

Alvorens daartoe over te gaan merk ik ten aanzien van de praktisch-organisatorische aspecten van het rechterlijk werk nog op dat in al hetgeen de laatste tijd daarover is gesproken en geschreven, op sommige punten een communis opinio aan het groeien is. Dit geldt m.n. voor de specialisatie. Het lijkt mij overbodig deze kwestie opnieuw aan de orde te stellen. Ik volsta met te wijzen op het preadvies voor de N.J.V. 1970 van mr. B. W. van Houten over dit onderwerp en de besprekingen naar aanleiding daarvan ter vergadering van de N.J.V. op 13 januari 1970, waar men zich 'in overgrote meerderheid' ten gunste van specialisatie uitsprak (Handelingen 1970 deel 2 bl. 84). De informanten van de Werkgroep Wiersma achtten 'vrijwel unaniem' specialisatie 'dringend gewenst' (bl. 28 rapport W.W.). Men kan het betreuren dat wij op een gegeven moment bepaalde gebieden van het recht (min of meer) definitief moeten verlaten, maar we kunnen ons, zal de rechtspraak op behoorlijk niveau (blijven) functioneren, de luxe niet meer permitteren van all-round rechters die afwisselend de meest verschillende soorten van zaken behandelen. Een geleidelijk ingevoerde, aanvankelijk wellicht gematigde specialisatie lijkt onvermijdelijk; gematigd in die zin dat het m.i. (nog) mogelijk is jonge rechters gedurende enige jaren kennis te doen maken met alle soorten van rechtspraak en dat zij pas daarna een keuze doen; gematigd ook in deze zin dat (met uitzondering van thans reeds bestaande bijzondere specialismen zoals in kinder- en onteigeningszaken) vooralsnog met enkele 'grote' specialismen kan worden volstaan (civiele en strafzaken of zaken ad personam en ad rem bijv.).

Intussen schijnt het wel onvermijdelijk dat invoering van specialisatie zal moeten leiden tot vergroting en derhalve tot een zekere concentratie van de gerechten; velen van de informanten van de Werkgroep Wiersma waren deze mening toegedaan (bl. 27 rapport W.W.). Wellicht zal deze vermindering van het aantal gerechten, althans aanvankelijk, bij voorkeur aldus kunnen geschieden dat specialisten (anders dan gewone rechters) tegelijkertijd aan meer dan één college zijn verbonden, terwijl voorts – als opvolgende fase? – gedacht kan worden aan de mogelijkheid dat een (vergroot) gerecht, ter verhoging van de bereikbaarheid van de rechter, zitting houdt buiten de plaats van vestiging.

Naast concentratie zal specialisatie waarschijnlijk ook integratie

van de gerechten moeten meebrengen, althans van de kantongerechten en de rechtbanken. 'Verreweg de meesten die hun mening ter kennis van de werkgroep brachten' waren van mening dat tot samenvoeging van rechtbanken en kantongerechten moet worden overgegaan (rapport W.W. bl. 30).

Er is een vierde punt waar velen voor voelen: de *unus iudex*. Zie bijv. bl. 29 Rapport W.W.: 'Velen meenden dat uit een oogpunt van efficiency het instituut van de alleensprekende rechter in eerste aanleg sterk de voorkeur verdient boven collegiale rechtspraak'. Zelf voel ik niet zoveel voor de *unus*; de ervaring leert dat bij meer gecompliceerde zaken rechtspraak door een meervoudige kamer veelal betere resultaten oplevert dan door één rechter, terwijl de (betrekkelijk geringe) tijd die gemoeid is met bestudering van eenvoudiger zaken wel wordt opgewogen door het nut van de – zelden overbodige – controle. Ook sluit rechtspraak door meervoudige kamers beter aan op de hierna aan de orde komende gedachte dat rechtspraak te allen tijde dient te geschieden in overeenstemming met allen gelijkelijk bindende normen. Nu deze normen tegenwoordig, m.n. in het burgerlijk recht, voor een belangrijk deel niet meer zijn te vinden in geschreven wetten, geeft rechtspraak door meervoudige kamers een betere garantie voor aansluiting aan de heersende rechtsovertuigingen.

Rechtspraak en (sociaal)politieke vragen

Vanouds bestaat in Nederland de gedachte dat de rechterlijke macht zich verre van de politiek moet houden. Tegenwoordig komt men de mening tegen dat de rechter zich in feite wel degelijk met politiek bemoeit. In de bekende discussie tussen de oud-president van de Hoge Raad mr. Feber en prof. Delfgaauw heeft laatstgenoemde zelfs gesteld dat in politieke zaken (zoals die tegen de 'Johnson moordenaar'-betogers) politieke rechtspraak noodzakelijk is. Door het politieke aspect van de zaak te negeren zou de rechter zich juist op een politiek standpunt plaatsen, op het standpunt nl. dat het ons niet aangaat of een staatshoofd al dan niet oorlogsmisdaden pleegt. Is de rechtspraak in politieke zaken (als die tegen de Maagdenhuis-bezitters) niet politiek, 'dan roept zij bij de veroordeelden het besef op dat zij gestraft worden voor iets dat zij niet gedaan hebben en niet gestraft worden voor iets dat zij wel gedaan hebben' (NJB 1970 bl. 795 en 797).

Vooral Cnoop Koopmans heeft in een artikel 'Rechter en politiek' in *NJB* 1973 bl. 630 e.v. er de nadruk op gelegd dat de rechter in veel zaken in feite politieke keuzen moet verrichten, 'niet in de zin van partijpolitiek, maar in de zin van staatsbestuur, van maatschappelijk beleid, van sociale politiek'. Als voorbeelden noemt hij kwesties als straftoemeting, hantering van de generale preventie, in het civiele recht arbeidsgeschillen, stakingsconflicten, toepassing van het begrip onzorgvuldigheid in het maatschappelijk verkeer en in het kinderrecht misbruik van gezag en bedreiging met ondergang. De schrijver ziet in het veelvuldig voorkomen van dergelijke politieke zaken een grond voor zijn stelling dat alle politieke groeperingen in ons land zichzelf in de rechterlijke macht moeten kunnen herkennen; anders wordt in de kritische maatschappij van nu het vertrouwen in de rechterlijke macht ondermijnd.

Soortgelijke gedachten vinden wij bij Ter Heide in zijn inaugurele oratie 'De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht'. Sprekende over deze dingen gaat hij uit van de gedachte dat de rechter niet slechts een regel-toepasser is; hij 'maakt' ook recht. Door toepassing van de regel dat geen straf mogelijk is zonder materiële wederrechtelijkheid 'maakt' de rechter bijv. een feit strafbaar binnen de context van zijn tijd (a.w. bl. 30). Dit betekent dat ook de rechter beleid voert. In dit flexibele, steeds weer 'topisch' (d.i. met de blik gericht op maatschappelijke verhoudingen en opvattingen) te controleren beleid 'ligt de werkelijke motivering van het vonnis' en dit beleid 'zou dus in de vonnissen moeten worden geëxpliciteerd, naast de juridische kwalificatie' (bl. 47). Hoe is het beleid dat de rechter tegenwoordig voert? Activisten kennen zijn ideologie. Zij

'misbruiken de rechter... om hun nieuwe normvorming openbaarlijk te laten verwerpen en die van de rechter aan de kaak te stellen. De rechtspraak wordt aldus een middel in dienst van de maatschappij-hervorming, waaraan de rechter zijns ondanks moet meewerken, omdat hij de nieuwe normen, door ze te verwerpen, juist bekrachtigt' (a.w. bl. 22).

Politiek in enge en ruime zin

Wat hiervan te zeggen? In de eerste plaats is het duidelijk dat deze schrijvers de term politiek niet steeds in dezelfde betekenis bezigen. Cnoop Koopmans zinspeelt, zoals we zagen, reeds op de betekenis-

uitbreiding die tegenwoordig aan deze term wordt gegeven. Kwesties van straftoemeting, generale preventie, maatschappelijk betaamende zorgvuldigheid enz. zijn natuurlijk geen politieke vraagstukken in eigenlijke zin. Procedures met echt (partij)politieke implicaties – zoals het terwijl ik dit schrijf juist aangevangen gerechtelijk vooronderzoek inzake de abortuskliniek Bloemenhove te Heemstede – zijn er maar weinig.

Wanneer men bij 'politiek' evenwel mede denkt aan (actuele) kwesties van maatschappelijke en levensbeschouwelijke aard – Enschédé bezigt hier de Engelse aanduiding policy in onderscheiding van politics – dan wordt het raakvlak met de rechtspraak veel groter. In het Nederlands bestaat ter aanduiding van deze sociaal-politieke kwesties geen duidelijk adjectief. Dat kan een oorzaak zijn van de uitbreiding van de betekenis van het woord politiek. Waarschijnlijk spelen hier echter ook een rol de tegenwoordig groeiende gevoelens van ongerustheid over en verantwoordelijkheid voor de (nationale en internationale) samenleving, wellicht gecombineerd met de gedachte dat de hier rijzende problemen rechtvaardiger en doelmatiger kunnen worden opgelost door staatkundig ingrijpen dan door de particuliere bemoeiing.

Hoe dit zij, de verruiming van het begrip politiek heeft onze aandacht gescherpt voor de vraag of de rechter nu al dan niet is gehouden in allerlei (sociaal)politieke kwesties die in de samenleving in discussie zijn een eigen standpunt te bepalen, c.q. een eigen beleid te voeren.

Alvorens nader op dit probleem in te gaan wil ik er eerst nog op wijzen dat het aantal politieke zaken, ook in de aangeduide uitgebreide zin, dat de rechter te behandelen krijgt, niet moet worden overschat. Men kan in een civiele kamer aan heel wat zaken betreffende koop, geldlening, vervoer, verzekering enz. meewerken zonder één geval voor zich te zien waarin in de samenleving controversiële punten aan de orde komen. Dit hangt ongetwijfeld samen met de omstandigheid dat de rechtspraak zich in het algemeen in de periferie van de samenleving afspeelt, veelal een marginaal karakter heeft; een punt waarop ik in het vervolg nog terugkom.

Rechterlijke onafhankelijkheid en het gelijkheidsbeginsel

Het reeds lang bestaande postulaat dat de rechterlijke macht onafhankelijk moet zijn en zich daarom niet met politieke vragen moet

inlaten, is een uitvloeisel van het beginsel der rechtsgelijkheid dat ten grondslag ligt zowel van het civiele als van het strafrecht. Aldus ook, in krachtige taal, de aanvang van Ter Heide's 'De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht' (bl. 9):

'De belangrijkste waarborg van het goed functioneren van onze samenleving is de onafhankelijke rechterlijke macht. Daarin ligt de beveiliging van een basis-principe van de rechtsorde, de gelijkheid van mensen voor het recht'.

De rechter oordeelt slechts krachtens algemeen geldende, alle zich in Nederland bevindende mensen gelijkkelijk bindende normen (vgl. art. 1 lid 1 B.W. en art. 2 e.v. W.v.S.). Daarom moet de rechter buiten in de samenleving controversiële, sociaal-politieke kwesties blijven. Als hij in dergelijke zaken partij zou kiezen, zou hij immers eo ipso niet meer volgens een algemeen geldende norm oordelen. Zodra deze rechtsgelijkheid in gevaar komt wordt het moeilijk voor de rechter. Wanneer bijv. de strafbaarheid van enig feit twijfelachtig wordt, hetzij doordat een wetswijziging op til is waardoor de strafbaarheid zal worden opgeheven, hetzij doordat de opvattingen in de samenleving omtrent de strafbaarheid van dat feit zich grondig wijzigen, zal hij, indien voor dat feit nog een vervolging wordt ingesteld, er moeite mee hebben tot een veroordeling te komen. Het O.M., hoewel dichter staande bij het politieke krachtenveld dan de rechter, houdt hier rekening mee: strafbare feiten als exhibitionisme en abortus provocatus (volgens de omschrijving van het tegenwoordige art. 251 bis W.v.S.) worden zelden meer vervolgd.

Verhouding tussen beslissing en norm

Intussen moet hier de vraag worden gesteld of de rechterlijke uitspraak inderdaad wel steeds voortvloeit uit een (voor allen gelijke) norm. Wij zien tegenwoordig beslissingen waarvan wij ons afvragen of zij niet slechts naar de in het concrete geval geldende billijkheid zijn genomen, zonder 'subsumtie' onder een norm. Men lette bijv. op de volledig casuïstische wijze waarop in de rechtspraak de vraag wordt behandeld of in strijd is gehandeld met de maatschappelijk betamende zorgvuldigheid of met de goede zeden. Deze ontwikkeling van 'Normgerechtigheid' naar 'Einzelfallgerechtigheid' is nog niet ten einde. In dit verband is meermalen gewezen op de overwegende rol welke in boek 6 Nieuw B.W. de eisen van redelijkheid en billijkheid spelen.

Het is niet toevallig dat juist in deze zelfde tijd de gedachte van de gescheidenheid van rechtspraak en politiek minder evident schijnt te worden. Waarom zou de keus naar billijkheid in een concreet geval volgens het eigen – maatschappelijk, c.q. ‘topisch’ getoetste – inzicht van de rechter niet evenzeer een politiek karakter dragen als de keus van de wetgever naar diens inzicht voor een reeks overeenkomsten, in de toekomst voorziene gevallen?

Intussen blijft er verschil tussen wetgeving en rechtspraak. Ik verwijs naar de beschouwingen die mr. G. J. Wiarda aan deze kwestie wijdt in zijn ‘Drie typen van rechtsvinding’. Hij meent (bl. 51 e.v.)

‘dat de omstandigheden die van de toeneming van de vage normstellingen de oorzaak waren, ook in de toekomst in dezelfde richting werkzaam zullen blijven.

Het zal daarom niet alleen en misschien zelfs niet in de eerste plaats aan de wetgever zijn om op de uitdaging welke in deze ontwikkeling is gelegen, het passende antwoord te vinden, maar dit antwoord zal in hoofdzaak van de rechter zelf moeten komen. Deze zal zich, ook waar de wetgever hem in de steek laat en slechts vage normen als redelijkheid, billijkheid en goede trouw hem tot rechtsnoer strekken, zich niet mogen gedragen als ware hij ‘sa propre règle’, maar voor zijn beslissing zo veel mogelijk objectieve aanknopingspunten moeten zoeken, opdat, zoals Scholten (...) met het oog op de situatie van artikel 1401 B.W. heeft opgemerkt, zijn uitspraak niet slechts ‘zijn eigen rechtsgevoel bevredigt, maar tegelijk tegenover het rechtsbewustzijn van de kring waarvoor zij bestemd is, verantwoord is’. Juist waar zijn autonomie het grootste schijnt, zal hij zich daarom de grootste moeite moeten geven zijn beslissing te richten naar de objectieve normen, beginselen en rechtsovertuigingen, geldend in de rechtsgemeenschap waarin hij leeft en werkt, en waaraan hij zijn autoriteit ontleent. Hij zal er m.a.w. naar moeten streven dat ook dáár zijn oordeel de ‘transsubjectieve inslag’ heeft, die aan zijn functie in die rechtsgemeenschap eigen is’.

Interessant is in dit verband ook hoe de billijkheid in het ontwerp nieuw B.W. wordt omschreven. Art. 4 van de Inleidende Titel van het Ontwerp zegt dat bij gebreke van toepasselijke wet het recht wordt bepaald door de gewoonte en, bij gebreke ook van een toepasselijke gewoonte, door de billijkheid. De billijkheid wordt dan in art. 7 als volgt geobjectiveerd: ‘Bij vaststelling van hetgeen de

billijkheid vordert, moet rekening worden gehouden met algemeen erkende rechtsbeginselen, met de in het Nederlandse volk levende rechtsovertuigingen (en met de maatschappelijke en persoonlijke belangen, die bij het gegeven geval zijn betrokken)'.¹

Conclusie uit een en ander mag zijn dat de rechter – ook daar waar zijn beslissing volledig is toegespitst op de billijkheid in concreto – nog steeds beslist, moet beslissen, naar voor allen gelijkelijk geldende maatstaven. Elke rechterlijke uitspraak heeft, moet hebben, een generaliserend aspect: de rechter beslist 'in dit geval', maar tegelijkertijd – minstens impliciet – 'in een dergelijk geval'.

Tegen de achtergrond van het aldus verstande gelijkheidsbeginsel wil ik het probleem van rechtspraak en (sociale) politiek dat ons bezig houdt, nog wat nader bekijken in straf- en civiel recht.

Strafrecht en sociaal-politieke problemen

Dat de rechter volgens algemene normen oordeelt, niet oordeelt omtrent – tegenwoordig soms scherpe – sociaal-politieke controverses, geeft aan de rechtspraak dikwijls noodzakelijkerwijs een enigszins abstract karakter, zowel in het straf- als in het civiele recht. Op emotionele bezettingen van consulaten en universiteitsgebouwen reageert de rechterlijke macht met vervolging en berechting wegens lokaalvredebreuk. Als men zich in betogingen en/of met spandoeken hartstochtelijk keert tegen de president der Verenigde Staten vanwege de Vietnam-oorlog, reageert justitie met een dagvaarding wegens belediging van 'een' bevriend staatshoofd, waarbij de oorlogshandelingen van de Verenigde Staten in Vietnam in wezen irrelevant zijn. Men heeft het gevoel – om nogmaals met Delfgaauw te spreken – te worden gestraft voor wat men niet gedaan heeft en niet te worden gestraft voor wat men wél gedaan heeft.

Betogingen, demonstraties, bezettingen enz. zijn symptomen van diepgaande meningsverschillen in de samenleving. Het hangt onmiddellijk samen met de vrijheid van meningsuiting dat de rechter hier neutraal tegenover staat: hij laat de betrokkenen (binnen de – marginale – normen van de strafwet) hun gang gaan. Hij is qualitate qua politiek en levensbeschouwelijk niet geëngageerd. Dat is in onze geëngageerde tijd wel een uitzonderlijke positie! Maar wat is het goed dat de overheid met haar (nog altijd) geduchte machts-

apparaat zich niet tegen één van de elkaar bestrijdende 'partijen' als zodanig keert, maar slechts tegen overtreders – van welke 'partij' ook – van voor állen geldende wetten! In zijn bekende afscheidsrede over dit onderwerp zei de oud-president van de Hoge Raad, mr. G. H. A. Feber, het zo:

'Door de rechter (...) hoe dan ook in de politieke sfeer te betrekken, snijdt men in eigen vlees en ondermijnt men het gezag, de imago, van een instantie tot welke *ieder* zich in vertrouwen moet kunnen wenden, vandaag *deze*, morgen *gene*. Men miskent dan het wezen van het rechterschap als de derde, onafhankelijke macht in de staat'. (*NJB* 1970 bl. 414)

Goed, zal men zeggen, de rechter zal in zgn. politieke strafzaken wel strict volgens de strafwet, in volstreekte objectiviteit recht moeten spreken, maar wordt hij desondanks niet tot een in wezen politieke keus gedwongen in die gevallen waarin de wet een zogenaamde Generalklausel inhoudt? Bijvoorbeeld het begrip 'aanstotelijk voor de eerbaarheid' in het pornografie-artikel 240 W.v.S.. Ook dan houdt de rechter zich evenwel buiten de in ons land op dit punt bestaande meningsverschillen, is hij niet 'sa propre règle', maar verwijst hij ter bepaling van wat in rechte als aanstotelijk voor de eerbaarheid moet gelden naar de 'hier te lande heersende zeden, welke worden bepaald door de bij een belangrijke meerderheid van het Nederlandse volk op dit punt levende opvattingen' (H.R. 13-6-1972, 1973 nr. 297). Hier past de rechter grote omzichtigheid. Hij moet behoorlijk afstand kunnen nemen van zijn persoonlijke meningen en 'spreekbuis' van de algemeen geldende opvattingen kunnen zijn. En als hij twijfelt of er voldoende gronden zijn om tot het bestaan ener communis opinio te besluiten – ook dit is geen kwestie van ja of neen maar van afweging – dan moet hij liever aannemen dat er géén aanstotelijkheid voor de eerbaarheid is. Hier heeft het 'in dubiis abstine' een zeer pregnante zin. (Aldus ongeveer ook de P.-G. Langemeijer in zijn, tot genoemd arrest leidend cassatieberoep in het belang der wet, *N.J.* 1973 bl. 872, 2e kolom).

Burgerlijk recht en sociaal-politieke problemen

In het burgerlijk recht wordt de hier beschreven stand van zaken gecompliceerd door de omstandigheid dat de rechter niet alleen ten aanzien van sociaal-politieke controverses in de samenleving als ge-

heel, maar evenzeer ten aanzien van interne meningsverschillen binnen allerlei in onze pluralistische samenleving bestaande gemeenschappen en verbanden (verenigingen, ondernemingen enz.) neutraal moet zijn, hetgeen in dit verband te meer van belang is omdat tegenwoordig ook de controverses binnen de privaatrechtelijke gemeenschappen dikwijls een algemeen sociaal-politiek aspect hebben, zoals bijv. duidelijk aan de dag trad in de bekende geschillen betreffende de zwakzinnigeninrichting Dennendal en de Hoogovensstaking en in het thans bestaande arbeidsconflict in het transportbedrijf Meeus te Bergen op Zoom.

Aan de civiele rechter is krachtens art. 2 R.O. de kennisneming opgedragen van alle geschillen over eigendom of daaruit voortspuitende rechten, over schuldvorderingen of burgerlijke rechten. Slechts wanneer de door de eisende partij gestelde rechtsverhouding en het recht waarin zij vraagt te worden beschermd (aldus tegenwoordig de bevoegdheidsmaatstaf voor de rechter; vgl. H.R. 1971 nr 434) van burgerrechtelijke aard zijn is de rechter bevoegd; zo is wel de gangbare opvatting.

De competentie van de burgerlijke rechter is dus tot burgerrechtelijke geschillen beperkt; hij heeft geen bevoegdheid met betrekking tot interne aangelegenheden van bedrijven, verenigingen enz. en ook niet van de staat als publiekrechtelijke gemeenschap. De geschillen waarin burgers *als leden* van deze onderscheiden gemeenschappen onderling of met die gemeenschappen geraken, kunnen door de burgerlijke rechter slechts worden berecht voorzover zij tevens van burgerrechtelijke aard zijn, bijv. een onrechtmatige daad, wanprestatie, inbreuk op een absoluut recht of dergelijke betreffen. Hij kan de interne conflicten tussen directie en personeel in een bedrijf (bijv. betreffende de rechtvaardigheid van een overplaatsing, van een disciplinaire maatregel of dergelijke), tussen bestuur en leden ener vereniging (bijv. de juistheid van een contributie-verhoging of van een besluit tot statutenwijziging) niet in eigenlijke zin beslechten, maar slechts indien en voorzover zij tevens als burgerrechtelijk geschil kunnen worden geformuleerd. Toetsing van deze geschillen in eigenlijke zin zou immers moeten geschieden volgens slechts binnen deze gemeenschappen, derhalve niet voor alle burgers gelijkelijk geldende normen.

De verhoudingen liggen hier gecompliceerd. Enerzijds moet de rechter ter wille van de vrijheid van meningsvorming en van beleidsvoering binnen de staatsgemeenschap en niet minder binnen

de privaatrechtelijke gemeenschappen, met zijn machtswoord buiten de interne aangelegenheden dezer gemeenschappen blijven, anderzijds eist de groeiende macht van de overheid en binnen sommige andere gemeenschappen – ik denk bijv. aan sommige coöperatieve verenigingen – scherper bewaking van de vrijheid van de burger tegenover de overheid en tegenover deze gemeenschappen. Hier liggen de problemen van de marginale toetsing.

Marginale toetsing

Bij de marginale toetsing sta ik iets langer stil omdat in deze figuur de onafhankelijkheid van de (burgerlijke) rechter en het burgerrechtelijk gelijkheidsbeginsel voor een belangrijk deel hun verwezenlijking vinden. Overigens is de onthouding die de rechter met betrekking tot sociaal-politieke kwesties heeft te betrachten niet identiek met die welke bij marginale toetsing aan de orde is. Marginale toetsing behoeft immers lang niet altijd betrekking te hebben op actuele sociaal-politieke kwesties; omgekeerd zullen sociaal-politieke kwesties wel zelden anders aan de rechter worden voorgelegd dan in geschillen waarin marginale toetsing past. Ik geloof dan ook dat het vraagstuk van de sociaal-politieke kwesties een deelprobleem van de marginale toetsing is. Gemeenschappelijk aan beide is in elk geval dat voor de beslechting van het eigenlijke voorhanden geschil geen voor allen gelijkelijk geldende norm bestaat. De oplossing van het probleem der sociaal-politieke geschillen dient in het civiele recht m.i. dan ook gevonden te worden in een behoorlijk ontwikkelde theorie der marginale toetsing.

Het – in de doctrine nog onvoldoende bestudeerde – verschijnsel der marginale toetsing bestrijkt waarschijnlijk een ruimer gebied dan men wellicht denkt. De rechter hanteert de marginale toetsing dikwijls stilzwijgend, impliciet, zodat de toepassingsgebieden uit de jurisprudentie niet zijn af te lezen. Ik geloof dat het toepassingsgebied ruimer is dan de gestie binnen publiekrechtelijke en privaatrechtelijke verbanden; ook in de contractsvrijheid (partij-autonomie) ligt waarschijnlijk een terrein waar de rechter slechts marginale controle uitoefent. Met art. 1697 B.W., inhoudende dat rechten en verplichtingen van leden ener vereniging primair worden geregeld door de eigen instellingen, overeenkomsten en reglementen, is vergelijkbaar de bepaling van art. 1374 lid 1 B.W., dat wet-

tig gemaakte overeenkomsten partijen tot wet strekken. In de onderlinge regelingen van burgers met elkaar is aan hen een vrijheid voorbehouden die in beginsel niet door de rechter mag worden aangetast; vandaar bijv. de verwerping voor ons recht van het *iustum pretium*, vandaar ook de taaie weerstand tegen de derogerende werking van de goede trouw.

Wellicht is er ook in het zakenrecht sprake van marginale toetsing in die gevallen waar de eigendomsuitoefening wordt beoordeeld naar het criterium misbruik van recht.

Ook Van der Grinten in zijn bijdrage over dit onderwerp in Op de grenzen van komend recht (Opstellen aangeboden aan prof. Beekhuis, bl. 109 ev.) ziet het toepassingsgebied van de marginale toetsing vrij ruim. Hij meent dat marginale toetsing plaats vindt op onrechtmatige overheidsdaden en op de uitoefening van civielrechtelijke rechten en bevoegdheden (bl. 111 en 122). Dit uitwerkend bespreekt hij achtereenvolgens:

- toetsing van onrechtmatige overheidsdaden,
- toetsing van misbruik van absolute rechten,
- toetsing van andere rechten en bevoegdheden (bijv. tot opzegging van voor onbepaalde tijd aangegane overeenkomsten, tot het invoeren van nietigheden, tot bekrachtiging, tot compensatie, tot het in rechte geldend maken van een vordering) volgens het criterium of de uitoefening daarvan zich verdraagt met de eigen houding of gedraging van de gerechtigde,
- toetsing van de partijbeslissing en het bindend advies aan de goede trouw,
- toetsing van besluiten van organen van een rechtspersoon wegens schending van wet of statuten of van de normen van de goede trouw.

Voor het gehele onderwerp zij nog verwezen naar de beide artikelenreeksen van Borst in *W.P.N.R.* 4735 e.v. (1962) en 5024 e.v. (1969). Hij zoekt de omgrenzing van de marginale toetsing ('waarbij deze haar kracht niet verliest') door haar te beperken tot het gebied 'waar een speciale rechtsgrond bestaat voor een bepaalde vrijheid'. Bij het 'verband' zoekt hij deze rechtsgrond in 'het gezag over degenen die tot dat verband behoren en de zelfstandigheid van het verband' (*W.P.N.R.* 5024 bl. 26 en 27).

Marginale toetsing vindt plaats aan de hand van burgerrechtelijke grondnormen van redelijkheid en billijkheid, goede trouw enz. en dan nog slechts voorzover deze normen zonder twijfel, 'kennelijk' zijn geschonden (willekeur, misbruik van recht, enz.). De normen waaraan wordt getoetst zijn vaag. Slechts ingeval van evidente schending van zodanige normen is er voldoende waarborg dat wordt geoordeeld naar voor allen gelijkelijk geldende maatstaven.

Gelijk bekend vindt men als marginale toetsingsnormen voor de administratieve rechtspraak in verschillende wetten – het eerst in art. 5 van de Wet Administratieve Rechtspraak Bedrijfsorganisatie – naast strijd met een algemeen verbindend voorschrift de bekende criteria van misbruik van bevoegdheid, willekeur en 'strijd met enig in het algemeen rechtsbewustzijn levend beginsel van behoorlijk bestuur'. Borst vermeldt dat deze enigszins zwaarwichtige formulering is te danken aan een amendement waardoor een compromis werd gevonden na een 'langdurige, felle strijd omtrent de vraag of dit art. 5 niet de deur openzette voor doelmatigheidscontrole en subjectiviteit van de rechter' (*W.P.N.R.* 5025 bl. 38).

Marginale toetsing in de praktijk

Dikwijls is de rechter het zich niet of nauwelijks bewust dat hij marginaal toetst. Het kan daarom geen kwaad nog eens op deze zaak te attenderen. Dat de rechter 'zijn eigen kijk' op een zaak heeft – doelt Ter Heide op het zelfde als hij in navolging van Wittgenstein spreekt van het juridische vliegenglas waarin wij zitten opgesloten? (vgl. bijv. De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht bl. 33) – kan soms iets onbevredigends hebben. De rechter heeft echter nu eenmaal een bescheiden taak: ten eerste komt hij pas aan het woord wanneer ergens een conflict is gerezen; op zichzelf reeds een van het normale afwijkende situatie; dit conflict komt dan vervolgens, als het tenminste niet door de betrokkenen zelf wordt opgelost, ook nog slechts in beperkte omvang aan de orde: de partij-standpunten worden in de processtukken slechts vermeld voorzover relevant; de rechter schift dan in deze geselecteerde partij-stellingen dikwijls nog weer hetgeen wél van hetgeen niet 'ter zake dient'. Marginale toetsing is een der criteria volgens welke de relevantie van partij-stellingen wordt beoordeeld. De burgerlijke rechter heeft zich met

de mensen zoals zij reilen en zeilen in handel en bedrijf, in onderwijs en cultuur slechts in te laten voorzover daarbij schending van de in art. 2 R.O. bedoelde normen betreffende eigendom, verbin-tenissen enz. aan de orde is. Men dient evenwel te bedenken dat deze zelfbeperking van de rechter een noodzakelijk complement is van de burgerrechtelijke vrijheid, welke van onschatbare waarde blijft, ook in de culturele overgangstijd waarin wij leven (vgl. F. Boerwinkel, Einde of nieuw begin? Onze maatschappij op de breuklijn, bl. 116 e.v.).

Marginale toetsing in stakingsgedingen

Een aardig voorbeeld van expliciete marginale toetsing vindt men in het vonnis van de Haarlemse president in het kort geding betreffende de Hoogovensstaking (5 maart 1973, *N.J.* 1973, 120).

In de 11e rechtsoverweging stelt de president voorop

‘dat aan de rechter in een geval als het onderwerpelijke slechts een marginale toetsingsbevoegdheid toekomt. Dit brengt mede dat hij alleen bij uitzondering een oordeel mag vellen over de rechtmatigheid en de billijkheid van de ver-langens welke, omdat zij niet werden gehonoreerd, tot een oproep te staken of acties te ondernemen de naaste aanleiding zijn geweest’.

De president vraagt zich vervolgens in de 14e rechtsoverweging af of ten aanzien van de inkomsten-nivellering welke de vakbonden voor de werknemers van Hoogovens wensen, in redelijke mate de opvattingen zijn gepeild van hen die krachtens hun indeling in de (hogere) salarisschalen 15 tot en met 20 als gevolg van die nivel-lering een offer zouden moeten brengen. Het vonnis zegt verder:

‘Bij het zoeken van een antwoord op deze vraag blijven uiter-aard, gelijk reeds onder 11 werd overwogen, de rechtmatig-heid en de billijkheid van het te brengen offer buiten be-schouwing. Niet echter kan worden voorbijgegaan aan het ongeschreven rechtsbeginsel, in het democratisch bestel van Nederland als zodanig levend, dat, wanneer een groep van burgers voornemens is van andere burgers het brengen van een offer te verlangen waarom in het verleden niet is ge-vraagd, aan deze andere burgers de gelegenheid behoort te worden gegeven zich hieromtrent uit te laten. Principieel

verandert dit niet wanneer men de woorden 'burgers' vervangt door 'werknemers in hetzelfde bedrijf', zeker niet omdat als tussen partijen onbetwist vaststaat, de salarisgroepen 15 t/m 20 ongeveer 1500 werknemers omvatten, van wie slechts een minderheid is georganiseerd'.

Men ziet dat de president het gedrag van bedrijfsgenoten expliciet toetst aan een evident rechtsbeginsel dat voor alle Nederlandse burgers geldt.

Het is interessant, ook uit de in hoger beroep door het Amsterdamse Hof gewezen arresten in deze zaak en in de (vroegere) stakingsprocedure betreffende het Rijn-Schelde-Verolme-concern (c.s.) de normen te destilleren waaraan de handelwijze van partijen wordt getoetst. Hier volgt daarom een kort overzicht van de beslissende overwegingen in beide arresten.

Industriebond N.V.V. en N.K.V./Hoogovens (3 mei 1973 *N.J.* 1973, 251). De in deze procedure getoetste staking werd uitgeroepen ter realisering van drie eisen van de werknemersbonden. M.b.t. de beide eerste (salaris)eisen besliste het Hof dat de onderhandelingen tussen partijen niet waren vastgelopen: t.a.v. punt 1 waren partijen elkaar zeer dicht genaderd; t.a.v. punt 2 zou verder overleg wellicht op korte termijn tot overeenstemming hebben geleid. M.b.t. de derde eis (uitbreiding van de werkingssfeer van de cao tot alle werknemers van Hoogovens, inclusief de (hogere) salarisgroepen 15 t/m 20) overwoog het Hof dat deze eis voor de bonden niet van onmiddellijke betekenis kon zijn omdat in het Centraal Accoord 1973 – waaraan ook Hoogovens te kennen had gegeven zich te willen houden – reeds was bepaald dat de gedragslijn die in de te sluiten cao zou worden gevolgd, in 1973 ook van toepassing zou zijn op de werknemers die niet onder een cao vielen, derhalve ook op hen die waren ingedeeld in de groepen 15 t/m 20. Op deze gronden achtte het Hof de oproep tot staking in dit stadium der onderhandelingen 'kennelijk onredelijk en niet in overeenstemming met het karakter van staking als laatste middel'.

Industriebond N.V.V./Rijn-Schelde-Verolme c.s. (13 april 1972, *N.J.* 1972, 192). Zoals bekend vangt dit arrest aan met een onderzoek naar de 'in het rechtsbewustzijn hier te lande thans levende opvattingen' omtrent de mate waarin het een vereniging van werknemers vrijstaat een staking van de bij

haar aangesloten leden uit te roepen of te bevorderen. Het Hof formuleert dan op verschillende gronden – op zichzelf een fraai voorbeeld van een zeer brede oriëntatie omtrent de gelding van een burgerrechtelijke norm – de regel dat ‘naar huidige rechtsopvattingen hier te lande’ een bond van werknemers niet reeds onrechtmatig jegens een werkgever(sbond) handelt indien hij, na langdurige vergeefse onderhandelingen, de bij hem aangesloten werknemers tot staking aanspoort om kracht bij te zetten aan de namens hen door de bond gestelde eisen m.b.t. hun arbeidsvoorwaarden. Het Hof onderzoekt vervolgens of de oproep tot en de ondersteuning van de staking in de omstandigheden van dit geval niettemin een onrechtmatige daad opleveren. Bij dit onderzoek komen drie stellingen van werkgeverszijde aan de orde:

1. Het was de werkgevers feitelijk onmogelijk met de Industriebond N.V.V. te onderhandelen – zoals deze onder bedreiging met staking verlangde – ten eerste omdat zij daarmee bindende voorschriften van de werkgeversorganisatie zouden overtreden en zich dientengevolge aan zware sancties zouden blootstellen; ten tweede omdat zij de confessionele bonden (met wie wél overeenstemming was bereikt) in een onmogelijke positie zouden brengen tegenover de publieke opinie en tegenover die van hun leden.

2. De Industriebond N.V.V. dreigde met werkstaking op een termijn van drie dagen.

3. De Industriebond stelde zich op het standpunt dat alle eisen die oorspronkelijk, tijdens het collectieve overleg (met alle drie vakbonden) waren gesteld, moesten worden ingewilligd, ook die welke hij daarbij reeds had laten vallen.

Op grond van uitvoerige motiveringen komt het Hof dan tot de conclusie dat deze omstandigheden de stakingsoproep niet tot een onrechtmatige handeling maken.

Het Hof besliste dus in de Hoogovens-procedure dat de stakingsoproep kennelijk onredelijk was om dat de stakingsdoeleinden ook zonder staking, door nader overleg, dan wel via de omweg van het Centraal Accoord bereikbaar waren. En in de zaak Rijn-Schelde-Verolme dat de stakingsoproep als zodanig niet onrechtmatig was en dit ook niet werd door de van werkgeverszijde aangevoerde omstandigheden waaronder de stakingsoproep geschiedde (nl. dat de werkgevers redelijkerwijs buiten machte waren nog verder te on-

derhandelen; dat de Industriebond een ultimatum op zeer korte termijn stelde en dat hij vroeger prijsgegeven eisen opnieuw ging stellen). Het Hof onthoudt zich dus ten enen male van een inhoudelijk oordeel omtrent de partij-standpunten in het sociaal-politieke geschil en toetst slechts de handelwijze van partijen tijdens de onderhandelingen die aan de stakingsoproep voorafgingen, en wel volgens de normen van redelijkheid en maatschappelijk betamende zorgvuldigheid.

In de Hoogovens-procedure houdt het Hof zich nog verder van een oordeel omtrent het eigenlijke sociaal-politieke geschil dan in de zaak Rijn-Schelde-Verolme. In eerstgenoemde zaak beperkt het Hof zich in wezen tot de vraag of de werknemers een redelijk belang hebben bij een staking; een echt burgerrechtelijk criterium. In de zaak Rijn-Schelde-Verolme gaat het Hof iets verder door het onderhandelingsgedrag van partijen aan bepaalde spelregels te toetsen; maar ook dit blijft een toetsing naar civielrechtelijke behoorlijkheid, en wel van marginaal karakter: eenmaal aannemende dat een stakingsoproep als zodanig niet onrechtmatig is te achten, komt het Hof klaarblijkelijk niet al te licht tot een onrechtmatigverklaring op grond van de omstandigheden van het onderhavige geval.

De afzijdigheid van het Hof in beide zaken ten opzichte van het sociaal-politieke conflict kan nog hiermee worden gedemonstreerd dat het in de zaak Rijn-Schelde-Verolme niet komt tot een verbod van de stakingsoproep, dus de partijen niet stoort in haar sociaal-economische strijd, en in de Hoogovenszaak de staking wel verbiedt, maar op grond van de zeer perifere norm van gebrek aan belang.

Marginale toetsing als norm in sociaal-politieke geschillen

De burgerlijke rechter die in sociaal-politieke kwesties wordt gemengd dient dus te oordelen naar burgerrechtelijke normen. Deze normen zijn gewoonlijk ook geen voorwerp van scherpe publieke controverses (zie bijv. de geringe publieke belangstelling voor het werk aan het nieuwe B.W.). Weliswaar kan bij het publiek de schijn ontstaan dat de rechter, een van beide partijen bij zodanig geschil in het gelijk stellende, in feite partij kiest in het eigenlijke sociaal-politieke geschil, maar dit is moeilijk te vermijden. Het publiek heeft begrijpelijkerwijs meer belangstelling voor het dictum

dan voor de, veelal buiten het eigenlijke geschil liggende rechts-overwegingen van het vonnis. Een goede voorlichting via krant, radio en T.V. – m.n. omtrent het noodzakelijkerwijs marginale karakter van het rechterlijk oordeel – zou hier ten goede kunnen werken.

Ik zei in het voorgaande dat de rechter de marginale toetsing meestal impliciet, als vanzelfsprekend in praktijk brengt. Dit neemt niet weg dat zij voor de rechter een norm, een richtlijn is, waarmee hij in conflict kan komen. Juist omdat hij zich het bestaan van deze norm niet steeds bewust is, kan het voorkomen dat hij haar niet volgt maar zich in meerdere of mindere mate wél met de voor hem verboden sociaal-politieke vragen inlaat. De rechter moet zich op dit punt, zeker tegenwoordig, scherp in acht nemen. Het is soms niet eenvoudig, de beide aspecten van een geschil, het sociaal-politieke en het burgerrechtelijke, scherp uiteen te houden. Het is dan ook van groot belang dat het leerstuk der marginale toetsing, waarin de oplossing van dit probleem moet worden gezocht, in de doctrine verder wordt ontwikkeld, zoals ook door Borst in zijn bovengenoemde *W.P.N.R.*-artikelen is bepleit. Ik denk bijv. aan de vraag volgens welke normen of beginselen de marginale toetsing dient te geschieden (vgl. de vraag of strijd met algemene beginselen van behoorlijk bestuur uit de administratieve rechtspraak ook door de burgerlijke rechter als norm mag worden gebezigd; zie *Onrechtmdaada VII* (Van Baalen-Rueb) no 94 en 95). Met dat al blijft beperking van de rechterlijke toetsing tot de voor allen gelijkelijk geldende regels van het burgerlijk recht n.m.m. het beste baken om de gevaarlijke klippen van (sociaal)politieke rechtspraak te vermijden.

Rechterlijke taak volgens Ter Heide

Om bovenstaande ideeën over de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in sociaal-politieke kwesties wat meer reliëf te geven wil ik die nog eens leggen naast enkele gedachten van Ter Heide. In de aanvang van zijn *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht*, Een functioneel-analytische beschouwing (1970) onderscheidt deze schrijver met betrekking tot de onafhankelijkheid te recht tussen norm en feit: naast de constitutionele trias-leer geeft de wet regels voor de onafhankelijkheid: onafzetbaarheid, wettelijk vastgesteld salaris, met waarborgen omgeven benoemingsprocedure, incompatibiliteitsregeling. Maar dat zijn slechts wettelijke voor-

waarden voor onafhankelijkheid: de werkelijke, actuele onafhankelijkheid verschijnt in andere vormen, nl. in de mentaliteit, de attitude, het zelfinzicht en de bezinning van rechters, voorts in de signatuur van de opleiding van rechters en de criteria van selectie, voordracht en benoeming. Deze actuele onafhankelijkheid heeft geen vaststaande inhoud: die inhoud wordt mede bepaald door de context van de tijd (a.w. bl. 10/11).

Hoe moet de onafhankelijkheid van de rechter tegenwoordig worden gezien? Geheel anders dan de klassieke theorieën leren, voert de rechter een beleid; hij brengt iets eigens in. Hij past niet slechts (noodgedwongen) de wet toe, hij is in zekere zin zelfs onafhankelijk van de wet; en in zijn interactie-relatie met de veranderende samenleving is hijzelf er verantwoordelijk voor dat het recht dat hij maakt passend is (bl. 28), 'een snel wisselende eudoxa' (bl. 29). In het strafrecht, veel duidelijker dan in het privaatrecht, 'ligt het accent op de topiek, de gevalbehandeling, de casus in de sociale context, de volle tijdelijke werkelijkheid waaraan de magistraat in een bepaalde rol, die rolverwachtingen schept, deelneemt' (bl. 30).

De rechterlijke beslissing moet dan ook grijpbaar zijn voor critiek vanuit de maatschappij. Daarom moeten de vonnissen niet alleen zijn gemotiveerd met juridische kwalificaties, maar ook met sociaal-ethische redeneringen vanuit de verschillende tegenstrijdige topoi. Dáár ligt de ratio decidendi (bl. 40). Observatie en analyse in het veld kan de rechter datgene leren wat een beslissing tot een rechtsbeslissing maakt. Het recht is geen substantie van regels, maar een functie (nl. van het plan dat in het maatschappelijk probleemveld wordt verwezenlijkt, bl. 27) en dat veronderstelt een veldtheoretische instelling van de jurist, die zijn beslissing binnen het actuele orderings- en waarderingsplan moet beredeneren, náást de juridische motivering. Een 'zwakke' rechter zal aan deze echte motivering trachten te ontkomen door te vluchten in juridische kwalificaties (bl. 41).

De jurist-nieuwe-stijl zal dan ook toegang moeten hebben tot de andere maatschappij-wetenschappen. De werkelijk onafhankelijke rechter is: onafhankelijk van de wet, in die zin dat de wet slechts instrument is bij het integratiewerk in het maatschappelijk veld; onafhankelijk van eigen denken en van de codes van zijn milieu, maar afhankelijk van het probleemveld van de sociale conflicten en van de maatschappij-wetenschappen, waarvan de rechtswetenschap er één is (bl. 45).

Ziehier enkele losse gedachten van Ter Heide, voorzover betrekking hebbende op de praktijk van de rechtspraak. Ik vraag mij, Ter Heide lezende, af of hij het maatschappelijk gewicht van de rechtspraak niet overschat. Het rechterlijk ingrijpen – dat zegt Ter Heide trouwens zelf ook – moet ultimum remedium zijn; is dat in de praktijk ook wel. Maar is het dan nodig, hier het gehele arsenaal van maatschappij-wetenschappelijke begrippen en beschouwingen overhoop te halen, zoals Ter Heide wil (vgl. het schema van de door hem gewenste opleiding van de multidisciplinaire rechter op bl. 51/52, waarin hij naast juridische wetenschapsleer, wetskennis, jurisprudentie en 'juridische technè' o.m. wil opnemen sociologie, sociale en klinische psychologie, andragogie en agologie).

Bovendien, als de rechter in zijn werk zo zeer op het maatschappelijk probleemveld betrokken moet zijn, wordt hij dan niet onvermijdelijk in sociaal-politieke controverses betrokken – wat Ter Heide toch ook niet wil; zie a.w. bl. 35 – en verliest hij daarmee niet zijn typische functie van in laatste instantie het *voor ieder* beslissende woord te spreken?

Een en ander brengt mee dat Ter Heide, wellicht omdat hij het maatschappelijke min of meer uitspeelt tegen het juridische, voor mijn gevoel tot valse tegenstellingen komt. De rechter moet onafhankelijk zijn van eigen ideologie, milieu en codes, en afhankelijk van het probleemveld der sociale conflicten en van de maatschappij-wetenschappen. Het eerste acht ik juist, maar daaruit volgt nog niet dat ook het laatste juist is. Ik zal niet ontkennen dat de rechter de blik (méér) op het maatschappelijk gebeuren gericht moet houden en dat de maatschappij-wetenschappen hem van groot nut kunnen zijn – dat de rechter marginaal oordeelt doet niet af aan de noodzaak dat hij van de gehele problematiek waarin partijen zijn verwickeld grondig kennis neemt! – maar brengt dit noodzakelijkerwijs mee dat hij zich moet los maken van de wet en zijn geweten (a.w. bl. 20/21)? Men vergete toch niet dat de rechter te allen tijde oordeelt volgens *normen* die hij vindt in of deduceert uit wetten en jurisprudentie of tracht te beluisteren uit de hier te lande heersende rechtsovertuigingen. Dat zijn normen die zich, juist omdat zij voor allen geldig moeten zijn, vrij langzaam en gelijkmatig wijzigen. Ik zie niet goed hoe dit valt te verenigen met de wens van Ter Heide, dat het rechterlijk oordeel zal zijn een in het maatschappelijk pro-

bleemveld 'snel wisselende eudoxa'. Ik ben nog niet bereid deze eudoxa in te ruilen voor de door Ter Heide (bl. 39) afgewezen ars aequi.

Benoemingsbeleid en politiek

Tenslotte nog enkele gedachten over het benoemingsbeleid voor de rechterlijke macht.

Tegenwoordig wordt door sommigen bepleit dat bij rechtersbenoemingen meer rekening moet worden gehouden met de levensbeschouwelijke instelling van sollicitanten naar dit ambt. Mevrouw H. Singer-Dekker heeft in het *NJB* 1971 bl. 68 e.v. gepleit voor instelling van een breed samengestelde Raad van Advies voor de rechterlijke macht, waarin niet alleen verschillende soorten van deskundigheid vertegenwoordigd worden maar ook de verschillende stromingen van ons volk weerspiegeld worden. De strekking van dit voorstel wordt evenwel voorzichtig omschreven: het heeft niet zo zeer ten doel mensen met bepaalde politieke inzichten in de rechterlijke macht te brengen, als wel, omgekeerd, waarborgen te scheppen dat mensen met bepaalde politieke of levensbeschouwelijke overtuiging niet, ondanks voldoende bekwaamheid, geweerd worden, een gevaar dat zij bij het thans bestaande, door haar ondoorzichtig genoemde, benoemingsbeleid ducht.

Verder gaande gedachten vindt men bij A. J. Cnoop Koopmans in een artikel '*Rechter en Politiek*' in *NJB* 1973 bl. 630 e.v.. Hij vindt dat de rechterlijke macht in een democratie

'zoveel mogelijk uit de bevolking moet voortkomen en de meningen en opvattingen van die bevolking zo genuanceerd mogelijk in zich moet verenigen. Als een rechterlijke macht naar samenstelling aanzienlijk afwijkt van de samenstelling der bevolking, dan kan zij in een levende, dus kritische maatschappij haar taak op den duur niet bevredigend vervullen, al was het alleen maar omdat het noodzakelijke vertrouwen in haar kan komen te ontbreken'.

Even verder (bl. 634) zegt hij:

'Let wel, ik pleit er niet voor dat alle rechters lid van een politieke partij moeten zijn. Het grondwettelijk beginsel van benoeming voor het leven alleen al verhindert een voortdurend 'bij'houden van zijn samenstelling, en ik wil politieke

gerichtheid en gezindheid stellig niet gelijkstellen met lidmaatschappij van een partij. Maar wel meen ik, dat in beginsel alle politieke richtingen (ook de extremen, ook de boerenpartij, ook de CPN, ook de republikeinen) althans enkele geestverwanten in de rechterlijke macht moeten kunnen terugvinden en ook meen ik, dat de huidige eenzijdigheid niet gunstig is noch voor het daadwerkelijk functioneren van de rechtspraak, noch voor het vertrouwen dat de bevolking daarin moet kunnen stellen'.

Het systeem 'dat de meeste voordelen meebrengt en de meeste nadelen vermijdt' zoekt hij dan in benoeming van alle rechters door de volksvertegenwoordiging en wel aldus, dat het opmaken van voordrachten tot benoeming voortaan een taak wordt van de Tweede Kamer, die deze taak krachtens de wet delegeert aan een nieuw in te stellen Raad voor de Rechterlijke Macht.

'In die Raad zit qualitate qua de president van de Hoge Raad en verder worden de leden daarvan door de kamer gekozen, met dien verstande dat zij periodiek aftreden en herbenoembaar zijn. De eigen selectie door de rechtsprekende colleges blijft behouden, doordat zij in geval van een vacature een aanbevelingslijst opmaken en aan de Raad inzenden. Bij intern verschil van mening kan een gequalificeerde minderheid van de Raad het opmaken van de voordracht ter beslissing terugverwijzen naar de Tweede Kamer. Ook bij het benoemen van presidenten en vice-presidenten van de colleges is de Raad het orgaan dat de voordrachten maakt' (bl. 637).

Tevoren was in de Tweede Kamer van de zijde van de Partij van de Arbeid (mr. Singer-Dekker, Hand. 1967/68 bl. 673 en opnieuw Hand. 1969/70 bl. 385) en van D'66 (mr. Anneke Goudsmit, Hand. 1967/68 bl. 680) voor een Raad van Advies voor de Rechterlijke Macht gepleit, die de voordrachten voor rechtersbenoemingen moet opmaken. Deze raad moet uit deskundigen bestaan maar 'tegelijkertijd zoveel mogelijk de verschillende stromingen in ons volk weerspiegelen, zodat de bevolking zich enigermate in die raad kan vinden' (mr. Singer-Dekker, Hand. 1969/70 bl. 385).

Raad van Advies voor de rechterlijke macht?

Met de gedachte dat de levensbeschouwelijke en politieke stromingen van ons volk in de samenstelling van de rechterlijke macht

en/of van deze Raad van Advies moeten zijn terug te vinden verbindt zich, zoals in het bovenstaande ook naar voren treedt, allicht de gedachte dat de levensbeschouwelijke en politieke uitgangspunten van de rechter in zijn werk tot uiting moeten komen. De discussies in de raadkamer lopen evenwel niet parallel met die tussen de verschillende stromingen in ons volk, laat staan met die tussen de politieke partijen. De rechter behoort niet, in welke zin ook, vertegenwoordiger van een partij of een richting te zijn; hij moet boven deze tegenstellingen kunnen staan. Hij moet, zo zagen wij in het voorgaande, oordelen volgens, c.q. zoeken naar normen die zoveel mogelijk aan alle partijen en stromingen gemeen zijn; en als zodanige norm voor het te berechten geval niet is te vinden, dan voelt hij zich ongelukkig en komen gedachten aan rechtsweigering op (Ter Heide a.w. bl. 35/36). De rechter moet zichzelf op dit punt voortdurend controleren; hij moet – daarin heeft Ter Heide gelijk (bl. 33) – waakzaam zijn tegen zijn eigen 'ideologie'.

En ieder die deel uitmaakt van de zittende magistratuur, weet dat dit in de praktijk ook geschiedt en meermalen – vanuit de wens om in levensbeschouwelijk 'gevoelige' zaken zoveel mogelijk alle persoonlijke voorkeur uit te schakelen – op rigoureuze wijze. Ik herinner mij een Katholiek rechter die geen verzoeningscomparities in echtscheidingszaken wilde houden uit vrees dat hij zich daarbij zou kunnen laten leiden door zijn persoonlijke opvattingen omtrent de (on)ontbindbaarheid van het huwelijk.

De politieke en levensbeschouwelijke opvattingen van een sollicitant naar de rechterlijke macht behoren dan ook, principieel gezien, irrelevant te zijn. Mijn indruk is dat dit punt tegenwoordig ook een minder grote rol bij benoemingen speelt. Langemeijer heeft gezegd – dit vermeld ik naar aanleiding van bovenstaande gedachten van Mevrouw Singer-Dekker in *NJB* 1971 – dat hem geen voorbeelden bekend zijn, hoewel hij 'geen onbepaalde maar toch vrij goede gelegenheid (heeft) gehad een dergelijk geval op te merken als het zich zou voordoen', dat mensen wier godsdienstige, maatschappelijke of politieke opvattingen sterk afwijken van de in de rechterlijke macht overheersende, van benoeming worden uitgesloten (zie zowel *NJB* 1970 bl. 1373 als *NJB* 1971 bl. 812).

Dit alles neemt niet weg dat er anderzijds toch ook bezwaren zijn in te brengen tegen een eenzijdige samenstelling van de rechterlijke macht (Cnoop Koopmans meent dat een aanzienlijk groter percentage rechters van conservatieven en confessionelen huize is dan

overeenkomt met de verhoudingen onder de bevolking, a.w. bl. 632). In de eerste plaats waarborgt een samenstelling van de rechterlijke macht uit de verschillende groeperingen van ons volk een zekere controle dat bij de behandeling van politiek 'gevoelige' zaken in de raadkamer toch niet, misschien onbedoeld, persoonlijke levensbeschouwelijke of politieke gevoelens gaan meespelen in de overwegingen omtrent hetgeen in onze samenleving in het algemeen als betamelijk, redelijk, zorgvuldig enz. geldt. In de tweede plaats moet ook de schijn worden vermeden dat een zekere eenzijdigheid in de samenstelling der rechterlijke macht op enige wijze zou samenhangen met de wens, bestaande wetten en ingeburgerde zeden en opvattingen ondanks veranderende gedachten in de samenleving te conserveren. In deze motieven kan men gronden vinden voor een benoemingsbeleid waarbij rechters in zo grote mate als bij de nog steeds te geringe belangstelling voor deze functie mogelijk is, uit verschillende levensbeschouwelijke, sociale en politieke groeperingen worden gerecruteerd.

Maar deze spreiding van gezindten bij benoemingen voor de rechterlijke macht dient minder sterk te spreken dan geschiktheid en bekwaamheid voor de begeerde functie en kan naar mijn mening zonder bezwaar worden behartigd bij de thans geldende benoemingsprocedure. Het voorstel tot instelling van een Raad van Advies voor de rechterlijke macht legt, juist tegenwoordig, een onjuist accent en geeft voet aan de onjuiste gedachte dat ook in de rechtspraak wordt gestreden over levensbeschouwelijke, sociaal-economische of politieke strijdpunten.