

## PDF hosted at the Radboud Repository of the Radboud University Nijmegen

The following full text is a publisher's version.

For additional information about this publication click this link.

<http://hdl.handle.net/2066/162470>

Please be advised that this information was generated on 2017-12-13 and may be subject to change.

ORATIE YBO BURUMA

# *Wat is een goede rechter?*

EEN MENTALITEITS-  
GESCHIEDENIS (1900-2020)





ORATIE YBO BURUMA

*Wat is  
een goede  
rechter?*

EEN MENTALITEITS-  
GESCHIEDENIS (1900-2020)

**Uitgave**

Centrum voor Postacademisch Juridisch Onderwijs, Radboud Universiteit

**Vormgeving**

Deel 2 ontwerpers

© 2016, CPO, Radboud Universiteit

Alle rechten voorbehouden. Niets uit deze uitgave mag worden verveelvoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door foto-kopieën, opnamen of enig andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de rechthebbenden.

Bij het gebruik van foto's en illustraties van derden zijn de bron en auteur vermeld indien deze konden worden achterhaald. In een aantal gevallen kon, ondanks meerdere pogingen daartoe van de auteur en het CPO, de exacte bron niet worden achterhaald.

# VOORAF

Dames en heren,

Het vraagstuk waaraan ik mijn oratie voor de leerstoel Rechtstaat, rechtsvorming en democratie wil wijden, klinkt niet erg wetenschappelijk. 'Wat is een goede rechter', is immers een normatieve in plaats van een feitelijke vraag. Zo'n onderwerp lijkt eerder geschikt voor een symposium voor rechters dan voor de academie. Toch zal iedere geesteswetenschapper u kunnen vertellen dat normatieve vragen aan de universiteit niet uit de weg worden gegaan en is bijvoorbeeld de geschiedenis van de beantwoording van dergelijke vragen wel degelijk onderwerp van onderzoek.

De vraag wat een goede rechter is, wil ik nu ook vanuit dat historische perspectief behandelen. De Franse denker Claude Lefort heeft erop gewezen dat in de huidige tijd dreigt te worden miskend dat wat er in de burgerlijke samenleving gebeurt zijn weerslag heeft op de politieke democratie en op de rechtstaat.<sup>1</sup> In die samenleving bestaat een diversiteit van kennisvormen, meningen en gezichtspunten. Deze vormen een web dat we zouden kunnen benoemen als de publieke opinie in brede zin, en dat tot stand komt door leraren en wetenschappers, politieke partijen en belangenorganisaties, door religieuze stromingen, kunstenaars en journalisten en inmiddels ook door individuen die *liken* en worden *geliked* in de sociale media.<sup>2</sup> Opinievorming vindt in het democratisch leven niet plaats dankzij de wetgever of dankzij de overheid, zoals in een totalitaire staat het geval zou zijn, maar door een eigen dynamiek van de samenleving, al staat de rechtstaat wel garant voor het behoud daarvan. Voor een goed begrip van de plaats van de rechter in de democratische rechtstaat kan dan ook niet worden volstaan met een staatsrechtelijke beschouwing van de rol van de rechter als overheidsorgaan of een bestuurskundige benadering over de organisatie van de rechtspraak. De ontwikkelingen in het democratisch



- ● ● Gerard David, Het oordeel van Cambyses (1498).  
De corrupte rechter Sisamnes wordt gearresteerd en zal levend worden gevild.  
(Bron: [www.vlaamsekunstcollectie.be](http://www.vlaamsekunstcollectie.be))

maatschappelijk leven zijn daarmee te zeer van invloed op de manier waarop wij over de goede rechter denken. De rechter heeft een scharnierfunctie tussen de democratisch-rechtstatelijke overheid (die voor wetgeving en beleid zorgt) en de burgerlijke samenleving (van mensen die produceren, denken, handelen en opinies uitwisselen). Die functie bestaat erin dat de rechter enerzijds de wet toepast en anderzijds een geschil dat zich in de burgerlijke samenleving voordoet moet oplossen. Het is de rechter die ziet hoe bruikbaar wetten in het echte leven zijn en het is de rechter die geconfronteerd wordt met wat er werkelijk aan narigheid in de samenleving plaatsvindt.

Elke tijd heeft zijn eigen publieke opinie in brede zin: ik gebruik toch maar het woord tijdgeest, al weet ik dat dit woord wrevel wekt. Het lijdt wat mij betreft geen twijfel dat het moderne denken rond de eeuwwisseling van 1900 anders was dan dat in de autoritaire periode vanaf 1930, en de periode van wederopbouw na WO II een andere dan die van de culturele revolutie na 1968 of die van de netwerksamenleving waarin wij sinds de jaren '90 leven. Het poneren van de term tijdgeest rechtvaardigt niet dat we doen alsof iedereen rond 1900 - of iedereen nu - hetzelfde denkt. Köbben schreef in dat verband: 'een maatstaf voor de kracht van de tijdgeest is of en in hoeverre tegenstrevers erin meegaan'.<sup>3</sup> Als we nu spreken over de netwerksamenleving, leidt dat tot uiteenlopende waarderings, maar er is geen sterveling die de cruciale betekenis van het *world wide web* voor dit tijdsgewricht kan ontkennen.

De opvattingen over de vraag wat een goede rechter is, zijn een uiting van de tijdgeest. Zeker, al heel oud is de gedachte dat de goede rechter zich aan de wet houdt, onpartijdig en niet corrupt is. Maar de laatste eeuw is het denken over de goede rechter niet los te zien van de loop van de bredere ontwikkelingen in de burgerlijke samenleving. Ik zal hierna de tijdsgebonden verankering van het denken over recht en rechters proberen aannemelijk te maken door steeds zeer kort iets over de bredere culturele ontwikkeling, de posities van de rechter en ontwikkelingen in civiel en strafrecht in het betreffende tijdsgewricht aan te stippen. Ik hoop u daarmee te laten beseffen dat wat vandaag wordt verstaan onder 'een goede rechter' is verweven met het huidige web van



opvattingen dat morgen achterhaald is. Centraal daarbij staat de verhouding van de rechter met enerzijds de overheid of de wetgever en anderzijds wat er in de burgerlijke samenleving gaande is. Vanwege die dubbele binding is de ontwikkeling van de opvattingen over de goede rechter de uitkomst van enerzijds de dynamiek van het overheidsrecht en anderzijds die van de opinievorming in de burgerlijke samenleving.

---

## VOETNOTEN

- <sup>1</sup> C. Lefort, *Het vraagstuk van de democratie* (1986), in; idem, *Wat is politiek?* Amsterdam: Boom 2016, p. 93.
- <sup>2</sup> Over de complexe geschiedenis van het begrip publieke opinie in de verhouding tot het begrip openbaarheid in politieke of juridische context J. Habermas, *Der Strukturwandel der Öffentlichkeit*, Suhrkamp 1962.
- <sup>3</sup> A.J.F. Köbben, *De tijdgeest en andere ongemakken*, Amsterdam: Mets & Schilt, 2013 p. 9-15; citaat p. 14. De gedachte van breuklijnen in de geschiedenis heeft overigens tal van uitwerkingen. Ik herinner slechts aan de paradigmawisselingen in de wetenschap van Thomas S. Kuhn, *The Structure of Scientific Revolutions* (1962) en aan de Franse mentaliteitshistorici in de traditie van L. Febvre, M. Bloch, en M. Vovelle.

# DE MODERNE PERIODE (1900-1930)

**1900-1930**  
DE MODERNE  
PERIODE

1930-1950  
DE AUTORITAIRE  
PERIODE

1950-1975  
WEDER-  
OPBOUW

1970-1995  
DE CULTURELE  
REVOLUTIE

1995-NU  
DE NETWERK-  
SAMENLEVING



- • • Rechtspraak vóór 1914. Een groepje juristen bij de Utrechtse rechtbank. Vooraan prof. Mr. D.Simons.

In de eerste periode waar ik iets over wil zeggen – de Moderne periode – waren rechters heren van stand die aan hun maatschappelijke positie ‘een zekere onverschilligheid voor hun salaris konden ontlelen’.<sup>4</sup> De verschillen tussen de standen waren voor iedereen zichtbaar: hoeden of petten; schoenen of klompen; families waarin de dames dienstbodes hadden en families waarin de vrouwen dienstbodes waren.<sup>5</sup> Maar de samenleving gistte. Migratie uit de provincie en verstedelijking hadden mensen losgeslagen van hun traditionele wortels.<sup>6</sup> In de steden stonden de fabrieken met hun in enquêtes beschreven gruwelijke omstandigheden. Ook de gegoede klasse beseftte dat. Want hoewel men denkend aan de spoorwegstaking van 1903 vooral de dwangwetten van Abraham Kuyper in herinnering krijgt, was het toch ook zo dat figuren als de antirevolutionair Talma, de katholiek Aalberse en de liberaal Goeman Borgesius naar aanleiding daarvan pleitten voor verbetering van de bedroevende arbeidsomstandigheden.<sup>7</sup> Een enkele keer werd het klassenverschil in de rechtszaal aan de orde gesteld, zoals in de zaak Hogerhuis (1895) over drie (waarschijnlijk) ten onrechte veroordeelde broers.<sup>8</sup> Maar over persoonlijke partijdigheid van rechters lezen we zelden of nooit<sup>9</sup> ook niet bij auteurs uit anarchistische en socialistische hoek zoals Clara Meijer-Wichman en W. Bongers ondanks hun fundamentele kritiek op klassenmaatschappij en rechtssysteem.

Het culturele leven werd rond de eeuwwisseling bepaald door de opkomst van het modernisme. Dat is een weinig precies omliggende term waaronder uiteenlopende filosofische opvattingen als die van het Amerikaanse pragmatisme, de



- • • De zaak Hogerhuis (1895)  
(Bron: [www.blokhuispoort.nl](http://www.blokhuispoort.nl))

Britse analytische filosofie en de Duitse fenomenologie worden gerekend evenals kunstzinnige uitingen zoals *Ulysses* van Joyce (1907) en *Les demoiselles d'Avignon* van Picasso (1907).<sup>10</sup> Kenmerkend is steeds het streven zich los te maken van de ballast van oude gedachten over het wezen der dingen en in plaats daarvan te letten op de verschillende manieren waarop de werkelijkheid zich aan het bewustzijn voordoet. Intussen probeerden wetenschappers te achterhalen wat onder de oppervlakte van hetgeen zich aan ons voordoet verborgen is. In de rechtspleging vertaalt zich een en ander in relativering van

het belang van exegese van de wet en een verhoogde belangstelling voor wat andere wetenschappen te zeggen hebben.

Ten aanzien van de toepassing van het recht werd de 19<sup>e</sup> eeuw beheerst door het z.g. legisme. De rechter past de wet toe en de wetgever is verantwoordelijk voor de rechtsontwikkeling. Een tegenstroom van anti-legisten die vanaf rond 1880 aan kracht won onder invloed van de sociale kwestie stond een vrijere rechtsopvatting voor: het woord van de wetgever is volgens hen een richtsnoer en de rechter kan het voortouw nemen in de rechtsontwikkeling. Zo zei Hamaker dat de rechter zijn oor te luisteren moet leggen in 'de werkelijkheid'. Volgens Corjo Jansen, die deze tegenstelling uitvoerig heeft beschreven en aan wie ik veel van mijn inzichten over de geschiedenis van de beoefening van het privaatrecht te danken heb, staat de periode tussen 1880 en 1910 bekend als het tijdvak van de vrije rechtsvinding. " Het onderscheid werd toen al gemaakt tussen het eigenlijke privaatrecht zoals dat geldt in de maatschappij en het positieve recht zoals de wetgever het in het wetboek heeft neergelegd. Een bezegeling van deze vrije rechtsleer vindt plaats als de Hoge Raad in Lindenbaum/Cohen (1919) aanvaardt dat onder een onrechtmatige daad niet langer alleen is te verstaan een handelen of nalaten dat inbreuk maakt op eens anders recht, of in strijd is met des daders rechtsplicht, maar ook als dit "indruischt, hetzij tegen de goede zeden, hetzij tegen de zorgvuldigheid, welke in het maatschappelijke verkeer betaamt ten aanzien van eens anders persoon of goed".

Evenzo zien we in het strafrecht een reactie op het klassieke, wetsgerichte denken in de Moderne of Nieuwe Richting. Ook daar dringt het besef door dat het perspectief van de rechter op een bepaalde gebeurtenis niet alleen moet uitgaan van toepassing van de wet. Ook als duidelijk is dat iemand de wet heeft overtreden, moet in aanmerking worden genomen hoe het komt dat hij dat deed. Zo ging de Internationale Kriminalistische Vereniging – in 1888 onder meer door de Amsterdamse hoogleraar strafrecht Van Hamel opgericht – uit van de overtuiging dat misdaad en straf evenzeer en tegelijkertijd uit sociologisch als uit juridisch oogpunt moeten worden gezien. Anderen bena-



● ● ● Les Demoiselles d' Avignon, Pablo Picasso (1907)  
(Bron: [www.rudedo.be](http://www.rudedo.be))

drukten dat het niet langer alleen om de daad maar ook om de dader gaat.<sup>12</sup> Omdat het strafrecht met zijn legaliteitsbeginsel – geen straf zonder een daaraan vooraf gegane wettelijke strafbepaling – meer aan de wet moet hechten dan het civielrecht<sup>13</sup> hadden deze inzichten in de eerste plaats gevolgen voor de wetgever.<sup>14</sup> Maar enig effect in de rechtspraak is toch ook te ontwaren, waar werd opgekomen tegen de al te strikte kaders van de wet. In het Melk en Waterarrest (1916) zien we daarvan een voorbeeld met de gedachte dat een ongeschreven norm – geen straf zonder schuld – aan de geschreven wet vooraf gaat. In 1918 kan Taverne in zijn oratie met de titel

‘De taak van den strafrechter’ schrijven:

*“(D)e rechterlijke beslissingen, waarin dogma’s en formalismen hoogtij vieren, waarin de werkelijkheid, hoewel binnen bereik, niet werd begrepen, worden zeldzamer; de teekenen des tijds zijn onbedriegelijk; wij zijn niet meer de ‘êtres inanimés’ van Montesquieu, die de wet toepassen, maar ‘qui n’en peuvent modérer ni la force ni le rigueur’; wij zijn niet meer de slechts mechanisch werkende rechtsmachines, de automaten, waarin men de feiten werpt om het recht er uit te trekken; (...) wij vinden derhalve niet alleen het recht buiten de dorre voorschriften en formules, maar wij helpen zelf mede aan de vorming van het in de maatschappij levende recht”.*<sup>15</sup>

Waar de aanhanger van het 19<sup>e</sup>-eeuwse legisme de rechter beschouwde als een wetstoepasser, verlangt de tegenstroom van de vrije rechtsleer en de Moderne Richting van de rechter oog voor empirische kennis van wat er in de maatschappij gebeurt. Die tendens bestaat ook elders. De grote Amerikaanse rechter Oliver Wendell Holmes geeft het sterkste argument daarvoor puntig weer in een dissenting opinion (1905): “General propositions do not decide concrete cases”.<sup>16</sup> Overigens hadden vroege aanhangers van deze wending zoals Molengraaff ervoor gewaarschuwd niet door te schieten met de aandacht voor economie, psychologie en sociologie.<sup>17</sup> Nog los van de rechtstheoretische overwegingen leek dat een goed advies. Empirische kennis bleek bijvoorbeeld in de Papendrechtse strafzaak (1910) een dwaallicht.<sup>18</sup>

Aan het eind van deze periode vinden de eerste zeer voorzichtige stapjes naar specialisering in de rechtspraak plaats. Zeer voorzichtig, want afgezien van de invloed van het klassieke legisme dat nu eenmaal meer op de wet dan op kennis van de werkelijkheid was gericht, was specialistische taakverdeling ook praktisch minder vanzelfsprekend vanwege de zeer beperkte omvang van de gerechten toentertijd: het Haagse Hof telde naast de president in 1900 twaalf raadsheren, het Bossche Hof elf en de rechtbanken waren in het algemeen nog kleiner.<sup>19</sup> Een belangrijke aanzet voor specialisering is een wetswijziging uit 1921

die berechting door een enkele politierechter en kinderrechter mogelijk maakte. Er wordt dan geschreven: “De politierechters zullen zijn of zich ontwikkelen tot praktische strafrechtsspecialisten, d.w.z. tot rechters die én van het juridische deel van hun taak, maar niet minder van het penitentiaire, het maatschappelijke en het psychologische deel van hun functie, terdege op de hoogte zijn”. Het belang van specialisering werd gezien in de verhouding tot andere spelers in dit justitiële veld: “Wil men als rechter niet slippendrager worden van de administratie, deskundigen en reclasseeringsinstellingen, dan zal men zich van deze dingen al meer rekenschap moeten geven.” Dat zei een van de oprichters van de in 1923 opgerichte Vereniging voor Kinder- en Politie-rechtspraak, die in 1927 wordt opgevolgd door de Vereniging voor Strafrecht-spraak.<sup>20</sup> Toch valt de moderne periode te kenschetsen als een waarin een goede rechter een generalist is met oog voor wat er werkelijk gebeurt in de samenleving.



## VOETNOTEN

- <sup>4</sup> G.E. Langemeijer, De toekomst van de rechterlijke macht, NJB 4 november 1945, p. 281-293 (geschreven in mei 1945). Drie van de dertien raadsheren van de Hoge Raad in 1900 waren van adel. Aldus blijkt uit P.J. van Koppen en J. ten Kate, De Hoge Raad in persoon, Deventer: Kluwer 2003.
- <sup>5</sup> Een aardig beeld geeft Ileen Montijn, Leven op stand 1890-1940, Amsterdam: Thomas Rap z.j.
- <sup>6</sup> In 1900 woonde 8% van de 5,1 miljoen inwoners in de stad; in 1930 was dat 17% van de 7,8 miljoen inwoners. Overigens was de trek naar de steden al eerder aangevangen.
- <sup>7</sup> J. Koch, Abraham Kuyper. Een biografie, Amsterdam: Boom 2006, p. 469.
- <sup>8</sup> Een korte beschrijving van G-J Leenknecht is te vinden in F. Jaspers e.a. (red.), Historische rechtszaken, Ars Aequi Libri 2005. Het socialistische Kamerlid P.J. Troelstra spande zich erg voor de drie broers in.
- <sup>9</sup> Corjo Jansen wees me op het feit dat Eijssel, president van de Hoge Raad, zich aangevallen voelde door M. Mendels, advocaat en SDAP'er, die hem zou betichten van klassenjustitie. Handelingen NJV 1908-1, p. 146 en de tekst van Mendel HNJV 1922-1 (tweede stuk), p. 27-29.
- <sup>10</sup> William R. Everdell, The First Moderns, Chicago and London: Chicago UP 1997. R. Williams, The Politics of Modernism, London and New York: Verso 1989 (hoofdstuk 2).
- <sup>11</sup> C.J.H. Jansen, De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht in de lange 19<sup>e</sup> eeuw, Wolters-Kluwer/ Serie Onderneming en Recht 87, 2015 en idem, De wetenschappelijke beoefening van het burgerlijke recht tussen 1940 en 1992, Wolters-Kluwer/ Serie Onderneming en Recht 93, 2016.
- <sup>12</sup> Bijvoorbeeld W.P.J. Pompe, De persoon des daders in het strafrecht, oratie Utrecht, Utrecht-Nijmegen: Dekker & Van de Vegt 1928 en D. Simons, Problemen van strafrecht, Amsterdam: Maatschappij voor goede en goedkope literatuur, 1929. Zie ook M. S. Groenhuijsen, Dirk van der Landen (red.), De Moderne Richting in het strafrecht, Arnhem: Gouda Quint 1990.
- <sup>13</sup> Twee jaar na HR 31 januari 1919, NJ 1919, 161 (Lindenbaum/Cohen) wordt in HR 23 mei 1921, NJ 1921, 564 (Elektriciteitarrest) het analogieverbod gegeven.
- <sup>14</sup> Ik doel op het jeugdstrafrecht (1905), de ter beschikking stelling van de regering (1910-28), en de voorwaardelijke vrijheidsstraf (1917).
- <sup>15</sup> B.M. Taverne, De taak van den strafrechter, Zwolle: Tjeenk Willink 1918, p. 3-4, opgenomen in 100 jaar strafrecht, Amsterdam UP 1999.
- <sup>16</sup> Aangehaald in Louis Menand, The Metaphysical Club. A Story of Ideas in America, New York: Farrar, Straus and Giroux, 2001, pag 342 en 346.
- <sup>17</sup> Jansen (2015) p. 3 met verwijzing naar Molengraaffs oratie uit 1886.

- 
- <sup>18</sup> Daarin hadden de feitenrechters op advies van drie psychiaters onder wie de beroemde Jellinek maar liefst 33 getuigen van mishandeling door de politie ontoerekeningsvatbaar verklaard: de Hoge Raad casseerde. B.M. Taverne, iets over de plaats van aanwijzingen en rapporten van deskundigen in ons wettelijke bewijsstelsel, Tijdschrift voor Strafrecht 1924, p. 313 schreef: "De geschiedenis der rechterlijke dwalingen is voor een goed deel de geschiedenis van deskundige fouten".
- <sup>19</sup> G.Chr. Kok, In dienst van het recht. Uit de geschiedenis van het gerechtshof 's Gravenhage en de daaraan vooraf gegane hoven, Hilversum: Verloren 2005, 251-255 en G. Ch. Kok, Van Raad van Brabant naar gerechtshof 's Hertogenbosch, 's Hertogenbosch 2008, p. 279-283. A. Jettinghof en P.J. de Koning, Zeventig jaar rechtspraak in cijfers, Beleid & maatschappij 1976/2 – 38-44 geven dat in 1902/03 53 raadsheren bij 5 Hoven, 163 rechters bij 26 Rechtbanken en 106 alleen zittende kantonrechters resp 1374+23.990+145.785 (=171.149) zaken behandelden.
- <sup>20</sup> J. Adriaanse, Mits op waardige wijze, De Nederlandse Vereniging voor Rechtspraak 1923-1998, p. 12. Het eerste citaat komt uit het Maandblad voor berechting en reclassering, maart 1922. Het tweede citaat is van mr H. de Bie, oprichter met N. Muller van de VvKP, op 19 november 1927, Mits op waardige wijze, p. 27.

# DE AUTORITAIRE PERIODE (1930-1950)

1900-1930  
DE MODERNE  
PERIODE

**1930-1950**  
DE AUTORITAIRE  
PERIODE

1950-1975  
WEDER-  
OPBOUW

1970-1995  
DE CULTURELE  
REVOLUTIE

1995-NU  
DE NETWERK-  
SAMENLEVING



- • • Der Untergang des Abendlandes, Karl Jakob Hirsch (1923) (Bron: [www.artnet.com](http://www.artnet.com))

Het Moderne tijdvak gaat geleidelijk over in wat ik aanduid als de autoritaire periode. Na WO I, de revolutie in Rusland, de beurscrach van 1929 en de Machtübernahme door de Nationaal-Socialisten in Duitsland (1933) maakte zich een cultuurpessimisme van de maatschappelijke elite meester. “Wij leven in een bezeten wereld. En wij weten het”, zijn de eerste woorden van Huizinga in diens ‘In de schaduwen van morgen’ (1935); zijn boek is verwant met Spenglers *Untergang des Abendlandes* (1932) en Ortega y Gassets *Opstand der horden* (1930; vertaald in 1933). De kernboodschap is dat door mechanisering, verstedelijking en organisatie ‘den mensch van het individualisme naar het collectivisme is geweest’.<sup>21</sup> Een illustratie van deze verandering in de publieke opinie is dat sedert het verlies van de liberalen in de eerste algemene verkiezingen van 1917 niet alleen communisten en socialisten, maar ook katholieken en protestanten en later de fascistische massa’s op de been wisten te brengen.<sup>22</sup>

De nieuwe collectivistische mentaliteit had haar weerslag in het recht. De contractsvrijheid wordt met de Wet op de Collectieve Arbeidsovereenkomst van 1927 danig beperkt ten gunste van de collectiviteit. En de fiduciaire eigenaar wordt geacht rekening te houden met de belangen van de oorspronkelijke eigenaar op een wijze die onder het liberale stelsel ondenkbaar was.<sup>23</sup> Bovendien wordt de gedachte versterkt dat er een verschil bestaat

tussen de wet en de concrete werkelijkheid en dat de beslissing van de rechter die lacune opvult.<sup>24</sup> Gaarne neemt de rechter met ongeschreven regels, goede trouw en regels van redelijkheid en billijkheid de ruimte tot rechtsvorming te komen waarbij ook buiten de belangen van partijen kan worden gekeken.<sup>25</sup> Paul Scholten schrijft in zijn Algemeen Deel (1931; 1934 tweede druk p. 128):

*“de rechter is altijd orgaan van de gemeenschap – zijn beslissing is niet een individueel zedelijk oordeel, maar een met macht gegeven uitspraak, die een gemeenschap bindt. Daaruit volgt, dat hij de opvattingen, die onder de aan zijn rechtsmacht onderworpenen heersen, moet kennen, dat aan de mogelijkheid daartegen in te gaan grenzen zijn gesteld. Die grenzen moet hij in het oog houden, doch daarbinnen is hij vrij”.*



- • • Graalbeweging. Een massaal spreekkoor tijdens een bijeenkomst van de Graalbeweging in Amsterdam, vermoedelijk in een stadion in de jaren 1930. (Bron: [www.fotoleren.nl](http://www.fotoleren.nl))

Juist in dit perspectief kan de 19<sup>e</sup>-eeuwse opvatting dat rechtspraak slechts een kenbron van het recht is, evolueren tot de opvatting dat vaste rechtspraak zelf als rechtsbron is te beschouwen.<sup>26</sup> Het gaat nu echt niet meer alleen om toepassing van de wet, maar ook om het recht dat de rechter in de samenleving vindt. De Hoge Raad neemt zelfs enige afstand tot de wet met de aanvaarding van het relativiteitsvereiste in verband met schending van wettelijke voorschriften.<sup>27</sup>

Ook in het strafrecht zien we de zelfbewuste rol van de rechter en uitingen van de gemeenschaps- of universaliteitsgedachte. In het enkele maanden na de



- • • L.J. Jordaan, Onze snelle rechtspleging (Groene Amsterdammer 7 februari 1931)

Rechter: "Beklaagde, gij zijt veroordeeld tot levenslange gevangenisstraf". Beklaagde (opgelucht): "Goddank, geen preventief".  
(Bron: Groene Amsterdammer, [www.geheugenvannederland.nl](http://www.geheugenvannederland.nl))

inwerkingtreding van het nieuwe Wetboek van Strafvordering gewezen De Audit-arrest (1926) wordt eigenlijk in strijd met de wet (art. 342 en 344 Sv) als bewijsmiddel aanvaard een getuigenverklaring die niet beperkt is tot feiten of omstandigheden die de getuige zelf heeft waargenomen of ondervonden. Nog uitdrukkelijker wordt afstand genomen van de wet in het arrest over de Huizer Veearts (1933) dat inhield dat wegens het ontbreken van materiële wederrechtelijkheid 'het betrokken wetsartikel op de letterlijk onder de delictsomschrijving vallende handeling niet van toepassing is'. Het zijn twee voorbeelden van gevallen waarin de rechter de wet aftroeft. Als voorbeeld van het oprukken van de universaliteitsgedachte citeer ik de Amsterdamse rechter Nico Muller die in 1934 schrijft: "De beslissende wijziging in de strafrechtelijke verhouding heeft zich voltrokken: wij zijn het strafrecht meer dan tot nu toe gaan zien uit het oogpunt der gemeenschap, minder vanuit het oogpunt der individu".<sup>28</sup> In datzelfde jaar benadrukken I.P. Hooykaas en A.J. Marx in hun preadviezen voor de NJV dat tegenover de rechtsaanspraken van de verdachte de niet minder gewichtige aanspraken van de gemeenschap op bescherming tegen de schuldige rechtsbreker staan.<sup>29</sup> Hoewel hun opvattingen onder juristen kritisch worden gezien, sloten deze wel aan bij het strenge politieke klimaat. Er wordt krachtig opgetreden tegen het Jordaanoproer (1930) en de muiters op de Zeven Provinciën (1933) en de wetgever schrappt de cautieplicht voor verdachten (1937).<sup>30</sup> Zelfs de advocatuur is aan deze tendens ten prooi.

Waar David Simons nog had geschreven dat de advocaat als taak heeft ‘alles voor te brengen wat zijn cliënt kan verlichten, niets wat hem kan bezwaren’, is er in de jaren dertig een roep om objectivering van de positie van de raadsman die zich onafhankelijk van zijn cliënt zou moeten opstellen.<sup>31</sup> En mevrouw Minkenhof schrijft in 1936:

*De laatste jaren heeft het vraagstuk van de opleiding van de strafrechter zeer de aandacht getrokken. De vraag werd gesteld of niet de ontwikkeling van de strafrechtspraak, waarbij zooveel meer op den dader dan op de daad wordt gelet en van den rechter kennis wordt geeischt althans van de beginselen van psychologie en psychopathologie benevens van criminalistiek en aanverwante vakken, meebracht, dat de strafrechtspraak slechts zou worden toevertrouwd aan hen die van deze en enkele andere vakken een bijzondere studie hadden gemaakt. Genoemde vraag werd vrij algemeen bevestigend beantwoord. De tendenz van de allerlaatste jaren dringt de individueele behandeling van den misdadiger weer naar den achtergrond; in zoover verliezen de vakken psychologie en psychopathologie voor den strafrechter weer eenigszins aan beteekenis; de opsporingsleer blijft natuurlijk van evenveel belang. De aangelegenheid is de allerlaatste jaren blijven rusten. Wellicht is de bezuiniging, die alle hervormingen tegengaat daarvan de oorzaak.<sup>32</sup>*

Het gemeenschapsdenken en de zelfbewuste rol van de rechter – met nadruk op de *common sense* of in het Duits het ‘*gesundes Volksempfinden*’ – kenmerkten een goede rechter in de jaren dertig. Er bestaat in deze autoritaire periode ontegenzeggelijk invloed van het Duitse rechtsdenken op de opvattingen in ons land. Maar er waren juristen, zoals de hoofdredacteur van het NJB, Van Oven, die al in 1933 waarschuwen voor de gevaren van te groot enthousiasme voor de ontwikkelingen in het buurland dat Nederland zeven jaar later zou binnenvallen.<sup>33</sup>

De vraag wat een goede Nederlandse rechter in de oorlog geacht werd te doen, is nu moeilijk vanuit de toenmalige tijdgeest te beantwoorden omdat we ons



● ● ● Mr L.E. Visser (1871-1942), president van de Hoge Raad  
(Bron: joodserfgoeddenhaag.nl, foto: Ruben Vis)

de omstandigheden zo moeilijk kunnen indenken. Er waren helden, zoals de vermoorde rechter B. Ph. Harinxma thoe Slooten die actief in het verzet was, mrs Haga, Van Berckel en Van Meeuwen die ontslag namen uit protest tegen de vrederechtspraak en natuurlijk mrs Viehoff, Wedeven en Heymeijer die om des gewetens wille weigerden straffen op te leggen waardoor mensen terecht zouden komen in een kamp waar ze onmenselijk werden behandeld. Er waren martelaren onder wie twee gijzelaars die bij wijze van represaille werden geëxecuteerd en vier Joodse rechters kwamen om door Duitse hand nadat zij met vijf andere fulltime rechters, onder wie de president van de Hoge Raad L.E. Visser, waren ontslagen.<sup>34</sup> Maar evenzeer waren er meer dan 300 rechters,<sup>35</sup> voor wie het rechterlijk werk tot op zekere hoogte 'gewoon' doorging. Noch het verhaal van het Toetsingsarrest (1942) van de Hoge Raad, noch dat van het Erika-arrest van het Hof Leeuwarden (1943) wil ik hier herhalen.<sup>36</sup> Maar de kritiek op de Hoge Raad en de bewondering voor de Leeuwarder rechters leren dat van de rechter in de bijzondere omstandigheden van onderdrukking door



een bezetter het tonen van moed werd verwacht. Een gezagsdrager en zeker een rechter moet weliswaar met een zekere voorspelbaarheid optreden, maar voor het behoud van zijn gezag is nodig dat zijn beslissing meer is dan een noodzakelijke uitkomst van wetstoepassing en dus dat deze in vrijheid is genomen. De rechter die bij wijze van uitzondering ontsnapt aan de schijnbare noodzaak die de bezetter hem oplegt, bevestigt zijn autonomie en daarmee de onafhankelijkheid van zijn soevereine oordeel. Dat vergt persoonlijke en kenbare moed, die de traditionele tegenstelling tussen legisme en vrije rechtsleer (of die van mechanische wetstoepassing en *moral agency*) te boven gaat.

---

## VOETNOTEN

- <sup>21</sup> J. Huizinga, In de schaduwen van morgen, Haarlem: Tjeenk Willink 1935, p. 1 en 207.
- <sup>22</sup> H. Daalder, Zestig jaar Nederland (1926-1986), opgenomen in H. Daalder, Politiek en historie, Amsterdam: Bert Bakker 1990, p. 210.
- <sup>23</sup> HR 25 januari 1929, NJ 1929 p. 616 n HR 21 juni 1929, p. 1096 (Bierbrouwerijarresten)
- <sup>24</sup> Een doordenking daarvan biedt Carl Schmitt die in 1912 de rechter noch als wetgever, noch als spreekbuis van de wet wenst te beschouwen. Hij meent dan dat het oordeel van de rechter moet worden gevormd door wat een gemeenschap van rechters in een bepaalde cultuur in een bepaald geval juist zou achten. Later in 1934 beschouwt hij de rechter toch als wetgever voor zover deze de gaten die de wet laat, opvult. Zie John P. McCormick, Carl Schmitt's Critique of Liberalism, Cambridge UP 1997: p. 211-214.
- <sup>25</sup> HR 12 maart 1926, NJ 1926, p. 777 dat voor de natuurlijke verbintenis de ruime opvatting aanneemt als gevolg waarvan ook verplichtingen uit moraal en fatsoen daaronder komen te vallen.
- <sup>26</sup> Jansen (2015), p. 258 en 248.
- <sup>27</sup> HR 28 juli 1928, NJ 1928, 1688 (De Marchant et d'Ansembourg).
- <sup>28</sup> Nico Muller, Nieuwjaar, Maandblad voor berechting en reclassering 1934, p. 232; idem, De straf in het strafrecht, Tijdschrift voor strafrecht 1934, p. 15-72 schrijft elders dat niet iedere verdachte speciaal-preventieve opvoeding nodig heeft: "Aan de algemene (lees generaal preventieve, yb) werking moet een zekere mate van voorkeur gegeven worden omdat daaraan een groter strafrechtelijk belang verbonden is dan aan het persoonlijk en strafrechtelijk welzijn van die ene dader". Zie over Muller: J.A. Janse de Jonge, Om de persoon van de dader, Arnhem 1991, p. 15-61.

- <sup>29</sup> A.J. Marx en I.P. Hooykaas, 'Komt bij de bescherming van de individuele vrijheid in ons huidige strafrecht en strafprocesrecht de gemeenschap te kort?' preadviezen NJV 1934.
- <sup>30</sup> Nog in HR 27 juni 1927, NJ 1927, 926 werd de weigering je naam op te geven aan een agent niet verboden geacht en in HR 22 juni 1931, NJ 1931, 1602 had een liegende bakker vanwege het zwijgrecht van een verdachte door het doen van onware mededelingen de Arbeidswet niet overtreden.
- <sup>31</sup> D.Simons, De verdediging in het strafproces, oratie Utrecht 1897, opgenomen in 100 jaar strafrecht, p. 314. Taru Spronken, Verdediging (diss.), Gouda Quint 2001, p.42-48 over de tegengeluiden in de jaren 30.
- <sup>32</sup> A. Minkenhof, De Nederlandsche strafvordering, Haarlem: Tjeenk Willink 1936, p. 16-17. In de derde druk (1967) ontbreekt de passage over de 'tendenz'.
- <sup>33</sup> Redactie NJB, Themis op de pijnbank, NJB 1933, p. 469-472.
- <sup>34</sup> D. Venema, Rechters in oorlogstijd, Den Haag: Bju 2007, p. 300-301. De Amsterdamse raadsheren Boas en Canes vonden de dood in concentratiekampen evenals de Amsterdamse rechter De Beneditty en ook de eerder genoemde Rotterdamse rechter A.J. Marx werd door de Duitsers vermoord. De geëxecuteerde gijzelaars waren mrs Dons en Hülsmann. Overigens zijn ook rechters, zoals Nico Muller, ontslagen omdat hun vrouw joods was.
- <sup>35</sup> Venema (2007) p. 299: 17 raadsheren Hoge Raad; 43 raadsheren in de vijf Hoven; 172 rechters in de 19 Rechtbanken en 70 kantonrechters in de 62 kantons komt dus op een totaal van 302. Jettinghof en Koning (1976) kwamen met iets afwijkende deelaantallen op een totaal van 369 rechters in deze gerechten in 1940.
- <sup>36</sup> Corjo Jansen, De Hoge Raad en de Tweede Wereldoorlog, Amsterdam: Boom 2011. H.L.C. Hermans, Om des gewetens wille. De geschiedenis van een arrest in oorlogstijd, Friese Pers Boekerij 2003.

# WEDEROPBOUW (1950-1975)

1900-1930  
DE MODERNE  
PERIODE

1930-1950  
DE AUTORITAIRE  
PERIODE

**1950-1975**  
**WEDER-  
OPBOUW**

1970-1995  
DE CULTURELE  
REVOLUTIE

1995-NU  
DE NETWERK-  
SAMENLEVING



• • • Ossip Zadkine,  
Verwoeste stad, onthuld in  
Rotterdam op 15 mei 1953

**N**a de oorlog lag Nederland in puin. Niet alleen hadden 230.000 mensen van wie meer dan 100.000 Nederlandse joden in de oorlog het leven verloren; ook de materiële schade aan steden, infrastructuur en industrie was groot. De wederopbouw werd ter hand genomen door de leiders van de verzuilde bevolkingsgroepen en hun volgzame en gezagsgetrouwe achterbannen.<sup>37</sup> Dit is de periode waarin de voor de oorlog ingezette verzuiling haar beslag kreeg met aparte scholen, kranten, vakbonden en ziekenhuizen voor hervormden, gereformeerden en katholieken, socialisten en 'algemenen'. Ondanks de verschillen die met die verzuiling gepaard gingen, denk ik dat we in deze tijd wel van een gedeeld – min of meer christelijk-existentialistisch - levensgevoel kunnen spreken.<sup>38</sup> Ik doel daarmee op de opvatting dat de mens ondanks zijn 'geworpenheid in de wereld' fundamenteel vrij is (Willem Nagel wees zijn studenten erop dat je altijd kunt zeggen: "Ik verdom het"). De beslissingen die de mens binnen de gegeven omstandig-

heden neemt, geven betekenis aan zijn leven met het angstwekkende gevolg dat hij verantwoordelijk is voor alles wat hij doet.<sup>39</sup>

In de wederopbouw blijkt de standenmaatschappij van 1900 vervangen door een maatschappij waarin ook leden van vooraanstaande families er niet meer tegenop zien hun geld in handel of industrie te verdienen. Dat heeft gevolgen voor de beschikbaarheid van mensen die voor het rechtersambt in aanmerking kunnen en willen komen.<sup>40</sup> Misschien dragen problemen dienaangaande eraan bij dat in 1947 Johanna Hudig onder druk van de Tweede Kamer als eerste vrouwelijke rechter wordt benoemd. Een goede rechter is dan iemand met een persoonlijke zedelijke taak. Tegelijkertijd wordt de rechter steeds meer een professional onder professionals. De eerder genoemde verenigingen van rechters evolueerden tot de (Nederlandse) Vereniging voor Rechtspraak (1954 en 1957) en er kwam een speciale opleiding voor rechters en officieren, de SSR (1957). In dezelfde tijd krijgt die andere juridische professie, de advocatuur, vorm met de Nederlandse Orde van Advocaten en de invoering van de verplichte stage en ook de Politieacademie wordt in 1950 opgericht. Pompe legt een direct verband tussen het zedelijke en het professionele als hij schrijft over het belang van de ‘beroepsgemeenschappen’ die – evenals universiteiten, charitatieve instellingen en andere instituties uit de burgerlijke samenleving – ‘onmisbaar zijn tot handhaving der zedelijkheid op de betreffende gebieden’.<sup>41</sup> Ondanks zijn zware individuele verantwoordelijkheid staat de rechter er dankzij die professionalisering niet alleen voor.

De wederopbouw ging gepaard met krachtige wetgevingsinitiatieven. Te denken is aan de opdracht (1947) aan Meijers om een nieuw burgerlijk wetboek te ontwerpen en aan de codificaties in de Wet op de Economische Delicten (1950) en de Algemene Wet op de Rijksbelastingen (1959). Toch blijven rechters hun onafhankelijkheid ten opzichte van de wet benadrukken. De raadsheer in het Hof Arnhem F.J.M. van Nispen tot Sevenaer – die in 1944 het eerste vonnis had gewezen dat rechtstreeks tegen het Toetsingsarrest inging<sup>42</sup> – betoont zich een warm voorstander van de gedachte van het toetsen van positieve wetsbepalingen aan de eisen van rechtvaardigheid: “Hebben wij niet uit eigen

ondervinding, misschien zelfs aan den lijve, in de oorlogsjaren ervaren, dat wettelijk recht onrecht kan zijn?”<sup>43</sup> Art. 11 Wet AB dat de rechter verbiedt de innerlijke waarde en de billijkheid van de wet te beoordelen was wat hem betreft een dode letter. Dat was wel erg radicaal uitgedrukt, maar ook bijvoorbeeld Wiarda signaleert dat de rechtspraak steeds autonomer wordt – de rechter is dan een naar billijkheid oordelende scheidsman.<sup>44</sup> En bij de beoordeling van die billijkheid was cruciaal dat de ene burger van de andere mocht verlangen dat hij zich bij de uitoefening van zijn rechten en bevoegdheden gedroeg als iemand met sociaal besef – dat klinkt nog door in de voorzorggedachte van het Kelderluikarrest uit 1965.<sup>45</sup> De naoorlogse rechters geven er weliswaar blijk van wel degelijk waarde toe te kennen aan direct bij de wet aansluitende redeneringen.<sup>46</sup> Maar die aansluiting wordt soms tot het uiterste opgerekt – zoals in het arrest Quint/Te Poel over ongerechtvaardigde verrijking (1959). Het arrest illustreert dat in die tijd ‘billijkheid’ (ars aequi<sup>47</sup>) niet zozeer als ‘uitzondering op een algemene regel’ heeft te gelden, maar veeleer als een vorm van ‘moreel lezen’ van de wet.<sup>48</sup> En in Saladin/HBU (1967) opent de Hoge Raad de mogelijkheid dat onder voorwaarden de wettekst kijkt voor de goede trouw.<sup>49</sup> De wijziging in 1963 van art. 99 (oud) Wet op de Rechterlijke Organisatie (nu: 79 RO) waarin stond dat de Hoge Raad uitspraken casseert ‘bij verkeerde toepassing of schending der wet’ in ‘wegens schending van het recht’ is zo gezien een erkenning door de wetgever van de gedachte dat rechtspraak meer is dan toepassing van wetgeving.

Ook in het strafrecht is de nu als professioneel aan te merken onafhankelijkheid van de rechter te ontwaren. Dat blijkt in de eerste plaats in de strafoplegging in de feitenrechtspraak. Na de oorlog wordt beseft dat onder omstandigheden iedereen als misdadiger kan worden beschouwd en de delinquent wordt voortaan beschouwd als iemand die van het rechte pad is gewaaid en die dus resocialisatie behoeft. Art 26 Beginselenwet Gevangeniswezen (1951) zegt met zoveel woorden: “Met handhaving van het karakter van de straf of de maatregel wordt hun tenuitvoerlegging mede dienstbaar gemaakt aan de voorbereiding van de terugkeer der gedetineerden in het maatschappelijk leven”. Na de klassieke zedelijke

verbetering en de deterministische kant van de Moderne Richting weer-  
 spiegelde deze formulering dat de delinquent werd herkend als medemens.  
 Nagel noemt met instemming het zijns inziens kenmerkende grondbeginsel  
 van de z.g. Utrechtse School van Pompe, Baan en Kempe dat 'de persoon zelf  
 het min of meer in zijn macht heeft zijn gezindheid en zijn karakter ten goede  
 of ten kwade te veranderen'.<sup>50</sup> Die – aan het zojuist genoemde existentialisme  
 herinnerende - benadering vergt een ontmoeting tussen rechter en de  
 individuele verdachte en rapportages over persoonlijke achtergronden.<sup>51</sup>  
 En in die benadering is er evenals in de billijkheidsopvatting – waarin een  
 vanzelfsprekend verband bestaat tussen nadruk op de bijzonderheden van  
 het geval en oog voor verzachtende omstandigheden - een voorkeur voor  
 een vergaand 'freies Ermessen' door de rechter. Dit rechtersbeeld waarin  
 de rechtsregels een uiterste omheining vormen waarbinnen fatsoenlijke –  
 en misschien ook wel een beetje paternalistische – rechters naar billijke uit-  
 komsten streven, sloot goed aan bij de zuilenmaatschappij waarin de elite  
 zich verplicht wist te zorgen voor de medemens.

Geleidelijk aan ontwikkelde zich – deels in reactie hierop<sup>52</sup> – een andere tendens,  
 die Rimmelink aanduidde als de functionele stroming.<sup>53</sup> Hierin is de rechter – in  
 de woorden van Ter Heide - niet iemand die gewetensbeslissingen neemt maar  
 veeleer iemand 'die in een rol handelt tot handhaving van het zeer pluriforme  
 en steeds veranderende rollenspel van de samenleving, waarin hij 'richtend'  
 betrokken is', in afhankelijkheid van de daar bestaande sociale verwachtingen.<sup>54</sup>  
 De rechter bouwt door zijn uitspraken op grond van een gegeven casus een  
 nieuwe norm in in het bestaande stelsel. Het is een verfijning van de vrije  
 rechtsleer die veel ruimte laat voor afwegingen om in concrete gevallen tot een  
 normatief oordeel te komen.<sup>55</sup> Deze benaderingswijze maakte het bijvoorbeeld  
 mogelijk in het IJzerdraad arrest (1954) de rechtspersoon strafrechtelijk aan-  
 sprakelijk te stellen. Maar de betekenis en doorwerking van de functionele  
 stroming zijn groter. De afstemming op iemands 'functie' houdt immers een  
 abstrahering van hoogst-individuele eigenschappen in. Dat verklaart waarom  
 een automobilist die op een agent inrijdt met de bedoeling om deze opzij te  
 laten springen voortaan toch wegens opzet op de dood van de agent kan worden



• • • De Zwarte Ruiter  
(Bron: [www.heemkundekringmyerle.nl](http://www.heemkundekringmyerle.nl),  
foto: Fotoarchief Rinie Maas)

veroordeeld.<sup>56</sup> De Hoge Raad trekt uit het functioneren van de man een normatieve conclusie door deze handeling als poging tot doodslag te kwalificeren. Zoals we dat nu zeggen ‘bewust aanvaarden van de aanmerkelijke kans’ was genoeg; dat de verdachte de dood van de ander niet wilde, deed er niet toe.<sup>57</sup> Zou een rol hebben gespeeld dat de naoorlogse generatie diep ervan doordrongen was dat mensen niet altijd doen wat ze willen en vaak niet doen wat ze wel willen? Evenzeer van de werkelijke wetenschap van de betrokkene geabstraheerd was het oordeel dat ondanks de niet altijd eenvoudig te doorgronden (economische) ordeningswetgeving niet hoeft vast te staan dat de verdachte heeft geweten dat hij strafbaar handelde, al werd niet uitgesloten dat een beroep op dwaling over het recht kon worden gedaan.<sup>58</sup> In het functionele denken dat geleidelijk aan de overhand krijgt, is rechtspraak een streven naar een billijk oordeel op grond van wat redelijkerwijs maatschappelijk mag worden verwacht en daar paste blijkens het Zwarte Ruiterarrest het meer op billijkheid gerichte adagium “straf naar de mate van schuld” niet bij: ondanks dat de Zwarte ruiter wegens verminderde toerekenbaarheid ter beschikking van de regering werd gesteld, werd hij ook bestraft met 15 jaar gevangenisstraf.<sup>59</sup>





“Amsterdam: donderdagochtend hebben zich opnieuw enige provo's voor de rechter moeten verantwoorden. Een groepje opgewonden jongelieden eiste voor het gerechtsgebouw een openbare zitting reden waarom een hoofdagent een ernstige waarschuwing moest geven.”

30 september 1965 – ANP

(Foto: Cor Mulder)

Samenvattend kunnen we stellen dat de goede rechter in de periode van de wederopbouw een gewetensvolle professional is die zijn oordeel baseert op billijkheid of op maatschappelijke verwachtingen. Maar in een rede bij het 100-jarig bestaan van de NJV in 1970 zegt Langemeijer:

*“Het probleem waarvoor wij hier staan: de verhouding van het recht tot enerzijds het zedelijk ideaal, anderzijds de maatschappelijke werkelijkheid is allerminst nieuw. Nieuw is de aan het recht vijandige gevoelsgeladenheid en de dienstbaarheid aan praktische consequenties die het in onze tijd vertoont”.*<sup>60</sup>

En inderdaad: vanaf het midden van de jaren zestig kregen de (straf)rechters ongenadige kritiek te verduren. De babyboomgeneratie was 17 jaar of ouder en de secularisering had ingezet. Het was de tijd waarin provo's, demonstranten tegen de Vietnamoorlog en Maagdenhuisbezitters onvoorwaardelijke gevangenisstraffen kregen. Dat gold trouwens ook voor de consumenten van pornografie en cannabis. Veel zorgen baarden enquêtes van Revu in 1967 waaruit bleek dat 45% van de onder-vraagden dacht dat in de rechtspraak werd gemeten met twee maten. En de toenmalige officier van justitie Abspoel zei over rechters: “Sommige rechters zijn nog steeds geneigd zichzelf als sacrale personen te beschouwen. (...) Men dient hun uitspraken als dogma's te aanvaarden, twijfel en kritiek van de leek, ook wat het persoonlijk optreden van de rechter betreft, worden als een gebrek aan eerbied opgevat”.<sup>61</sup> De rechter zat op de schopstoel.<sup>62</sup>

---

## VOETNOTEN

- <sup>37</sup> Het is een wonder dat in 1947 de totale industriële productie weer op het peil van 1938 stond. Zie Kees Schuyt en Ed Taverne, 1950. Welvaart in zwart-wit, Den Haag: SDU 2000, p. 35-40 en 239-256.
- <sup>38</sup> Dat spreekt ook uit het veel gelezen boek van P.J. Boumans, *Revolutie der eenzamen*, Antwerpen/Assen 1953.
- <sup>39</sup> Een gemakkelijk leesbaar overzicht geeft S. Bakewell, *At the Existentialist Cafe*, New York: Other Press 2016.
- <sup>40</sup> G.E. Langemeijer, De toekomst van de rechterlijke macht, NJB 4 november 1945, p. 281-293 (geschreven in mei 1945) wijdt het 'ernstig gebrek aan aanbod van geschikte krachten voor het rechtersambt' aan het gedaalde aanzien en de geringe bezoldiging. In 1957 zijn er volgens Jettinghof en Koning (1976) wel weer 59+213+94 (=366) rechters.
- <sup>41</sup> W.P.J. Pompe, *Het nieuwe tijdperk en het recht*, Amsterdam: Uitgeverij Vrij Nederland 1945, p. 25.
- <sup>42</sup> D. Venema (2007), p. 351-352 en J. Barendsen, *De Rechtbank Arnhem en de Duitse bezetting*, in het door Venema en Barendsen geredigeerde boek met dezelfde titel, Nijmegen: Wolf 2004, p. 33-73.
- <sup>43</sup> Jansen (2016), p. 59.
- <sup>44</sup> G.J. Wiarda, Drie typen van rechtsvinding. Rechters als spreekbuis der wet, als wetsvertolkers en als 'goede mannen' oordelend naar billijkheid, in *Een bundel gedachten*, Zwolle 1963 – aangehaald door Jansen (2016) p. 65.
- <sup>45</sup> Jansen (2016), p. 103, met aanhaling van Meijers, *La réforme du Code civil néerlandais* (1948). HR 5 november 1965, NJ 1966/136 m.n. GJS (Kelderluik).
- <sup>46</sup> Jansen (2016), p. 55 met verwijzing naar J.M. Polak, *Praktijk en theorie der rechtsvinding* (1953).
- <sup>47</sup> Van het tijdschrift met die naam verscheen het eerste nummer in 1951.
- <sup>48</sup> Het verschil gaat terug op Plato resp. Aristoteles. De laatste wijst in de Nicomacheïsche ethiek op het gebruik van flexibele meetinstrumenten door bouwers op Lesbos, omdat de stenen die zij gebruiken onregelmatig zijn. Zo zit het in de aard van de verschillen tussen individuele zaken dat de regel soepel moet worden toegepast. M. Nussbaum, *Equity and Mercy*, *Philosophy and Public Affairs*, 1993/2, p. 83-125.
- <sup>49</sup> Wiarda wijst in de derde druk van 1988 ook op HR 3 maart 1972, NJ 1972/339 (Maring/Assuradeuren) waarin met zoveel woorden wordt gesteld dat de rechter aan de verouderde en in de praktijk niet meer gevolgde art. 288 en 289 Wetboek van Koophandel niet is gebonden.
- <sup>50</sup> W.H. Nagel, *De Utrechtse School*, TvS 1963, p. 322-355. Zie ook Kees Schuyt, *Het spoor terug*. J.B. Charles/W.H. Nagel 1910-1983, Balans 2010, p. 301-302.
- <sup>51</sup> P.A.H. Baan, *De psychiater in foro*. Het overkoepelend denken II, Utrecht 1952. Zie ook Schuyt (2010), p. 300-304 n.a.v. *Strafbejegening*. Een studie over de toepassing van de jeugdgevangenis van de hand van E.A.M. Lamers, M.P. Vrij en W.H. Nagel (1955).
- <sup>52</sup> A. Mulder, *Met mate*, oratie Leiden, Zwolle 1961.

- <sup>53</sup> J. Rummelink, Stromingen in materieel strafrecht, 1986; anderen – o.m. Peters, Kelk, en Fijnaut - hebben ook orde proberen te brengen in de veelheid van strafrechtelijke stromingen, maar met het oog op de vraag wat een goede rechter is hoef ik daar nu niet op in te gaan.
- <sup>54</sup> J. Ter Heide, *Iudex Viator: Probleem- of systeemdenken, of gesystematiseerd probleemdenken*, AAe 1967, p. 3-31 en idem, *De onafhankelijkheid van de rechterlijke macht*, Amsterdam/Brussel: Agon Elsevier 1970.
- <sup>55</sup> Ter Heide (1967) noemt als voorbeeld HR 23 maart 1965, NJ 1965/260 (Bob en Daphne) over de beoordeling van 'aanstotelijk voor de eerbaarheid'.
- <sup>56</sup> HR 6 februari 1951, NJ 1951/475 m.n. BVAR (inrijden op agent); HR 9 november 1954, NJ 1955/55 m.n. WP (Cicero).
- <sup>57</sup> A.A.G. Peters, *Opzet en schuld in het strafrecht*, Deventer: Kluwer 1966, p. 133-135.
- <sup>58</sup> HR 18 maart 1952, 1952/314 m.n. BVAR (boos opzet); HR 22 november 1959, NJ 1950/180 m.n. BVAR (motorpapieren).
- <sup>59</sup> HR 10 september 1957, NJ 1958/5 m.n. WP (Zwarte Ruiter).
- <sup>60</sup> G.E. Langemeijer, *Openingsrede NJV, NJB 1970*, p. 781-787.
- <sup>61</sup> J.J. Abspoel, *Studenten, moordenaars en ander volk*, Ede 1979, p. 183; ook aangehaald in A.C. 't Hart, *Openbaar Ministerie en rechtshandhaving*, Arnhem: Gouda Quint 1994, p. 48.
- <sup>62</sup> J.C.M. Leijten, *De rechter op de schopstoel (inaugurale rede)*, Kluwer 1970.

# DE CULTURELE REVOLUTIE (1970-1995)

1900-1930  
DE MODERNE  
PERIODE

1930-1950  
DE AUTORITAIRE  
PERIODE

1950-1975  
WEDER-  
OPBOUW

**1970-1995**  
**DE CULTURELE**  
**REVOLUTIE**

1995-NU  
DE NETWERK-  
SAMENLEVING



- • • Na de eerste televisie-uitzending op 2 oktober 1951, duurt het tot 1960 voordat op alle avonden wordt uitgezonden – tot 1964 uitsluitend op één zender. In 1966 beschikte driekwart van de Nederlandse huishoudens over een (zwart-wit) televisie.  
(Bron: National Archives and Records Administration, [www.web.archive.org](http://www.web.archive.org). Foto: Evert F. Baumgardner)

**W**ereldwijd was een nieuwe tijd aangebroken, waarin anders tegen autoriteiten werd aangekeken en waarin zeker in het rijke westen tot 1973 een tijd van onafgebroken economische groei had plaatsgevonden. Weliswaar zou die groei daarna zo nu en dan haperen, maar de kiem van de consumptiemaatschappij is gelegd. Inmiddels zijn immers voor zeer velen technologische nieuwigheden ter beschikking gekomen zoals de auto, de televisie en de anticonceptiepil en de mogelijkheden tot hoger onderwijs voor velen dragen bij aan een gevoel van vrijheid en aan het afbrokkelen van de oude gezagsverhoudingen. De naoorlogse interactie tussen de overheid en de verzuilde maatschappelijke organisaties is over haar hoogtepunt heen.<sup>63</sup> Dat gaat gepaard met een zich langzaam en geleidelijk voltrekkend proces van individualisering op diverse levensterreinen: mensen maken zich los van

traditionele, kerkelijke verbanden en het percentage Nederlanders dat “genieten” erg belangrijk vindt neemt stevig toe.<sup>64</sup> Terwijl aanvankelijk min of meer marxistisch geïnspireerde maatschappijkritiek luid wordt gehoord, slaat dat in de loop van dit tijdvak om in een post-modernistische kritiek op de grote verhalen van weleer waarbij het streven naar politieke en economische gelijkheid weer afneemt. Tegen deze achtergrond gaan de mensenrechten in ons land – maar het gebeurde gelijktijdig evenzeer elders – als de ultieme referentie gelden. Steeds vaker wordt de overheid geconfronteerd met eisen van burgers die daarbij een beroep doen op hun individuele rechten en vrijheden.<sup>65</sup>



• • • Constant, Het verhoor, olieverf 1983  
(Bron: [www.argusvlinder.wordpress.com](http://www.argusvlinder.wordpress.com),  
Fondation Constant)

Ook deze maatschappelijke ontwikkelingen hebben hun weerslag op het rechtsleven. Zeker in advocatuur en wetenschap komen er veelbelovende juristen uit geëmancipeerde maatschappelijke lagen en het besef van het bestaan van de doorwerking van maatschappelijke ongelijkheid in de rechtspleging leidt onder meer bij hen tot een krachtig maatschappelijk engagement, zoals verwoord in de rapporten ‘Verdediging in de aanval’ (1972) en de ‘De weg naar het recht’(1976).<sup>66</sup> Het recht werd al lang niet meer louter als een systeem van regels beschouwd, want steeds meer leek het een waardenstelsel te belichamen, waarbij ‘het juristengilde [werd] gezien als hoeder van het waardenstelsel en de rechter als representant van dat gilde’.<sup>67</sup>



- • • Belediging van vreemde staatschoufden wordt minder strafwaardig na HR 7 november 1967, NJ 1968/44 en HR 5 november 1968, NJ 1969/78. (Bron: [www.socialhistory.org](http://www.socialhistory.org))

In de rechtspraak vindt dat engagement een vruchtbare bodem, waar onder rechters de neiging groeit om de rechter niet alleen op te vatten als een geschilbeslechter, maar ook als een van de drie pijlers van de trias politica. Zo vond de meerderheid van de NJV-vergadering die in 1975 was gewijd aan 'het functioneren van de rechter in de samenleving' het aanvaardbaar dat de rechter een uitspraak geeft naar zijn redelijkheidsinzicht, ook als dit zou indruisen tegen het positieve recht.

Dat paste wel bij het privaatrechtelijke vrije rechtsvindingsdenken van bijvoorbeeld Pitlo.<sup>68</sup> Het zou zelfs wel kunnen dat deze waardering voor de rol van de rechter eraan bijdroeg dat de totstandkoming van het Nieuw BW niet opschoot. Maar of de rechter zich in het privaatrecht ook echt zo vrijmoedig opstelde, is minder stellig te bevestigen. Daar is hooguit een – bij de tijdgeest passende - trend de sociaaleconomisch zwakkeren te beschermen. Zo wordt naar aanleiding van de vraag of doorbetaald moet worden bij staking beslist "dat de arbeider zijn aanspraak op loon behoudt indien de bedongen arbeid -

buiten schuld van partijen - niet gebruikt kan worden, ten gevolge van een omstandigheid die in de verhouding tussen de partijen meer in de risicosfeer van de werkgever of diens bedrijf ligt dan in die van de arbeider.”<sup>69</sup> De civiele rechter is echter in de jaren zeventig zoekend hoever hij met zijn nu onomstreden rechtsvormende taak kan gaan – hij lijkt die vrijheid bovenal te zoeken in gevallen waarin hij als derde macht heeft te oordelen over bestuurlijk overheidsoptreden.<sup>70</sup> Algemene rechtsbeginselen van behoorlijk bestuur worden sedert 1966 als uitdrukkelijke rechtsbron aanvaard, en het gaat zelfs zover dat in 1986 lagere wetgeving aan algemene beginselen bleek te kunnen worden getoetst.<sup>71</sup> Maar er zijn grenzen: veranderde maatschappelijke opvattingen verleiden de rechter er niet toe buiten de wetgever om het homonormaal te erkennen of registers voor de burgerlijke stand ten behoeve van transseksuelen te verbeteren.<sup>72</sup> Wat daarvan zij, het vertrouwen in de rechterlijke macht begint weer te herstellen. In deze periode neemt het aantal civiele procedures toe, onder meer als gevolg van de sociale rechtshulp (huur- en arbeidsrecht e.d.) en het consumentenrecht. Of datzelfde vertrouwen ook bestond in het ondernemingsrecht is overigens moeilijker te beoordelen: aan het eind van de jaren tachtig ontstaat als gevolg van fusiegolven in de advocatuur en de internationalisering van de zakenmarkt steeds meer specialisatie bij de advocaten en zij zoeken dikwijls manieren om buiten de rechtspraak om hun geschillen te beslechten.<sup>73</sup>

In de strafrechtspraak werken de nieuwe opvattingen over de trias politica misschien nog wel scherper door. Dat is verrassend omdat juist in het strafrecht de handhaving van het gezag van de wet zwaarder weegt dan in het civiele recht.<sup>74</sup> Bij de strafadvocatuur zien we de ontwikkeling dat het ‘stiefkind van de balie’ dat het strafrecht tijdens de wederopbouw was, geleidelijk aan zijn gespecialiseerde plaats krijgt door een nieuwe generatie advocaten. Zij leggen minder de nadruk op de persoon van de dader dan op het systeem van het recht en spreken de overheid erop aan dat deze zich houdt aan geschreven of ongeschreven (vorm)voorschriften. Wellicht speelt de eerste veroordeling van Nederland door het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in 1976 bij het succes van die aanpak een rol.<sup>75</sup> Dat arrest is enerzijds een erkenning van



het eigen recht van de verdachte op een eerlijk proces en anderzijds sterkt het de rechter in de gedachte dat hij een bijzondere taak heeft binnen de gezagsverhoudingen. In dat beeld passen de eerste erkenningen van de mogelijkheid van uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijsmateriaal.<sup>76</sup> De Utrechtse hoogleraar A.A.G. Peters die net terug was uit de VS waar een vergelijkbare ontwikkeling gaande was spreekt van *policing the police*.<sup>77</sup> De nieuwe rol van de rechter strekt zich ook uit tot controle op het Openbaar Ministerie. Dat was in 1970 ertoe overgegaan zijn beleid te publiceren en daarin werd al dadelijk blijk gegeven van een - in het licht van de zeer snel stijgende criminaliteitscijfers begrijpelijke<sup>78</sup> - fundamentele koerswijziging. Deze kwam erop neer dat het OM voortaan niet van vervolging zou afzien op gronden aan het algemeen belang ontleend, zoals art. 167 Sv dat omschreef, maar slechts zou vervolgen als dat in het algemeen belang was. Bovendien is vanaf 1983 afdoening door (transacties in geval van misdrijf met) het OM mogelijk.<sup>79</sup> Het gevolg is niet alleen het ontstaan van gespecialiseerde vervolgingsrichtlijnen bijvoorbeeld op het vlak van drugs en fraude, maar ook de mogelijkheid van toetsing door de rechter van de vervolgingsbeslissing. De Hoge Raad maakt het aan het eind van de jaren zeventig voor de rechter mogelijk de vrijheid te nemen het Openbaar Ministerie in zijn vervolging op grond van ongeschreven beginselen zoals het vertrouwensbeginsel niet-ontvankelijk te verklaren.<sup>80</sup> En het is de wetgever die in 1984 rechterlijke toetsing ruimer mogelijk maakt in gevallen waarin de vervolgingsbeslissing was uitgebleven. De nieuwe tijdgeest laat overigens niet alleen van zich blijken via de rechterlijke toets van de verhouding tussen overheid en burger. Ook morele veranderingen in de samenleving hebben hun weerslag – in het strafrecht wordt steeds nadrukkelijker vastgehouden aan het schadecriterium als grondslag. Te denken is aan de liberalisering van de zedelijkheidswetgeving en aan de actieve taak van de rechter sedert 1984 in de politiek zo moeilijk oplosbare euthanasiekwestie. De in de rechtspraak ontwikkelde maatstaven werden dienaangaande in 2002 wettelijk vastgelegd.

Tijdens de culturele revolutie heeft de goede rechter oog voor het mogelijke gelijk van de individu in zijn verhouding tot machtiger tegenspelers zoals de overheid – de overheid die overigens wel een steeds groter rol vervult op

terreinen die voorheen waren weggelegd voor de instituties van de zuilen-samenleving. Die erkenning draagt bij aan een kritische rol van de rechter binnen de trias politica en hij schroomt niet activistisch aan rechtsvorming te doen aan de hand van achter het geschreven recht liggende fundamentele beginselen. Deze opstelling van de rechter zal niet vreemd zijn geweest aan de verdergaande juridisering van de onderlinge verhoudingen. De advocatuur verdrievoudigt tussen 1970 en 1992,<sup>81</sup> en dat draagt dan op zijn beurt bij aan een groter beroep op de rechtspraak.



- • • Rara proces 1988: René Roemersma wordt in hoger beroep vrijgesproken van vijf van de zes tenlastegelegde feiten wegens uitsluiting van onrechtmatig verkregen bewijs. In plaats van vijf jaar kreeg hij negen maanden met aftrek. (Bron: [www.anderetijden.nl](http://www.anderetijden.nl))

## VOETNOTEN

- <sup>63</sup> H. Daalder, Zestig jaar Nederland (1926-1986), opgenomen in: idem, Politiek en Historie, Bert Bakker 1990.
- <sup>64</sup> A.J.A. Felling, Het proces van individualisering in Nederland: een kwarteeuw sociaal-culturele ontwikkeling, afscheidsrede KU Nijmegen 2004.
- <sup>65</sup> C. Lefort, Mensenrechten en politiek (1980), in Lefort (2016).
- <sup>66</sup> L. Hulsman e.a., Verdediging in de aanval (1972); daarover T. Spronken, Verdediging, diss 2001, p.56-75. C.A. Groenendijk, C.J.M. Schuyt en B.P. Sloot, De weg naar het recht, een rechtssociologisch onderzoek naar de samenhangen tussen maatschappelijk ongelijkheid en juridische hulpverlening, Deventer 1976.
- <sup>67</sup> T. Koopmans, Overbelasting van de rechter (1989), in Juridisch stippelwerk, Deventer: Kluwer 1991, p 108-113 (citaat p.110).
- <sup>68</sup> Jansen (2016), p. 147.
- <sup>69</sup> HR 10 november 1972, NJ 1973, 60; HR 7 mei 1976, LJN AB9771, NJ 1977/55 (Wielemaker/De Schelde)
- <sup>70</sup> Voor het eerst erkent hij uitdrukkelijk om te gaan in HR 7 maart 1980, NJ 1980/353 m.n. GJS (Stierkalf).
- <sup>71</sup> In de Landsmeearresten (HR 4 januari 1963, NJ 1964, 202 e.v.) werden de algemene beginselen van behoorlijk bestuur in het oordeel van de rechter betrokken binnen het kader van de vraag of de overheid in redelijkheid tot haar besluit heeft kunnen komen. In Landbouwwliegers troeven ze zelfs lagere wetgeving af. HR 16 mei 1986, NJ 1987, 251. De onafhankelijkheid van de rechter komt ook tot uitdrukking als in Vermeulen/Lekkerkerker (1972) een handeling als een onrechtmatige daad wordt aangemerkt ondanks dat een Hinderwetvergunning is gegeven.

- 
- <sup>72</sup> HR 19 oktober 1990, NJ 1992/129 en HR 3 januari 1975, NJ 1975/187. Asser-Vranken 1995 no. 92.
- <sup>73</sup> A. Klijn, J.C. Kester en F.W.M. Huls, *Advocatuur in Nederland 1952-1992*, Justitiële Verkenningen (6) 1992.
- <sup>74</sup> Ch. J. Enschede, *Wetten en rechters*, in *Non sine causa* (G.J. Scholtenbundel ) 1979; ook opgenomen in *100 jaar strafrecht*, Amsterdam UP 1999.
- <sup>75</sup> EHRM 8 juni 1976 (Engel a.o. v The Netherlands ook wel "soldaten tegen Nederland").
- <sup>76</sup> HR 18 april 1978, NJ 1978/365 m.n. ThWvV (erwtenpistool) en HR 12 december 1978, NJ 1979/142 m.n. GEM (braak bij binnentreden).
- <sup>77</sup> A.A.G. Peters, *Het rechtskarakter van het strafrecht*, oratie 1972, opgenomen in *100 jaar strafrecht* (1999).
- <sup>78</sup> Volgens het CBS neemt de geregistreeerde misdaad van 1970 tot 1995 toe van 266,000 naar 1.226.00. De stijging was overigens al ingezet in 1965 toen het ging om 169.000 misdrijven.
- <sup>79</sup> De OM-transactie voor misdrijven stamt uit 1983; en de politietransactie voor sommige misdrijven uit 1993. De 'groeierende verontrusting onder de bevolking over de toenemende criminaliteit' leidde een jaar later tot het invloedrijke beleidsplan 'Samenleving en criminaliteit, TK 1984-1985, 18995, nrs 1-2.
- <sup>80</sup> HR 22 mei 1979, NJ 1979/301 mn GEM (Menten) en HR 22 december 1981, NJ 1982/233 m.n. ThWvV.
- <sup>81</sup> Klijn e.a. (1992) melden dat van 1952-1970 ongeveer 2000 advocaten werkzaam waren en dat aantal springt dan in 1991 naar 6716.

# DE NETWERKSAMENLEVING (1995-NU)

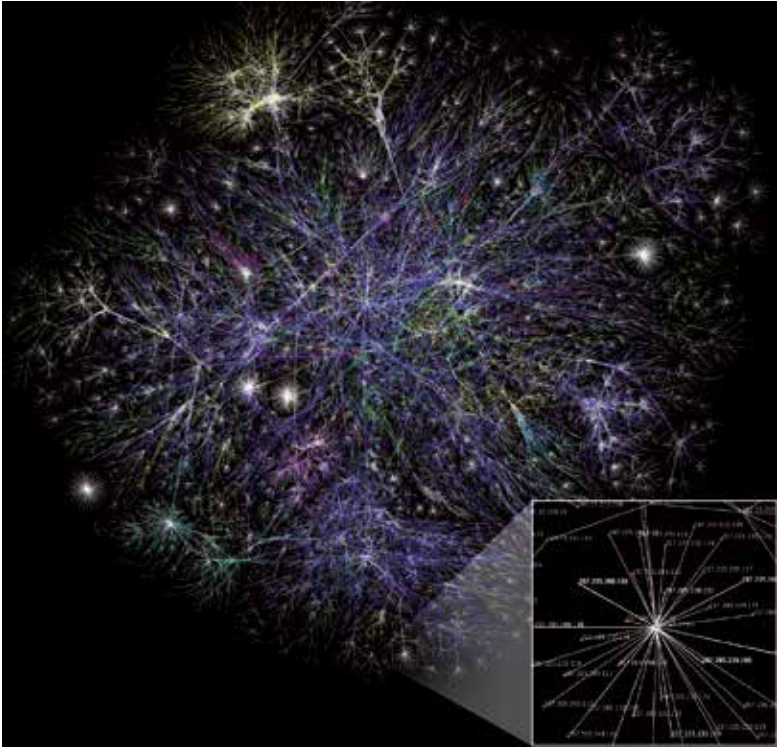
1900-1930  
DE MODERNE  
PERIODE

1930-1950  
DE AUTORITAIRE  
PERIODE

1950-1975  
WEDER-  
OPBOUW

1970-1995  
DE CULTURELE  
REVOLUTIE

1995-NU  
DE NETWERK-  
SAMENLEVING



- ● ● Clifton Despanie, De mazen van het web: een beeld van de diverse verbindingen en routes door een deel van het Internet. (Bron: [www.wikipedia.org](http://www.wikipedia.org))

**M**et het eind van de Koude Oorlog wordt een periode ingeluid waarin overheden voor zichzelf een marktversterkende rol zien weggelegd in de globaliserende, door digitale technologie gedreven economie en verder vooral inzetten op het bevorderen van veiligheid. Die benadering is na de terroristische aanslagen van 2001 en enkele krachtige economische crises niet fundamenteel veranderd.<sup>82</sup> Wat in de culturele revolutie was begonnen als een bevrijding van de individu van oude structuren, verandert in een roep om bescherming van potentiële slachtoffers en kwetsbare individuen.<sup>83</sup> En inderdaad wordt de positie van het slachtoffer in het strafrecht versterkt.<sup>84</sup>

Niet alleen degene die actief is, maar ook degene die passief is, heeft rechten. Het vertrouwen in persoonlijke mogelijkheden om een actieve rol in de maakbare samenleving van de jaren vijftig te spelen en de activistische kritiek jegens de instituties van politiek en economie van de jaren zeventig, maken – om met de politiek filosoof Rosanvallon te spreken - plaats voor een burger als jurylid en aanklager: hij wantrouwt, roept ter verantwoording en wil kwesties onderzocht zien zodra er is afgeweken van een norm, in het bijzonder als daardoor slachtoffers lijken te zijn gevallen.<sup>85</sup> Misschien is ontzetting over slachtofferschap wel een van de belangrijkste bindende factoren in een tijdsgewricht waarin mensen niet meer menen deel uit te maken van één gemeenschap met een eenduidige wereldbeeld maar van diverse netwerken met uiteenlopende regels en verwachtingen.<sup>86</sup>

In elk van die netwerken wordt transparantie toegejuicht. Wij kijken en worden bekeken, wij toetsen en worden getoetst en ons digitale leven wordt bijgehouden en geanalyseerd.<sup>87</sup> Breed gedeeld is het gevoel dat we niet kunnen ontsnappen aan de klusters van regels en verwachtingen, maar toch verantwoordelijk zijn. Dat is mooi verwoord in een herbewerking van Antigone door de modieuze filosoof Slavoj Žižek: *“Old wisdom has it right – we can’t escape the clutches of our fate. But what this wisdom ignores is that we also can’t escape the burden of our responsibility”*.<sup>88</sup>

Het aantal zaken dat voor de rechter komt was al aan het eind van de 20<sup>ste</sup> eeuw drastisch gestegen en die ontwikkeling zet door.<sup>89</sup> De toename aan zaken leidt tussen 1995 en 2012 tot bijna een verdubbeling van het aantal rechters.<sup>90</sup> Deze aanwas gaat gepaard met belangrijke institutionele veranderingen. Sinds 2002 kent de rechterlijke organisatie een nieuwe structuur, een waarin niet meer wordt uitgegaan van het collegiale bestuur van de gerechten, maar waarin de beheerstaken worden uitgeoefend onder gezag van de nieuw in het leven geroepen Raad voor de Rechtspraak. Drie jaar eerder was de organisatie van het Openbaar Ministerie drastisch veranderd waarbij onder meer het Parket-Generaal werd ingesteld. De greep van de minister van Veiligheid en Justitie – ‘veiligheid’ is er in 2010 bijgekomen – is door deze centraliserende ontwikkelingen eenvoudiger geworden. Hoewel de politieke leiding geacht



● ● ● WideWalls, Banksy (Bron: [www.mo.be](http://www.mo.be))

wordt terughoudendheid te betrachten in individuele strafzaken, vindt bij de vervolging van belangrijkere zaken veel meer dan vroeger intensief overleg plaats met de top van het OM en het departement. De rechters maken zich de rationalisering ook eigen, streven ernaar zaken efficiënt en tijdig af te doen en geven gehoor aan de wens zich transparant op te stellen.<sup>91</sup> Ze benadrukken het belang van motivering in individuele zaken, formuleren kernwaarden, ontwikkelen professionele standaarden en werken aan hun communicatieve vaardigheden.<sup>92</sup> Rechters maken zich kortom druk over hun imago, ondanks dat rond de 65% van de bevolking blijkt geeft van (een groot) vertrouwen in de rechtspraak.<sup>93</sup> Met het streven naar efficiency en de zorg voor de beeldvorming verinnerlijken ze het beeld dat de justitiabelen hun klanten zijn. De eerste kritiek daarop is inmiddels te horen van de zijde van rechters die het belang van kwaliteit voorop stellen – kwaliteit is het onderwerp van de vergadering van de NJV van 2015, en een centraal thema van het Rapport Visitatie gerechten 2014.<sup>94</sup> Diezelfde beweging van efficiency en verzakelijking, via zorg om het imago naar nadruk op (vakmatige) kwaliteit zien we ook elders in de samenleving bij artsen, professoren en tal van andere professionals en bedrijfstakken.

Een uiting van de tendens tot verzakelijking in het recht is de invoering van de mogelijkheid voor de Hoge Raad om een beroep niet ontvankelijk te verklaren ‘omdat de klachten klaarblijkelijk niet tot cassatie kunnen leiden’ of – als het Hof wel iets verkeerd heeft gedaan – ‘de partij die het cassatieberoep instelt klaarblijkelijk onvoldoende belang heeft’ (art. 80a RO). Verwant is de in 2015



ingevoerde verkorte afdoening in vreemdelingenzaken (art. 91 Vreemdelingenwet) en wellicht ook het per 2013 geldende art. 6:22 Awb dat inhoudt dat schending van een geschreven of ongeschreven rechtsregel in stand kan worden gelaten, mits aannemelijk is dat belanghebbenden daardoor niet zijn benadeeld'. Het zijn bepalingen die de efficiency bevorderen en daar was behoefte aan door de toename van het aantal voorgelegde zaken. Maar in de inmiddels ontluikende kritiek op de toepassing ervan is ook te lezen hoe lastig een streven naar efficiency zich verhoudt tot de soms wel erg grandioze verwachtingen van justitiabelen om elk snippertje gelijk bij de rechter te kunnen halen.<sup>95</sup>

Niet alleen stuit de rechter op zijn grens van het aantal inhoudelijk te behandelen zaken, maar ook in de dynamiek van de rechtsontwikkeling zelf lijkt de rechtsvormende taak van de rechter aan zijn grens te zijn gekomen. Met de inwerkingtreding van de Boeken 3, 5 en 6 van het Nieuw Burgerlijk Wetboek in 1992 zijn in de rechtspraak ontwikkelde vage termen nu gecodificeerd zoals dat twee jaar later gebeurde in de Algemene Wet Bestuursrecht. Bovendien beperken Europese en internationale regels soms de mogelijkheden van de rechter om nieuw recht te vormen,<sup>96</sup> al opent bijvoorbeeld de Draft Common Frame of Reference (2009) ook juist nieuwe perspectieven.

Intussen ontstonden op tal van maatschappelijke terreinen eigen regels en werd aan nieuwe toezicht-houdende instituties en geschilbeslechtters een plaats gegund. Voorbeelden van niet door de wetgever maar in de samenleving ontwikkelde regels zijn de corporate governance code Tabaksblad, de Richtlijnen voor de Jaarverslaggeving, professionele gedragscodes en medische protocollen. Blijkens de rechtspraak worden dergelijke regels toegepast bij de invulling van de wettelijke open normen volgens de 'pas toe of leg uit'-regel.<sup>97</sup> Het komt voor dat de rechter uiteindelijk zelf invulling geeft aan open zorgvuldigheidsnormen,<sup>98</sup> maar soms worden dergelijke maatschappelijke regels haast opgewaardeerd van soft law naar hard law. De rechter is zo een onderdeel van een breder rechtsvormend netwerk geworden dat is geworteld in de (internationale) samenleving en waarin toetsing vanwege de complexiteit van de regels vaak door bijzondere toezichthouders en/of insiders geschiedt. Daar

komt bij dat hij steeds meer geacht wordt ervan blijk te geven dat hij niet eendimensionaal beslist, maar met toegenomen aandacht voor de kwaliteit van de feitenvaststelling<sup>99</sup> en met een scherp oor voor wat de partijen echt beweegt: vroeger legde de familierechter in een echtscheidingszaak een omgangsregeling op, nu bekrachtigt hij een ouderschapsplan. Daarbij blijkt ook de rechter sneller dan vroeger aansprakelijkheid te scheppen in gevallen waarin onschuldige slachtoffers vallen waarin vroeger van noodlot sprake zou zijn geweest – ik denk aan het Srebrenica- en het Hangmatarrest.<sup>100</sup>



• • • In het portret van Marlene Dumas, *The neighbour* 2005 herkent men de moordenaar van Theo van Gogh.

(Bron: [www.mediacultuur.net](http://www.mediacultuur.net))

In het strafrecht zijn de voorbereidingen voor een hercodificatie later aangevangen<sup>101</sup>. De wetgever was in het eerste decennium erg gericht op de bestrijding van terrorisme, zeker na de aanslag op Theo van Gogh in 2004. Maar met de Wet vormvoorschriften (1996) was al wel de ontwikkeling ondersteund dat de rechter die gedurende bijna twee decennia zich tot taak had gesteld prominent als toezichhoudende derde macht op te treden een stapje terugdoet: *policing the police* staat niet meer voorop. Nu is het omgekeerde

ook niet het geval. Waar in het managementjargon de rechter een plaats heeft gekregen ‘in de strafrechtketen’ – alsof de rechter een partner is van OM en politie en het recht louter een instrument is om ons tegen onze medeburgers te beschermen – geeft menig rechter blijk van zorgen over de eigen autonome positie in de veranderende rechtstaat.<sup>102</sup> Zeker toen kort na elkaar een aantal onterechte veroordelingen bleek te hebben plaats gevonden, werd afstand genomen van het grote vertrouwen van weleer in de kwaliteit van wat door Openbaar Ministerie en politie wordt aangeleverd. Wellicht droeg een veranderde taakopvatting bij een deel van het OM – in die zin dat het in de rechtszaal als aanklager en niet als ‘wegende magistraat’ optreedt – daaraan bij.<sup>103</sup> Het gevolg was een bruuske toename van het percentage vrijspraken,<sup>104</sup> hetgeen een blijk is van de autonome positie van de rechter in de strafrechtketen. Nu kent Nederland niet een rechterlijke traditie, zoals het Verenigd Koninkrijk, waarin de rechtspraak de uitkomst is van beslissingen van volstrekt autonome individualisten: voorbeeldige rechtspraak is hier de vrucht van overleg in een meervoudige kamer. Die gerichtheid op wat andere rechters doen, heeft in de netwerksamenleving een vervolg gekregen met aandacht voor onderlinge afstemming, de ontwikkeling van ‘oriëntatiepunten’ voor de straftoemeting, beoordelingskaders, werkafspraken e.d.<sup>105</sup> Het vormt geen bindend recht – ook niet in de vorm van het civiele ‘toepassen of uitleggen’- maar heeft wel invloed. Ook ten opzichte van de wetgever behoudt de strafrechtspraak zijn autonomie, maar nu minder door rechtsvorming aan de hand van ongeschreven beginselen dan wel door een strikter vasthouden aan wettelijke verschillen die uitmaken voor de strafbedreiging (bijvoorbeeld tussen moord en doodslag, medeplegen en medeplechtigheid) en bijzondere aandacht voor de toepassing van vage, erg ruim vorm gegeven strafbaarstellingen, waarbij weinig bijzonder particulier gedrag voldoende kan zijn om aan de eisen van de strafbepaling te voldoen.<sup>106</sup>

De netwerksamenleving waarin diverse maatschappelijke domeinen zijn gejuridiseerd door de totstandkoming van eigen regels (en eigen toezichthoudende mechanismen) heeft de plaats van de rechter in het rechtsleven veranderd. De rechter van nu vindt het belangrijk zich te verantwoorden en te tonen dat hij niet op eigen gezag oordeelt maar dat hij zijn gezag ontleent aan

de rechtspraak als institutie.<sup>107</sup> Besef voor de blik van anderen en verwevenheid van de rechtspraak met rechtsvorming elders in het maatschappelijk leven leiden tot een zoeken naar formeel houvast en beduchtheid voor gebrek aan specialistische kennis.<sup>108</sup> De mate waarin daarbij wordt vertrouwd op wat er gebeurt in wat ik maar het rechtsleven buiten wetgever en rechtspraak noem, verschilt in civiel- en strafrecht. De richtinggevende betekenis van de wet voor de strafrechter is groter, al is niet uitgesloten dat in bepaalde gevallen ook in het civielrecht de reikwijdte van de in de maatschappij tot stand gekomen regels hun grens vinden in wettelijk recht en verdragsrecht. Met het oog op de vraag wat een goede rechter is, is een zekere verlegenheid van de hedendaagse rechter op te merken – een verlegenheid die zich uit in dienstbaarheid aan de justitiabelen en het publiek, een bereidheid tot het afleggen van verantwoording en een positie in de trias politica die eerder is aan te duiden als die van een rolvaste dan als van een op zichzelf staande medevormgever van de rechtstaat.

## VOETNOTEN

- <sup>82</sup> A. Giddens, *The Third Way*, Polity Press 2000.
- <sup>83</sup> Z. Bauman, *Liquid Times. Living in an Age of Uncertainty*, Polity Press 2007, p. 55-70.
- <sup>84</sup> Dat gebeurde achtereenvolgens sinds het proefschrift van Groenhuijsen (1985), de Wet Terwee (1992) met daarin de uitbreiding van de mogelijkheden tot voeging, de wet van 2005 met aanvaarding van een beperkt spreekrecht en de implementatie van een EU-Kaderbesluit in een wet van 2009.
- <sup>85</sup> P. Rosanvallon, *Democracy Past and Future*, New York: Colombia UP 2006. Denk in dit verband ook aan de 'verificatierituelen van de "Audit-society"'. M. Power, *The Audit Society. Rituals of Verification*, Oxford UP 1997 en René ten Bos, *Bureaucratie is een inktvis*, Amsterdam: Boom 2015, p. 60-71.
- <sup>86</sup> M. Castells, *The Information Age : Economy, Society and Culture, The Rise of The Network Society*, Malden/Oxford: Blackwell 1998.
- <sup>87</sup> Byung-Chul Han, *De transparante samenleving*, Amsterdam: Van Genneep 2012; Thijs Lijsters, *De grote vlucht inwaarts*, Amsterdam/Antwerpen: Bezige Bij 2016.
- <sup>88</sup> S. Zizek, *Antigone*, London: Bloomsbury 2016: p.30.
- <sup>89</sup> Van 1.249.660 zaken in 1999 naar 1.835.690 zaken in 2015. In 2015 waren er 1.037.000 zaken in de sector kanton. Daarbuiten waren er 286.000 civiele zaken; en 120.450 strafzaken (en daarbij zo'n 66.000 andere beslissingen in strafzaken); en 99.000 bestuursrecht.
- <sup>90</sup> De Groot-Van Leeuwen in Muller geeft als cijfers dat er in 1951 317 'gewone' rechters zijn; in 1974 494; in 1986 694; dan worden de bestuursrechters geïntegreerd en in 1995 zijn er dan 1223 rechters en in 2000 1546. Blijkens gegevens van de Raad voor de Rechtspraak waren er in 2001 1810 rechterlijke ambtenaren (1651 in fte) en 4910 ondersteunend personeel. In 2015 bedroeg het aantal rechters in fte bijna 2169 en de gerechtsambtenaren 4969.
- <sup>91</sup> Paul Frissen, Paul 't Hart, Josta de Hoog, Kayleigh van Oorschot, Nancy Chin-A-Fat, *Governance in de rechtspraak*, Raad voor de Rechtspraak Research Memoranda 1/2014.
- <sup>92</sup> D. Broeders, J.E.J. Prins, H. Griffioen, P. Jonkers, M. Bokhorst & M. Sax (red). *Speelruimte voor transparantere rechtspraak*, WRR/Amsterdam UP 2013, i.h.b. p. 209-247.
- <sup>93</sup> Blijkens de Eurobarometer schommelt het vertrouwen in de rechtspraak sinds 1999 tamelijk stabiel rond de 60%. Door het sterke verband met institutioneel vertrouwen in algemene zin vindt er in 2009 een daling plaats, maar zelfs dan doet de Nederlandse rechtspraak het in verhouding tot andere instituties en in verhouding tot andere landen goed.
- <sup>94</sup> R.H. de Bock, *Grip op kwaliteit*, Preadvies NJV 2015. J. Cohen, *Rapport visitatie gerechten*, z.p. 2014. Zie voor kritiek op de klantvriendelijkheidsnotie De Bock (2015), nr. 28 en S. Dijkstra, *De rechter als evenwichtskunstenaar*, Den Haag: Bju 2016 p. 175-176 en 189.
- <sup>95</sup> J.M. Twenge and W.K. Campbell, *The Narcissism Epidemic. Living in the Age of Entitlement*, New York: Free Press 2009.

- 
- <sup>96</sup> Zo misschien HR 22 juni 2012, ECLI:NL:HR:2012:BW0393, NJ 2012/397 (NEN-normen).
- <sup>97</sup> HR 14 september 2007, NJ 2007/611 (Versatel II over code Tabaksblad), HR 9 juli 2010, NJ 2010/544 ('rechtsovertuiging i.v.m. Tabaksblad'); HR 10 februari 2006, NJ 2006/241 (Richtlijnen Jaarverslaggeving); HR 1 april 2005, NJ 2006/377 (medische protocollen).
- <sup>98</sup> Na een eerdere bemiddelingspoging door de cie. Oosting en nadien optreden van Wim Duisenberg gebeurde dat bij de waarschuwingsplicht van banken, HR 5 juni 2009, ECLI:NL:HR:2009:BH2815 (Dexia).
- <sup>99</sup> Jan Vranken, Wij weten wel wat wij doen, NJB 2014 (1271), 1728-1737 n.a.v. zijn Algemeen Deel III.
- <sup>100</sup> HR 6 september 2013, NJ 2015/376 (Srebrenica) en HR 8 oktober 2010, NJ 2011/465 (Hangmat).
- <sup>101</sup> Het project onder leiding van M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, Onderzoeksproject strafvordering 2001 (1999-2004) en de Contourennota Modernisering strafvordering, Kamerstuk 2014-2015, 29279 nr. 284.
- <sup>102</sup> Zie M. Husken en H. Lensink, De naakte rechter. Amsterdam: Balans 2014, vooral pp. 197-204.
- <sup>103</sup> Een voorbeeld wordt beschreven in F. Posthumus, Evaluatieonderzoek in de Schiedammer parkmoord, Den Haag 2005. Zie ook mijn Onschuldig! De verwerking van de Schiedamse parkmoord, DD 2005, p. 953-963.
- <sup>104</sup> Aan Criminaliteit en Rechtshandaving (WODC) is te ontlene dat in 2004, 2005, 2006, 2010, 2015 resp. 4,7% 5,5% 6,6% 9,1% en 11,7% van de rechtbankzaken leidt tot vrijspraak of ontslag van alle rechtsvervolgning. Tussen 1995 en 2005 schommelde het rond de 4,5%. Daarbij komt dat het aantal schuldigverklaringen zonder strafoplegging sinds 2007 in 2015 is verdriedubbeld tot 3%.
- <sup>105</sup> Zie LOVS, Vademecum strafrecht 2015, van het Landelijk Overleg Vakinhoud Strafrecht. Ik verwijs voorts naar het onderzoek naar samenwerkingsvormen van rechters van de Commissie Van der Winkel (2006).
- <sup>106</sup> HR 9 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:213, NJ 2016/257 noemt een kwalificatie-uitsluitingsgrond bij bezit van kindporno in geval van z.g. 'sexting' van leeftijdsgenoten. HR 17 mei 2016, HR:2016:857 (mensenhandel heeft 'uitbuiting' als impliciet bestanddeel). Sedert HR 18 juni 2013, ECLI:NL:HR:2013:CA3302, NJ 2013/453 blijkt het enkele voorhanden hebben van een van misdrijf afkomstig voorwerp – ondanks de tekst van de wet - niet genoeg om als witwassen gekwalificeerd te kunnen worden. Dit heeft inmiddels tot wetswijziging geleid.
- <sup>107</sup> In deze geest: Leendert Verheij, voorzitter van de Landelijke Selectiecommissie Rechters op 7 oktober 2016 bij het RIO-congres in Den Haag met de titel 'De rechter van morgen – de plaats van de rechter in de veranderende Nederlandse samenleving'.
- <sup>108</sup> Vgl ook de toekomstvoorspelling in de Agenda voor de rechtspraak 2005-2008, Den Haag: Raad voor de rechtspraak 2005, licht bewerkt opgenomen in E.R. Muller en C.P.M. Cleiren, Rechterlijke macht, Deventer: Kluwer 2006, hoofdstuk 21.

CONCLUSIE

DE TOEKOMST

DANKWOORD

YBO BURUMA

## CONCLUSIE

Ik beschreef het verleden niet om de toekomst te voorspellen, maar om de vanzelfsprekendheden van vandaag minder vanzelfsprekend te maken. Natuurlijk had ik de zich ontwikkelende tijdgeest in de vijf behandelde periodes sinds 1900 anders kunnen indelen. En niet genoeg kan worden benadrukt dat ondanks de hegemonie van een bepaald beeld van een goede rechter op een bepaald moment ook andere beelden op dat moment bestaan.<sup>109</sup> Maar om aannemelijk te maken dat het antwoord op de vraag wat een goede rechter is, onder invloed van maatschappelijke ontwikkelingen tijdgebonden is, biedt de zojuist geschetste indeling een bruikbaar perspectief. De beschaafde en intellectuele generalist van rond 1900 werd opgevolgd door de zelfbewustere rechter van het Interbellum die met oog voor de gemeenschap als autoriteit besliste op grond van wat hij voor common sense hield. Na de oorlog zien we een rechter die zich door zedelijke opvattingen en maatschappelijke verwachtingen laat leiden om in het concrete geval recht te doen als kunst van het billijke. De professionalisering die dan tot wasdom komt, zet ook na de verzuiling door, maar neemt een andere vorm aan. De goede rechter wordt geleidelijk aan een juridische expert die een kritische rol vervult ten opzichte van de overheid. Als dan rond de eeuwwisseling de culturele revolutie is uitgewoed en de netwerksamenleving zich aandient, lijkt de rechter zich steeds meer als een dienstverlener op te stellen die deel uitmaakt van de geschilbeslechtingdelta of de strafrechtelijke keten. Van generalist en autoriteit, via professional en kritische expert, naar klantvriendelijke rechterlijk ambtenaar.

Ik heb geprobeerd aannemelijk te maken dat – zoals de filosoof Lefort beweert – de democratische rechtstaat zich ontwikkelt dankzij de ontwikkelingen in de burgerlijke samenleving en ik noemde de rechter in dat perspectief een scharnier tussen wetgever en burgerlijke samenleving. Dat wil zeggen dat de rechter tegelijkertijd oog heeft voor de wet en voor de omstandigheden van



het geval in zijn maatschappelijke context. Bij het zoeken naar verbinding tussen die twee reikte de vrije samenleving de afgelopen eeuw steeds mogelijkheden aan voor invloed van een min of meer coherent, breed gedeeld denkschema. Zo kon de moderne rechter zich via de vrije rechtsleer laten inspireren door het 'waarom' van de empirische wetenschap; de zedelijke rechter van na de oorlog kon door een billijke weergave van de feiten breed gedeelde geloofsopvattingen een rol laten spelen en de kritische rechter van het eind van de eeuw kon met een beroep op achter de wet liggende fundamentele beginselen voor zijn maatschappelijk engagement ruimte vinden. Misschien was alleen in het autoritaire tijdvak met zijn kenmerkende beroep op het belang van de gemeenschap, minder sprake van een dergelijk coherent, maar ook persoonlijk als juist ervaren denkschema. In de huidige democratische samenleving zien we de werking van zo'n breed gedragen, extern geïnspireerde drijfveer in elk geval niet.

In plaats daarvan gaat nu in tal van professionele domeinen vooral invloed uit van een streven naar efficiency, geloofwaardigheid en kwaliteit. Het zijn fatsoenlijke noties, maar degenen die zich er druk over maken laten zich minder leiden door eigen drijfveren dan door onrust over de vraag hoe anderen hun prestaties beoordelen – dat is de verlegenheid waar ik zojuist van sprak. Ik kan me bij het belang van deze noties best iets voorstellen in het geval van doorsneezaken. Maar de focus is dan welhaast volledig gericht op aspecten van rechtspleging die met verantwoording te maken hebben. Wie zit er echter te wachten op een vlotte, vriendelijke rechter die een cursus heeft gevolgd als hij een vraag heeft voorgelegd in verband met de voorspellende kracht van big data, genetica en breinonderzoek, de problemen van internationale flitshandel of kwesties waarbij wel volgens de eigen regels is gehandeld maar toch slachtoffers zijn gevallen. Dan verlangt de samenleving – zoals de Amerikaanse rechter Posner zo aansprekend uitlegt - een realistische rechter die nieuwsgierig is naar de feiten, zich verdiept in de betekenis van de zaak voor de betrokkenen of zich laat inspireren door maatschappelijke gevolgen van zijn beslissing en die op grond van dat alles in staat is te ontdekken wat in het concrete geval het juiste antwoord is.<sup>110</sup>

Tegenwoordig wordt dan veelvuldig een beroep gedaan op wat elders in het meest relevante netwerk voor juist wordt gehouden. En daar is veel voor te zeggen. Maar zoals in het moderne tijdvak werd gewaarschuwd om niet door te schieten in het empirisch wetenschappelijke denken, de common sense van de jaren dertig pervers uitpakte, de billijkheid ten aanzien van de individu soms botste met maatschappelijke verwachtingen, en de kritische rechtspraak tot de bekritiseerde vormvoorschriften-vrijspraken leidde, zo zal ook dit vertrouwen in de steeds gecompliceerder wordende regels die buiten het traditionele recht tot stand komen en in de toenemende toezichtmechanismen kritisch moeten worden gezien. De rechter die zich ertoe zou beperken louter de in de samenleving geschapen regels toe te passen, moet ervoor waken zijn relevantie te verliezen, al was het maar omdat in een maatschappelijke of overheidsorganisatie tot stand gekomen regels en de nakoming van deze regels bevorderende mechanismen soms minder effectief zijn dan wordt verondersteld, of onvoldoende blijk geven van oog voor de belangen van derden of de gelding van andere rechtsbronnen.

Bij het zoeken naar het juiste antwoord kan de rechter teruggrijpen naar het erfgoed van zijn professie. Het erfgoed van de geleerde rechter uit de moderne periode die oog heeft voor de achtergrond van de feiten; dat van de billijke rechter van de wederopbouw die vanwege de omstandigheden van het geval bereid is de wet creatief te lezen; en dat van de activistische rechter met zijn trouw aan fundamentele waarden.

---

## VOETNOTEN

<sup>109</sup> Recent heeft Dijkstra (2016), p. 293 naast het dominante beeld van – in haar terminologie - de rechter als ambtsdrager het beeld van de strijdvaardige rechter (die opereert aan de rand van wet en recht) en dat van de gemeenschapsrechter (die georiënteerd is op de normen en waarden van de samenleving) geplaatst.

<sup>110</sup> Richard A. Posner, *Divergent Paths*, Harvard UP 2016; idem, *Reflections on Judging*, Harvard UP 2013.

# DE TOEKOMST

Om dat laatste toe te lichten wil ik me een speculatieve opmerking over de rechter van de toekomst veroorloven. Het is aannemelijk dat de komst van zelflerende expertsystemen (dankzij de vooruitgang in het onderzoek naar Kunstmatige Intelligentie en patroonherkenning in Big Data) de rechtspraak van morgen beïnvloeden. Zowel advocaten als rechters zullen zich laten voorspellen wat de rechter zal of volgens de computer moet doen. Het voortschrijden van die ontwikkeling doet er evenwel niet aan af dat rechters weliswaar net als machines de intelligentie hebben om gegevens te verwerken en voorspellingen te doen – en computers zijn daar veelvuldig beter in – maar voor zover bekend ervaren alleen mensen separate gebeurtenissen bewust en geven zij er zin of betekenis aan. Voor de rechtspraak wil dat zeggen dat de computer weliswaar sneller dan de rechter relevante bepalingen, interessante precedentes en dergelijke kan vinden en kan voorspellen wat bij een bepaalde input het resultaat zal zijn, maar doorslaggevend blijft welke input de rechter betekenisvol vindt – en tot die input behoort ook welke vraag aan het algoritme wordt voorgelegd.

Ik geef een strafrechtelijk voorbeeld. Ik moest ooit een straf verzinnen voor een man die zijn vrouw het ziekenhuis had ingeslagen; de vrouw deed niets aan de gebeurtenis af, maar pleitte voor taakstraf omdat ze niet wilde dat hun kind haar vader in de gevangenis zou moeten opzoeken. Geef ik nu een query aan een perfecte dataverzameling inhoudende 'wat geven rechters doorgaans aan daders van ernstig huiselijk geweld', of geef ik een query 'wat wordt gegeven als het slachtoffer van huiselijk geweld om lagere straf vraagt', of geef ik de query 'wanneer doen rechters nader onderzoek naar recidivegevaar bij huiselijk geweld'? Big data zullen in elk van die gevallen een antwoord opleveren, maar de antwoorden zullen evenzeer variëren, als de adviezen die ik krijg wanneer ik als trouwe klant van Amazon het nieuwe boek van Posner heb besteld, de klassieker van Spengler, of iets wilds van Zizek.

Het is boeiend dat de computer het partijen en rechters gemakkelijker zal maken om te bezien wat de wetgever en andere rechters in vergelijkbare gevallen voorschrijven en waarschijnlijk zal kunnen voorspellen welk gerecht meer kans op een bepaalde uitkomst biedt dan een ander gerecht. Maar dat doet niets af aan wat we van de goede rechter verlangen – dat hij onafhankelijk en onpartijdig optreedt als scharnier tussen wet en samenleving en zich dus niet alleen druk maakt over efficiency en geloofwaardigheid maar ook om het behoud van het erfgoed dat de geschiedenis van de rechtspraak hem aanreikt en dat hem zal leiden soms als geleerde, soms als billijke en soms als activistische rechter zijn of haar werk te doen.



- ● ● Een bewuste rechter is meer waard dan een intelligent systeem

# DANKWOORD

Aan het einde van deze rede wil ik niet nalaten U, leden van het College van Bestuur van de Radboud Universiteit, te danken voor het opnieuw in mij gestelde vertrouwen. Op 11 oktober 1996 sprak ik mijn eerste oratie uit aan deze universiteit – toen over ‘De aandacht van de strafrechter’. Het onderwerp van vandaag suggereert dat mijn belangstelling nauwelijks is veranderd, hooguit wat verbreed. Dat is echter een verkeerde suggestie: toen vond ik rechterschap een fascinerend object van onderzoek; nu raakt het onderwerp mij zelf omdat ik rechter ben.

Het stemt mij met grote vreugde dat het bestuur van de faculteit der rechtsgeleerdheid mij heeft voorgedragen voor de leerstoel ‘Rechtstaat, rechtsvorming en democratie’. Toen ik in 2011 afscheid nam, merkte ik op dat de faculteit mij veel heeft geschonken. Dat het nog meer zou worden kon ik toen niet bevroeden. Het is mij een genoegen om ook weer te doceren aan studenten aan het begin of aan het eind van hun opleiding. Natuurlijk zal ik mijn leeropdracht met de vereiste wetenschappelijke onafhankelijkheid vervullen.

De leerstoel is de ‘CPO-leerstoel’, ingericht door het Centrum voor Post-Academisch juridisch Onderwijs. Ik ben de voorzitter van het bestuur, Corjo Jansen, de directeurs, Marianne van den Bosch en Niek van der Heijden en alle collega's van het CPO zeer erkentelijk voor het hartelijke weerzien. Zij dagen mij uit om verder te denken en scherper te zijn als ze me laten spreken over Recht en Literatuur, Recht en Humor en andere onmogelijke onderwerpen voor praktiserende juristen die betrokken zijn bij de keur aan beroepsopleidingen, specialisatieopleidingen, cursussen en symposia die het CPO organiseert. Zij zijn het ook die mij stimuleerden en in staat stelden om voorafgaand aan deze oratie een prachtig symposium te organiseren met als sprekers mijn facultaire collega Corjo Jansen, mijn collega in de redactie van het Nederlands Juristenblad, Coen Drion, en mijn collega en vice-president van de Hoge Raad, Willem van Schendel.

Natuurlijk gaat mijn dank ook uit naar de Hoge Raad en in het bijzonder de collega's van de strafkamer. Raadsheer in de Hoge Raad ben je dag en nacht en als ik in mijn functie als hoogleraar het niet goed doe, dan kan dat een smet op mijn raadsheerschap werpen. Het getuigt dus van groot vertrouwen dat mijn collega's mij er niet van hebben willen weerhouden de voorgenomen benoeming te aanvaarden en daar zelfs mee instemden - dat roert mij.

Toen ik vijf jaar geleden afscheid nam heb ik velen bedankt. Dat ga ik niet herhalen. Maar ik wil hier wel noemen dat ik in de tussentijd afscheid heb moeten nemen van mijn immer betrokken vader en mijn dierbare vriend, Toine Berbers. Ik mis hen zeer.

Gelukkig ben ik gezegend met mijn kinderen Tamara, Catuja en Ybo, hun partners, Erik, Robin en Nina en mijn kleinkinderen Dean, Marley en Dylan. En weet u er zeker van dat Lisette Luykx die mij inspireert en gelukkig maakt mij zal stimuleren mijn taken als CPO-hoogleraar aan de rechtenfaculteit met aandacht en enthousiasme te vervullen.

Ik heb gezegd.

# YBO BURUMA



**Ybo Buruma (1955)** studeerde criminologie in Leiden en rechten in Utrecht. Hij promoveerde in 1993 in Leiden bij A.C. 't Hart. Van 1995 tot 2011 was hij hoogleraar straf- en strafprocesrecht aan de Radboud Universiteit. Hij was betrokken bij de Parlementaire Enquêtecommissie Opsporingsmethoden (cie. Van Traa), voorzitter van de Commissie Evaluatie Afgesloten Strafzaken en voorzitter van de Nederlandse Juristenvereniging (NJV). Hij is redacteur van het Nederlands Juristenblad. Vanaf 2011 is hij raadsheer in de Hoge Raad der Nederlanden. Met ingang van 1 juni 2015 is hij benoemd tot CPO-hoogleraar Rechtstaat, rechtsvorming en democratie.







Centrum voor Postacademisch Juridisch Onderwijs

Onderdeel van de **Radboud Universiteit**

