

Straffende rechters?

Mr. C.Gutter

Mei 1972

Het probleem. Volwassen medemensen ‘voor straf’ opsluiten – dat mogen binnen de Nederlandse staatsorganisatie in beginsel alleen mensen die in dienst zijn bij het strafrechtsapparaat, dat onder leiding staat van de minister van Justitie. Men zou dus mogen verwachten dat deze voor dergelijke activiteiten verantwoordelijk wordt geacht, met name tegenover het parlement.

Merkwaardig genoeg worden die activiteiten echter doorgaans toegeschreven aan rechters. “De rechter straft” – zo leren kinderen in Nederland van hun ouder(s) en naderhand – als ze aan een Nederlandse universiteit rechten studeren – van hun leermeesters. Met andere woorden: de rechter is de eigenlijke tegenpartij van ‘de verdachte’ en ‘veroordeelde’ in strafprocessen: hij/zij is rechter in eigen zaak!

Literatuuronderzoek maakt aannemelijk, dat in de rol van de rechter in strafzaken sinds 1813 delen zijn terug te vinden van de rol van de figuur die voordien, sinds de Middeleeuwen, in ‘Nederland’ – onder namen als ‘schout’ of ‘baljuw’ – optrad als tegenpartij van ‘de verdachte’.

Die delen horen daar niet in thuis, als men art. 6 van het Europees Verdrag tot bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden als criterium gebruikt. Daarin wordt immers de eis gesteld van behandeling van strafzaken door een onpartijdig gerecht.

Uitspraken over ‘straffers’ zijn, behalve door het gebruik van de term ‘rechter’, vaak onduidelijk door het gebruik van de term ‘verantwoordelijk’. Zinnen als “p is verantwoordelijk” worden nogal eens gebruikt ter aanduiding van een gang van zaken waarin p jegens geen medemens verantwoordelijk is.

Het volgende is een (licht bewerkt) onderdeel van de verplichte literatuur voor het vak ‘Strafrecht’ voor studenten van Jaarring 2 in het studiejaar 1972–1973 van de Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Nederlandse Economische Hogeschool (in 1973 opgegaan in de Erasmus Universiteit Rotterdam). Met de aangehaalde wetsartikelen wordt verwezen naar de artikelen in de wetten zoals die destijds in Nederland luiden.

Inhoud

- § 1. Enkele termen en aanduidingen van bevoegdheden
- § 2. Wie straffen er?
- § 3. Strafrechtsapparaat en rechters: hun relaties
- § 4. Partijen en rechters in civielrechtelijke procedures
- § 5. In strafzaken mag de rechter volgens sommigen zelf als partij optreden
 - § 5.1 De historie
 - § 5.1.1 Van 1200 tot 1813 in vogelvlucht
 - § 5.1.2 Na 1813
 - § 5.2. Gevolgen
 - § 5.2.1. De strafrechter ontmaskerd: de nauw verholen baljuw
 - § 5.2.2. De advocaat als cofoppageur
 - § 5.2.3. Naar wie gaan de baten?

§ 1. Enkele termen en aanduidingen van bevoegdheden

Onder 'het strafrechtsapparaat' wordt in het volgende verstaan: de organisatie, in Nederland gevormd door

- 1) het ministerie van Justitie,
- 2) het Openbaar Ministerie, en
- 3) de opsporingsambtenaren, ook voor zover ze geen lid zijn van het Openbaar Ministerie, alle drie, voorzover ze zich met 'strafbare feiten' bezig houden. (Zie [Ons strafrecht. Verkenning van een achtergebleven gebied](#) pag. 1–2.)

Waar in het volgende de term 'het strafrechtssysteem' voorkomt, wordt daarmee het totaal van de 'diensten' bedoeld die volgens Hulsman in Nederland deel uitmaken van 'het strafrechtelijk handhavingssysteem' (Hulsman 1972 pag. 34). Daarmee wordt niet alleen bedoeld op het strafrechtsapparaat, maar ook bijvoorbeeld op wetgevers, rechters, raadslieden enz..

Het strafrechtsapparaat is volgens de wet in beginsel bevoegd, in bepaalde, bij de wet omschreven gevallen bepaalde activiteiten te ontplooiën tegen bepaalde bij zo'n geval betrokken personen. Sommige van die activiteiten mogen volgens de wet door dat apparaat ontplooid worden ongeacht de toestemming van degenen op wie die activiteiten in de eerste plaats betrekking hebben. Deze soort activiteiten wordt in het volgende aangeduid met 'dwangmiddelen'.

Onder deze dwangmiddelen vallen te onderscheiden:

- a. dwangmiddelen die volgens de wet door het strafrechtsapparaat kunnen worden toegepast zonder dat het strafrechtsapparaat daarvoor een machtiging nodig heeft van enige instantie buiten dat apparaat; bijv. vrijheidsbeperking of -beroving van de 'verdachte' in de vorm van staandhouding (art. 52 Wetboek van Strafvordering), aanhouding (art. 53 Wetboek van Strafvordering), of inverzekeringstelling (art. 57 Wetboek van Strafvordering), en
- b. dwangmiddelen voor de toepassing waarvan het strafrechtsapparaat volgens de wet de machtiging nodig heeft van een rechter.

De onder b. bedoelde dwangmiddelen kunnen op hun beurt worden onderscheiden in:

- b'. dwangmiddelen voor de toepassing waarvan volgens de wet een gewone machtiging van de rechter voldoende is, bijv. vrijheidsberoving van de 'verdachte' in de vorm van bewaring (artt. 63–65 Wetboek van Strafvordering) of gevangenhouding (art. 66 Wetboek van Strafvordering), en
- b". dwangmiddelen waarvoor volgens de wet in beginsel een zogenaamde 'einduitspraak' van een rechter noodzakelijk is; bijv. vrijheidsberoving in een gevangenis (de zogenaamde 'gevangenisstraf' (art. 9 Wetboek van Strafrecht)) of in het kader van een terbeschikkingstelling van de regering (artt. 37 e.v. Wetboek van Strafrecht.).

Wat in het Wetboek van Strafrecht of in de handboeken gewoonlijk wordt aangeduid met 'straf' of 'maatregel krachtens het Wetboek van Strafrecht' valt in beginsel onder de dwangmiddelen, genoemd onder b". Ook dat zijn dus activiteiten van het strafrechtsapparaat; dwangmiddelen, voor toepassing waarvan dat apparaat weliswaar steeds de machtiging van

een rechter nodig heeft, wil die toepassing wetmatig zijn, maar tot toepassing waarvan dat apparaat uiteindelijk steeds zelf besluit.

De verantwoordelijkheid voor het gebruik van deze middelen berust – evenals die voor welke andere activiteit van het strafrechtsapparaat ook – bij de leiding van dat apparaat, de minister van Justitie. Hierbij valt in het bijzonder te denken aan zijn politieke verantwoordelijkheid jegens het parlement.

§ 2. Wie straffen er?

Straffen is een activiteit van het strafrechtsapparaat.

Rechters straffen niet. Hoe zouden zij dat kunnen? Zij beschikken in geen enkel opzicht over een apparaat dat daarvoor nodig zou zijn. Zij beschikken niet over gebouwen waarin zij mensen van hun vrijheid zouden kunnen beroven, noch over ambtenaren bevoegd en in staat om aan mensen geldssommen te ontnemen. Hun ‘apparaat’ bestaat uit een studeerkamer, hun boeken, hun rechtszaal en hun griffiers. De enige uitzondering op de regel dat zij niet straffen vormt de berisping in het kinderstrafrecht (zie art. 77g Wetboek van Strafrecht in verband met art. 506 Wetboek van Strafvordering).

Voor zover er, buiten dat geval, krachtens een vonnis of andere beslissing van een rechter in strafzaken jegens derden wordt opgetreden, gebeurt dat door het strafrechtsapparaat (zie de artt. 553 en 556 Wetboek van Strafvordering).

Maar mag men niet stellen, dat die rechtelijke beslissingen die een machtiging voor het strafrechtsapparaat inhouden om een bepaald dwangmiddel toe te passen, voor dat apparaat tegelijk een *verplichting* inhouden om tot die toepassing over te gaan? Als bijvoorbeeld een rechter-commissaris het strafrechtsapparaat machtigt om tot vrijheidsberoving van de verdachte over te gaan in de vorm van bewaring (art. 63 e.v. Wetboek van Strafvordering), is dan de Officier van Justitie niet *verplicht* om tot die vrijheidsberoving over te gaan, en haar te laten voortduren gedurende de termijn waarvoor die machtiging is verleend? En als een rechter ter terechtzitting een vonnis wijst waarbij hij het strafrechtsapparaat machtigt, de verdachte een geldsom te ontnemen of hem van zijn vrijheid te beroven in een gevangenis (cf. art. 351 Wetboek van Strafvordering), is het strafrechtsapparaat dan niet *verplicht* om tot die ontneming respectievelijk beroving over te gaan?

We zullen dergelijke beslissingen, waarbij – daarover is ieder het eens – het strafrechtsapparaat door de rechter gemachtigd wordt tot een optreden jegens derden, in het hierna volgende aanduiden als *belastende* (rechterlijke) *beslissingen*. Daarnaast kan men dan de *niet-belastende* (rechterlijke) *beslissingen* onderscheiden, zoals bijvoorbeeld de beslissing tot opheffing van een bevel tot voorlopige hechtenis, door de rechtbank genomen op grond van art. 69, lid 1 Wetboek van Strafvordering.

Wie nu meent dat belastende beslissingen voor het strafrechtsapparaat de verplichting meebrengen, tot het daarin bedoelde optreden over te gaan, veronderstelt dat er met betrekking tot dergelijke beslissingen een ondergeschiktheidsrelatie bestaat tussen de rechter en het strafrechtsapparaat. De rechter zou als hiërarchisch hoger geplaatste bevoegd zijn opdrachten te geven aan het strafrechtsapparaat tot optreden jegens derden, en de leden van het strafrechtsapparaat – in het bijzonder het Openbaar Ministerie en de daaraan

ondergeschikte dienaren der Openbare Burgerlijke en Gewapende Macht (art.556 Wetboek van Strafvordering) – zouden verplicht zijn die opdrachten uit te voeren.

Men kan toegeven, dat de samenstellers van het Wetboek van Strafvordering enige aanleiding hebben gegeven tot deze veronderstelling, en wel door de terminologie die zij hier en daar bezigen. Hierbij valt speciaal te denken aan het gebruik van de term ‘bevel’ voor die rechterlijke beslissingen, waarbij aan het strafrechtsapparaat machtiging wordt verleend om een verdachte op te sluiten in het kader van de voorlopige hechtenis (zo bijvoorbeeld het ‘bevel tot bewaring’ (art. 63 Wetboek van Strafvordering) en het ‘bevel tot gevangenhouding’ (art. 67, lid 1 in verband met art. 66, lid 1 Wetboek van Strafvordering)).

Maar het zou wel heel lichtvaardig zijn, alleen uit het gebruik van bepaalde termen door de samenstellers van het Wetboek van Strafvordering het bestaan van een ondergeschiktheidsrelatie in de bovenbedoelde zin af te leiden. Dit klemmt temeer, omdat zo'n relatie tussen de rechter en het strafrechtsapparaat – een onderdeel van de uitvoerende macht – moeilijk te rijmen valt met het Nederlandse staatsbestel. Op het gevaar van de verwarring van termen enerzijds en begrippen anderzijds is eerder gewezen, in het bijzonder wat de term ‘rechter’ betreft, door de Monté Verloren en Spruit (de Monté Verloren 1961 pag.10; Spruit 1972 pag. 5).

Ondergeschiktheid van het strafrechtsapparaat aan – en dus een gehoorzaamheidsverplichting van dat apparaat jegens – de rechter met betrekking tot diens belastende beslissingen zou aan de laatstgenoemde een ongehoorde hoeveelheid macht verschaffen tegenover de burgers, en wel een macht zonder verantwoordingsplicht.

De rechter is immers aan niemand buiten de kring der rechters voor deze beslissingen verantwoording schuldig, en behoeft deze, speciaal wat de bepaling van de aard en de omvang van het toe te passen dwangmiddel betreft, naar de binnen de kring der rechters gebruikelijke en door de Hoge Raad gesanctioneerde opvattingen ook praktisch niet te motiveren. Voor zover de wet aan dergelijke beslissingen motiveringseisen stelt, worden deze door de rechters over het algemeen aldus geïnterpreteerd, dat zij met het gebruik van nietszeggende standaardformules kunnen volstaan.

Dergelijke standaardformules zijn bijvoorbeeld gebruikelijk bij de motivering van de zogenaamde ‘bevelen tot voorlopige hechtenis’, voorgeschreven door art. 78, lid 2 Wetboek van Strafvordering. Een aantal van die formules staan gedrukt op het formulier dat door de leiding van het strafrechtsapparaat, de minister van Justitie, aan de rechters ter beschikking wordt gesteld voor de vastlegging van deze beslissingen. Alles wat de laatstgenoemden voor de motivering van hun beslissingen behoeven te doen is het doorstrepen van een of meer van die voorgedrukte standaardformules. En zelfs dat doen ze soms niet, zonder dat dit de geldigheid van hun beslissing aantast. (Over het gebruik van deze standaardformules heeft de commissie-Feber zich uitgelaten op pagina 14 van haar interim-rapport aan de minister van Justitie over de herziening van het Wetboek van Strafvordering betreffende de toepassing van voorlopige hechtenis, gepubliceerd in de stukken van de Tweede Kamer, Zitting 1968–1969–9994 nr. 4.)

Ook aan die beslissing in zijn einduitspraak (‘vonnis’ of ‘arrest’), waarbij de rechter het strafrechtsapparaat machtigt tot toepassing van een dwangmiddel waarvoor het strafrechtsapparaat volgens de wet zo'n einduitspraak nodig heeft, stelt de wet

motiveringseisen (zie bijvoorbeeld art. 359, lid 4, in verband met art. 351 Wetboek van Strafvordering). Volgens vaste rechtspraak van de Hoge Raad mag de rechter ter voldoening aan deze eisen in beginsel volstaan met lege standaardformules. Bij veel rechters is bijvoorbeeld geliefd de formule, dat zij tot hun beslissing zijn gekomen, ‘gelet op de ernst van het feit en de persoonlijkheid van de dader’.

§ 3. Strafrechtsapparaat en rechters: hun relaties

Hebben belastende beslissingen van de rechter voor (leden van) het strafrechtsapparaat het karakter van bevelen, van opdrachten, en zijn leden van dat apparaat dus in beginsel verplicht tot uitvoering van die beslissingen?

Een bevestigend antwoord op deze vraag – dat, zoals gezegd, voor de rechter een ongehoorde macht zonder verantwoordingsplicht naar buiten impliceert en daarom in het Nederlandse staatsbestel weinig voor de hand ligt – zal alleen dan gegeven mogen worden, als de relatie tussen het strafrechtsapparaat enerzijds en de rechters anderzijds, wat dergelijke beslissingen betreft, de kenmerken vertoont van een ondergeschiktheidsrelatie. Vallen er voldoende van die kenmerken aan te wijzen, dan hebben die beslissingen dat karakter ongeacht de termen waarmee die beslissingen in de wet worden aangeduid. Blijken daarentegen die kenmerken niet of in onvoldoende mate aanwezig, dan hebben die beslissingen dat karakter niet, hoe zij in de wet ook worden genoemd.

Enkele belangrijke kenmerken van een ondergeschiktheidsrelatie – men kan ook zeggen: een gezagsrelatie – tussen A en (de hem ondergeschikte) B zijn:

- 1) Als A een bepaalde stand van zaken verwezenlijkt wil zien, heeft hij
–òfwel de keus, zelf te doen wat voor die verwezenlijking nodig is, of het verrichten van het daartoe noodzakelijke op te dragen aan B,
–òfwel de bevoegdheid, het verrichten van het daartoe noodzakelijke op te dragen aan B.
- 2) A mag in beginsel zelf beslissen *of* hij B zal opdragen, te doen wat voor realisering van de door A beoogde stand van zaken nodig is, en *wanneer* hij hem zo’n opdracht zal geven. Hij behoeft niet af te wachten tot B hem om een opdracht komt vragen, maar kan zelf het initiatief tot de opdrachtverstrekking nemen.
- 3) A is bevoegd, B aan te spreken over de uitvoering van de opdrachten, die hij, A, hem heeft verstrekt, en B is verplicht hem daarover in te lichten. Blijkt dat B de opdracht niet, of op een andere wijze dan A bedoelde, heeft uitgevoerd, dan heeft A in beginsel de mogelijkheid om die uitvoering (op de door hem bedoelde manier) alsnog te bewerkstelligen, eventueel door zelf te doen wat hij aan B had opgedragen, of door nogmaals B, dan wel een derde, het verrichten (op de door hem bedoelde manier) van het voor de verwezenlijking van de door hem beoogde stand van zaken op te dragen.
- 4) B heeft in beginsel niet de bevoegdheid, zelf uit te maken of hij de hem door A verstrekte opdracht zal uitvoeren, en of hij die uitvoering, indien zij begonnen is, halverwege zal staken.

In de relatie tussen de rechter en het strafrechtsapparaat ontbreken, wat de belastende (rechterlijke) beslissingen betreft, de genoemde kenmerken vrijwel geheel.

Wat 1) betreft: Als een rechter een bepaalde persoon van zijn vrijheid beroofd wil zien middels opsluiting in een gevangenis of huis van bewaring, heeft hij geen enkele mogelijkheid om *zelf* tot die opsluiting over te gaan. Meent hij dat aan C een geldsom ontnomen dient te worden in verband met een door C gepleegd feit, en gaat hij zelf tot die ontneming over, dan vervult hij de delictsomschrijving van art. 310 Wetboek van Strafrecht (diefstal). Of hij wèl bevoegd is, die opsluiting of ontneming op te dragen aan het strafrechtsapparaat, zal afhangen van het antwoord op de vraag, of de overige genoemde kenmerken aanwezig zijn.

Wat 2) betreft: Een belastende beslissing mag door een rechter in beginsel alleen gegeven worden in een zaak waarin hij door het strafrechtsapparaat – met name door het Openbaar Ministerie – wordt gemengd.

Zo mag een ‘bevel tot bewaring’ door een rechter-commissaris alleen gegeven worden, als de Officier van Justitie hem middels een daartoe strekkende vordering in de zaak mengt (art. 63, lid 1 Wetboek van Strafvordering; voor een uitzonderingsregeling zie art. 178 Wetboek van Strafvordering). Hetzelfde geldt voor de raadkamer van de rechtbank met betrekking tot het ‘bevel tot gevangenhouding’ (art. 67, lid 1 Wetboek van Strafvordering). Een einduitspraak waarin hij het strafrechtsapparaat machtigt tot toepassing van een dwangmiddel dat volgens de wet door dat apparaat alleen krachtens zo'n einduitspraak mag worden toegepast (de zogenaamd ‘straffen en maatregelen’, zie § 1), mag de rechter alleen geven als de zaak door een onderdeel van het strafrechtsapparaat op zijn terechtzitting aanhangig is gemaakt (zie b.v. art. 258, lid 1 Wetboek van Strafvordering).

Wat 3) betreft: nergens vinden we een bevoegdheid van de rechter om het Openbaar Ministerie of een ander onderdeel van het strafrechtsapparaat aan te spreken over datgene wat het apparaat heeft verricht, of niet heeft verricht, met betrekking tot een door hem gegeven belastende beslissing, en evenmin een plicht van dat apparaat om de rechter daarover inlichtingen te verschaffen.

Mocht de rechter er op de een of andere manier achter komen, dat het strafrechtsapparaat het dwangmiddel, tot toepassing waarvan hij dat apparaat bij een belastende beslissing had gemachtigd, niet heeft toegepast, dan staat hem geen mogelijkheid open langs een andere weg de toepassing van het dwangmiddel te bewerkstelligen.

Met betrekking tot 4): in beginsel is het strafrechtsapparaat bevoegd te beslissen of het zal overgaan tot toepassing van een dwangmiddel waartoe het door de rechter bij een belastende beslissing is gemachtigd.

Heeft de rechter bijvoorbeeld bij een einduitspraak het strafrechtsapparaat gemachtigd tot toepassing van een vorm van vrijheidsberoving waarvoor dat apparaat volgens de wet een machtiging bij einduitspraak nodig heeft, dan zal

1) als het gaat om een vorm van vrijheidsberoving die in de wet als ‘straf’ wordt aangeduid, (bijvoorbeeld ‘gevangenisstraf’ of ‘hechtenis’), de leiding van het strafrechtsapparaat, dus de minister van Justitie, middels een zogenaamd ‘gratiebesluit’ kunnen bepalen, dat dit dwangmiddel niet zal worden toegepast; hij kan ook beslissen dat dit dwangmiddel zal worden vervangen door een ander, bijvoorbeeld door ontneming van een geldbedrag;

2) als het gaat om een vorm van vrijheidsberoving in het kader van wat doorgaans als een ‘maatregel’ wordt aangemerkt, – waarbij onder meer te denken valt aan de ‘maatregel’ ‘terbeschikkingstelling van de Regering’, bedoeld in de artt. 37, lid 3 e.v. Wetboek van

Strafrecht, – wederom de minister van Justitie mogen beslissen of en zo ja, hoe lang betrokkene – binnen de geldigheidsduur van de door de rechter verleende machtiging – van zijn vrijheid zal worden beroofd (zie b.v. art. 37e Wetboek van Strafrecht.)

Meent, nadat de rechter-commissaris een ‘bevel tot bewaring’ heeft gegeven, de Officier van Justitie dat er voor dat bevel geen grond meer aanwezig is, dan is hij niet alleen bevoegd, maar zelfs verplicht eigener beweging tot invrijheidstelling van de verdachte over te gaan (art. 65, lid 4 Wetboek van Strafvordering). Vat hij deze mening op, voordat verdachte krachtens dat bevel van zijn vrijheid is beroofd, dan zal hij in het geheel niet tot vrijheidsberoving van de verdachte krachtens dat bevel over mogen gaan. De rechter-commissaris om wiens ‘bevel’ het hierbij gaat, hoeft niet te worden geraadpleegd.

Bij die vormen van voorlopige hechtenis, tot toepassing waarvan alleen de rechtbank het strafrechtsapparaat kan machtigen (‘gevangenhouding’, ‘gevangenneming’), mag de Officier van Justitie voor het begin van de terechtzitting de invrijheidstelling van de verdachte bewerkstelligen zonder overleg met, laat staan toestemming van, de rechtbank, namelijk door de verdachte kennis te geven dat hij hem niet verder zal vervolgen (zie bijv. art. 244 lid 1, 245 lid 1, 246 lid 1, in verband met art. 70 lid 1, Wetboek van Strafvordering).

Is de terechtzitting eenmaal begonnen, dan mag hij een vordering tot opheffing van het ‘bevel tot voorlopige hechtenis’ indienen bij de rechtbank (art. 69, lid 1, Wetboek van Strafvordering). Zelfstandig tot vrijlating overgaan mag hij dan niet meer.

Nu in de relatie tussen rechter en strafrechtsapparaat met betrekking tot de belastende beslissingen van de eerstgenoemde de kenmerken van een ondergeschiktheidsrelatie praktisch blijken te ontbreken, moet de vraag, geformuleerd in het begin van deze paragraaf, ontkennend worden beantwoord.

§ 4. Partijen en rechters in civielrechtelijke procedures

Voorzover er in het kader van het strafrecht wordt ingegrepen in het leven van de burger, mag dat volgens de wet – afgezien van de gevallen waarin iedereen mag optreden (cf. artikelen 53, lid 1 en 95, lid 1 Strafvordering) – in beginsel alleen gebeuren door het strafrechtsapparaat.

Voor zover de rechter binnen het kader van het strafrecht actief mag optreden tegen de burger – en vooral aan de rechter-commissaris zijn binnen het kader van het gerechtelijk vooronderzoek verschillende bevoegdheden tot zo'n optreden toegekend (zie bijv. artikelen 104 en volgende Wetboek van Strafvordering) –, mag hij dat (afgezien van de gevallen waarin hij dat als burger mag) toch in beginsel alleen, als hij daartoe door het strafrechtsapparaat in de gelegenheid is gesteld. Zo mag een rechter-commissaris alleen tot een gerechtelijk vooronderzoek overgaan, als hem dat door een onderdeel van het strafrechtsapparaat – namelijk een lid van het Openbaar ministerie – wordt gevraagd (art. 181, lid 1 Wetboek van Strafvordering). Dat apparaat kan ook op elk ogenblik het einde van dat onderzoek bewerkstelligen (art. 237, lid 1 Wetboek van Strafvordering). Als hij niet door het strafrechtsapparaat of door de verdachte zelf in de zaak wordt gemengd, krijgt de rechter in beginsel niet eens de kans, het woord tot de verdachte te richten (cf. art. 35 Wetboek van Strafvordering).

Elke vrijheidsberoving (in een gevangenis, een huis van bewaring, een psychopatenasiel of elders) en elke ontneming van een geldsom aan de burger binnen het kader van het strafrecht gebeurt in beginsel door het strafrechtsapparaat.

Voor sommige van die activiteiten (dwangmiddelen) heeft het volgens de wet de machtiging van de rechter nodig. Dit is bijvoorbeeld steeds het geval voor die dwangmiddelen, die als ‘straffen’ of als ‘maatregelen’ worden aangeduid. Maar ook in deze gevallen is het in laatste instantie het strafrechtsapparaat, dat over de toepassing van die dwangmiddelen beslist. Als het tot die toepassing overgaat, is dus de leiding van dat apparaat voor dat optreden evenals voor elke andere activiteit van het apparaat verantwoordelijk. Zij kan die verantwoordelijkheid niet afschuiven op de rechter, want het strafrechtsapparaat is, zoals we in paragraaf 3 zagen, wat de belastende beslissingen van de rechter betreft niet aan deze ondergeschikt.

Merkwaardigerwijze komen de denkbeelden over de verhouding tussen strafrechtsapparaat en rechter, zoals die bij velen – waaronder ook juristen – leven, weinig overeen met de analyse die daarvan in het voorgaande aan de hand van de wet gegeven is.

Men beschouwt bijvoorbeeld een straf veelvuldig als een activiteit van de rechter; als iets waarvoor hij de uiteindelijke verantwoordelijkheid draagt. Men weet vaak wel dat het feitelijke optreden waarnaar met het woord ‘straf’ verwezen wordt – het opsluiten van of het ontnemen van geld aan mensen – niet door de rechter zelf gebeurt, maar door (onderdelen van) het strafrechtsapparaat. Maar men beschouwt (die onderdelen van) dat apparaat dan als ondergeschikt aan de rechter, dus als verplicht om diens belastende beslissingen uit te voeren.

Deze visie op de relatie tussen de rechter en het strafrechtsapparaat – in strafzaken waarin zijn beslissing wordt ingeroepen, in beginsel steeds één van de partijen – verschilt sterk van de gebruikelijke visie op de verhouding tussen de rechter en welke partij ook, in civiele zaken.

Weinigen zullen van de rechter in zulke zaken zeggen, dat hij de uiteindelijk verantwoordelijke is voor de eventuele conservatoire of executoriale beslagen. Weinigen zullen ontkennen dat zijn taak in gevallen, waarin dergelijke dwangmiddelen worden toegepast, in beginsel beperkt is geweest tot de beslissing over de vraag of aan een bepaalde partij machtiging tot die toepassing diende te worden verleend, en dat de partij aan wie hij die machtiging heeft verleend vervolgens zelfstandig heeft beslist of zij daar al dan niet gebruik van zou maken.

De uiteindelijke verantwoordelijkheid voor de toepassing van het dwangmiddel berust dan ook volgens vrij algemeen gevoelen bij die partij. Zij kan zich daarvan niet bevrijden door zich te beroepen op de haar door de rechter (door de bij voorraad uitvoerbaarverklaring van zijn vonnis, door het verlot tot het conservatoire beslag en dergelijke) tot die toepassing verleende machtiging (aldus ook de Hoge Raad blijkens de jurisprudentie, geciteerd door Veegens (Veegens 1965)).

De beslissingen, door kantonrechter, de president van de rechtbank of de rechtbank, gegeven volgens de artikelen 13 of 17 van de wet van 17 april 1884, S. 96, op basis waarvan iemand ongeacht zijn toestemming in een ‘krankzinnigengesticht’ mag worden geplaatst, worden in die wet zelf aangeduid als ‘machtigingen’.

Wie op basis daarvan tot zo'n vrijheidsberoving overgaat – en niet die rechter – is daarvoor jegens de 'geplaatste' verantwoordelijk. (Bij Querido wordt overigens vreemd genoeg de psychiater of andere arts die de verklaring, in art. 16 van die wet bedoeld, "dat de persoon voor wien plaatsing verzocht wordt in een toestand van krankzinnigheid verkeert", op verschillende plaatsen aangeduid als degene die 'plaatst', waarbij die plaatsing soms wordt aangeduid als "een zuiver medische handeling" of als een "in wezen medische ingreep" (Querido 1939 pag. 68, 162, 168, 181, 200 en 215). Elders weer noemt hij 'de rechterlijke macht' als degene die 'plaatst' (Querido 1939 pag. 114).)

§ 5. In strafzaken mag de rechter volgens sommigen zelf als partij optreden

Waarom dan met betrekking tot strafzaken bij velen dat idee van de rechter als een straffende, voor de toepassing van de door de strafrechtsapparaat met zijn machtiging gebezigde dwangmiddelen uiteindelijk verantwoordelijke figuur? Vanwaar het met dit idee van een 'activistische' rechter verbonden idee van een aan hem ondergeschikt strafrechtsapparaat, dat in beginsel verplicht is, zijn belastende beslissingen uit te voeren?

Voor een verklaring van deze ideeën – en van het hardnekkig voortbestaan ervan – dient te worden gelet

a) op de *historie*: § 5.1

b) op (prettige) *gevolgen* die voor een aantal bij strafzaken betrokken partijen verbonden zijn aan die ideeën: § 5.2, en

c) op de *houding en denkbeelden* van velen in de maatschappij, binnen en buiten het strafrechts systeem, met betrekking tot dat systeem en zijn activiteiten: § 5.3.

§ 5.1 De historie

§ 5.1.1 Van 1200 tot 1813 in vogelvlucht

Ook voordat de rollen op het stuk van 'straffen' verdeeld waren op de manier die in de paragrafen 1-3 is omljnd, en die in hoofdzaak dateert uit het begin van de vorige eeuw, werd er in Nederland 'gestraft'. Onder 'straffen' wordt hier verstaan: het aantasten van de persoon of het goed van bepaalde mensen door een of meer andere mensen die pretenderen op te treden als (onderdeel van) 'de overheid' onder verwijzing naar (beweerde) eigenschappen van de aangetasten, of naar (beweerde) aspecten van hun gedrag, terwijl de bevoegdheid van die aantasters tot die activiteiten

– niet rechtstreeks wordt gebaseerd op het civiele recht of het recht tot belastingheffing, en
– in beginsel niet afhankelijk wordt geacht van een door medemensen tot hen gericht verzoek (klacht).

In Nederland komt straffen in deze zin omstreeks het jaar 1200 in zwang. Voordien was er wel een gerechtelijk apparaat voor 'strafzaken', maar dit kwam in beginsel alleen in actie als het door leden van de betrokken bevolking werd benaderd met klachten jegens andere leden. Er volgde dan – behalve bij ontdekking op heterdaad van 'onzoenbare' feiten – een procedure tussen klager en aangeklaagde. Als de laatste niet bekende, werd door een 'godsoordeel', waarvan een gevecht tussen beide partijen of door hen aangewezen personen de belangrijkste vorm was, beslist wie er gelijk had. (van Binsbergen 1976 paragraaf 14–16).

Vanaf ongeveer het genoemde tijdstip gaan de verschillende 'landheren' over tot de aanstelling van vertegenwoordigers in die steden en delen van het platteland, waarover zij gezag pretenderen.

Een belangrijk onderdeel van de uitgebreide taak van deze vertegenwoordigers vormde het instellen van een onderzoek naar gebeurtenissen die hun niet aanstonden en het treffen van maatregelen tegen bepaalde bij die gebeurtenissen betrokken personen. De vertegenwoordiger kon dat doen op verzoek van leden van de bevolking van zijn ambtsgebied, maar ook op eigen houtje ('ex officio' of 'ambtshalve').

Deze figuur heeft zich in de Nederlandse steden en gewesten gehandhaafd tot 1811, toen Nederland bij Frankrijk werd ingelijfd en de Franse rechterlijke organisatie en strafprocessuele regeling hier werden ingevoerd.

In naam bleef hij tot dat tijdstip vertegenwoordiger van 'de hoge overheid' binnen zijn ambtsgebied. Hij wordt door Voorda nog in 1792 als 'de Grafelijkheids Officier' aangemerkt (Voorda 1792 pag. 87, pag. 89 e.a.; zie ook de Monté Verloren 1942, pag. 213), ofschoon tijdens de periode van de Republiek (1581-1810) graven of andere landsheren ontbraken.

Een antwoord op de vraag wie hij in deze periode dan wel vertegenwoordigde valt moeilijk te geven, maar is ook niet erg belangrijk, omdat hij zich al voor het begin ervan veelal een zelfstandige, vrijwel onaantastbare machtspositie had verworven, hetzij doordat hij door koop- of erfrecht zijn ambt in 'eigendom' had, hetzij doordat hij het in pacht of onderpand had gekregen met de bepaling, dat hij niet uit het ambt kon worden ontzet voordat hij de som die hij ervoor betaald had, uit de opbrengst ervan had terugverdiend (Fruin 1922 pag. 69-70; s'Jacob 1936 pag. 10).

Deze figuur pretendeerde de bevoegdheid te hebben,

-1) binnen zijn ambtsgebied 'strafbare feiten' op te sporen;

-2) personen terzake van zulke feiten aan te houden en – desgewenst middels marteling – tot bekentenis der waarheid te brengen.

Tot marteling was hij aanvankelijk alleen bevoegd ten aanzien van vreemdelingen (Matthijssen plm. 1420, vierde traktaat). Maar op den duur ontwikkelt zich – althans in Holland en West-Friesland – op dit stuk een gelijke behandeling van gelijke gevallen, en zijn ook de bewoners van zijn ambtsgebied verplicht, zich aan marteling te onderwerpen.

Op den duur wordt voor marteling toestemming van de rechtbank en de aanwezigheid van een zekere hoeveelheid bewijs voorgeschreven. Die voorwaarden werden echter ten dele ontdoken door bijvoorbeeld opsluiting in "stinkende, stikdonkere kerkeren, die zomtjids van ongedierte krielen, zwaare boeijens, beneeming van voedzel en dekzel, en wat dies meer is" niet als 'pijnbank' aan te merken (aldus, in 1792, met betrekking tot de toestanden van zijn tijd, B. Voorda (Voorda 1792 pag. 180; zie ook de Monté Verloren 1942 pag. 209).

Verder was op tal van plaatsen voorafgaande toestemming van de rechtbank en de aanwezigheid van voldoende bewijs niet noodzakelijk, als het ging om de marteling

van bepaalde categorieën van vreemdelingen. In Holland en Zeeland was het bijvoorbeeld zo, dat marskramers, schoenlappers "en dergelijke landlopers", voor zover ze van buiten die gewesten afkomstig waren, volgens verschillende plakaten (bijvoorbeeld van 1586, 1595 en 1630), als ze binnen die gewesten werden aangetroffen, eenvoudig op grond daarvan "strengelijk gegeesseld, ... op den bank geworpen, en ter rigouzeuser torture geleid" mochten worden (Drenth 1939 pag. 205).

–3) ‘verdachten’ te dagvaarden voor ‘de rechtbank’. Deze bestond uit hemzelf en een aantal ‘welgeboren mannen’ of ‘schepenen’ – hierna zullen ze steeds worden aangeduid met ‘schepenen’.–, die hij veelal zelf uit de bewoners van zijn ambtsgebied had aangewezen (Fruin 1922 pag. 72 en 121). De bevoegdheid om zaken bij de rechtbank aanhangig te maken berust sinds plm. 1570 in beginsel uitsluitend bij hem.

–4) de rechtbank voor te zitten en het onderzoek ter terechtzitting te leiden;

–5) zijn medeleden van de rechtbank bij dat onderzoek te onderrichten over het toepasselijke ‘recht’ en, als hij meende dat de verdachte ‘schuldig’ was, hun machtiging te vragen om één of meer dwangmiddelen op hem toe te passen. Het vonnis werd vervolgens door de schepenen opgesteld. Dit gebeurde buiten zijn tegenwoordigheid, tenzij hij zelf ook ‘schepen’ was, hetgeen bijvoorbeeld in Groningen tot 1749 voorkwam (Kunst 1969 pag. 128).

Aanvankelijk was er van elk vonnis beroep op de landsheer of diens hof (zo voor de tijd van Karel V: Fruin (Fruin 1922 pag. 36–37)). Naderhand, en zeker tijdens de Republiek, zijn er weinig appellaten, omdat men zich tot gewoonte had gemaakt, verdachten van ‘misdrijf’ alleen te veroordelen nadat zij bekend hadden. De regel gold dat iemand die bekend had geen hoger beroep mocht aantekenen, aldus Simon van Leeuwen (1626-1682), zich beroepend op Hugo de Groot (Voorda 1792 pag. 37).

–6) de bij het vonnis van schepenen toegelaten dwangmiddelen te doen toepassen, zoals het – middels de beul – ophangen of op andere manieren om het leven brengen van ‘veroordeelden’;

Als ‘straffer’ wordt dan veelal niet deze figuur, maar bijvoorbeeld ‘tgerecht’ aangemerkt, zoals in de beschrijving van de uitspraak in Leiden in de ‘strafzaak’ van Gerijt Jacopsz in 1513.. Het vonnis in zijn zaak zou door een ANP van die dagen ongeveer wellicht aldus bekendgemaakt en door kranten overgenomen zijn:

“Tgerecht in Leiden heeft vandaag uitspraak gedaan in de zaak tegen Gerrit J. alias Gerritje van Genoegten, die verdacht wordt van beledigende en blasfemische uitspraken tegen God van Hemelrijk en Maria, zijn gebenedijde moeder. Tgerecht acht J. daarvoor verminderd toerekeningsvatbaar, en heeft hem om die reden in de stadsgevangenis een flinke geseling laten toedienen. Tgerecht bepaalde verder dat J. met de daartoe bestemde boeteton om zijn hals in Leiden de Sacramentsdagroute dient te lopen. Dat is de route waarlangs jaarlijks op Sacramentsdag het Heilig Sacrament gedragen wordt.” (Voor het origineel zie Blok 1884 pag. 79.)

Deze milde behandeling had J. waarschijnlijk te danken aan de beslissing van ‘tgerecht’ “dat hy syn sinnen niet geheel machtich” was. Zonder zo’n ‘strafverminderende omstandigheid’ liep iemand in deze streken een kans op naarder leed. Blijkens het ‘rechtsgeleerd werk’ van W. van der Taverijen dat zo’n 20 jaar

eerder in het hertogdom Brabant door een ijverige klerk was gecopiëerd, diende iemand die “onsen lieven heere God oft onsen salvatoer Jhesum Christum zynen eenigen zone oft den Heiligen Geest, welcke drye een zijn inder godlycker natueren, blasphemeert oft die dair zweert bij den hoofde, bij den baerde, bij den hare Gods, oft dyer gelycke eede, (...) nae recht sculdich totter doot gepunieert te wordden; ende die redene is dese: want dair af comen plagen ende dyertyden van tempeesten ende van eertbeevingen, indijen die eede met opsette wordden gedaen; eest dat die eede gedaen wordden vuyt gramschappen, vuyt dronkenschappen of vuyt eeniger ontsteltheyt van hertten, soo wordden zij saechtelyker gepunieert” (Fredericq 1896 pag. 288).

–7) met de verdachte een schikking te treffen. Door zo’n schikking verviel zijn bevoegdheid, de zaak bij de rechtbank aanhangig te maken. De door de verdachte betaalde som kwam geheel of grotendeels aan hem ten goede. In de loop van de tijd werden van hogerhand tal van pogingen in het werk gesteld, deze bevoegdheid te beperken, maar deze hadden betrekkelijk weinig succes (‘s Jacob 1936 pag. 9-18);

–8) wettelijke strafbepalingen vast te stellen voor zijn ambtsgebied. Deze bevoegdheid deelt hij – en oefent hij alleen uit tezamen – met de schepenen (Fruin 1922 pag. 68 en 72).

De hier bedoelde figuur had bovendien het bevel over een aantal potige knapen, zijn ‘rakers’, ‘kornuiten’ of ‘sergeanten’. Hij had – dat blijkt uit het voorgaande voldoende – binnen zijn ambtsgebied een bijzonder grote macht.

Hierbij valt nog te bedenken, dat het vereiste, neergelegd in art. 1, lid 1 Wetboek van Strafrecht, dat een feit pas mag worden bestraft als het eerst door een wetgever strafbaar is gesteld, in Nederland pas geldt sinds plm. 1810. Voordien kon de bevoegdheid van de ‘overheid’ om ‘straffend’ tegen personen op te treden, behalve op grond van (geschreven) wetsbepalingen, op de meest uiteenlopende bases worden gepretendeerd. Dit gold zowel met betrekking tot de gevallen waarin, als tot de middelen waarmee werd opgetreden.

Alleen voor het middel van de doodslag was volgens sommigen steeds de grondslag van een wettelijke bepaling noodzakelijk (Coopmans 1970 pag. 13–14). Maar deze opvatting was niet algemeen, zoals blijkt uit de wurging en ophanging van een vrij aanzienlijk aantal van homosexualiteit beschuldigde personen te Utrecht, Den Haag, Amsterdam en Rotterdam, omstreeks het jaar 1730. Naar de mening van sommigen kon de bevoegdheid tot deze activiteiten blijkbaar worden ontleend aan de omstandigheid, dat het vroeger ook zo ging, volgens anderen aan het goddelijk recht; een wettelijke strafbepaling was er in elk geval niet voorhanden (Kunst 1969 pag. 127–128).

Behalve bijbelteksten en de gewoonte konden ook teksten uit het Corpus Juris Civilis, alsmede de aard van de zaak zelf dienen als rechtvaardiging van een ‘straffend’ optreden van ‘de overheid’. Dit kwam praktisch neer op een algemene strafbedreiging tegen ieder die iets deed, wat de figuur, wiens bevoegdheden boven zijn geschetst, en – voor zover deze de schepenen inschakelde – de laatstgenoemden niet zinde. (Zie over deze algemene strafbedreiging en de zgn. arbitrale correctie: Coopmans 1970 pag 13-14).

De inwoners van het land – om van vreemdelingen maar niet te spreken – verkeerden zodoende in een weinig aangename positie. Zij waren praktisch overgeleverd aan de genade of ongenade van de bovenbedoelde figuur. De termen waarmee deze werd aangeduid, liepen

plaatselijk en gewestelijk nogal uiteen. Zo vindt men onder andere de termen: maarschalk, landdrost, burggraaf, baljuw, schout, grietman en villicus (Fruin 1922).

In schriftelijke uiteenzettingen over het strafrecht van een bepaalde landstreek – waarbinnen de aanduidingen voor de bedoelde figuur niet zelden van plaats tot plaats verschilden – komt men nu niet zelden als algemene aanduiding voor hem de term ‘*rechter*’ tegen.

Gezien zijn oorspronkelijke positie als vertegenwoordiger op plaatselijk of gewestelijk niveau van de landsheer, die zich, als hoogste machthebber, tevens beschouwde als hoogste rechtspreker en -doener, ligt die aanduiding ook wel enigszins voor de hand (Fruin 1922 pag. 37 en 121; Coopmans, o.c., pag. 7)

Zo vinden wij bij Jan Matthijssen, die in het "Rechtsboek van Den Briel" (plm. 1420) het recht van Den Briel en het land van Voorne beschreef, de term ‘rechter’ op tal van plaatsen gebruikt, en zulks vrijwel steeds ter aanduiding van de bovengenoemde figuur. (Degenen die op vordering van de ‘rechter’ het vonnis maken, duidt hij aan met ‘scepenen’.) Wielant (1440–1520) duidt hem in zijn "Practijcke Criminele" in beginsel aan met het woord ‘fisque’; maar op tal van plaatsen gebruikt hij de uitdrukking "juge oft fisque", kennelijk ter aanduiding van dezelfde figuur. In stukken in het Latijn uit de tijd van Karel V heette hij meestal ‘judex’ (Fruin 1922 pag. 69).

Mettertijd komt ook de term ‘officier’ voor hem in zwang, en wordt het college waarin hij als voorzitter en de schepenen als leden optreden aangeduid met ‘rechter’ (bijvoorbeeld in het "Tractaet Crimineel" (1681) van Bort (1615–1674)).

Behalve als hijzelf ook schepen was, nam hij, zoals we zagen, aan het opmaken van het vonnis geen deel; maar ook in deze gevallen had hij – mede doordat de schepenen tot in de 18de eeuw doorgaans geen rechtsgeleerden waren (Fruin 1922 pag. 319) – als voorzitter van het college en leider van het onderzoek op de terechtzitting veelal een overwegende invloed op de oordeelsvorming (s’Jacob 1936 pag. 10), ook al kwam het voor dat bijvoorbeeld een zeeman als baljuw optrad "die volgens zijn eigen bekenninge geen de minste kennis van crimineele rechtspleeging (...) had", zoals in 1741 in Calandsoog in de strafzaak tegen de ex-baljuw Jan Hargen (Voorda 1792 pag. 181).

Het instituut van de schepenen heeft in de tijd (vanaf plm. 1200) waarin de plaatselijke of regionale vertegenwoordiger van de landsheer zijn intrede doet het karakter van een beoogde waarborg voor de bewoners van diens ambtsgebied tegen activiteiten van zijn kant die door die bewoners als onjuist worden beschouwd.

De steden, die in deze periode sterk tot ontwikkeling komen, stellen aanvaarding van de landheerlijke vertegenwoordigers vaak afhankelijk van de belofte, dat deze "formele rechtszeggars ... niet willekeurig te werk zullen gaan maar recht zullen spreken volgens een welomschreven procedure, en wel "*secundum sententiam scabinorum*" (in overeenstemming met de uitspraak van schepenen)" (Coopmans 1970 pag. 9–10).

Verder eisen zij dat de schepenen, bewoners van de betrokken steden, zich bij hun oordeelsvorming zullen mogen baseren op wat zij als het ter plaatse geldende recht beschouwen. De opzet was er duidelijk op gericht, de inwoners te beschermen tegen de activiteiten van de landheerlijke vertegenwoordiger. "Tscependom is sculdigh mit vonnes

yghelik syn lyf ende lyt te bescudden, dair syt mit recht doen connen" {Matthijssen plm. 1420).

Mede door de ondeskundigheid en de afhankelijke positie van de schepenen – nadat ze aanvankelijk door de vertegenwoordiger van de landsheer zelf waren benoemd, kwam hun benoeming (vaak voor niet meer dan één jaar tegelijk) tijdens de Republiek veelal in handen van de stadhouder of de stedelijke regentenclub, waarbij de officier overigens wel bemiddelde – is die opzet op den duur niet geslaagd.

Het ontbreken van een algemene wettelijke regeling van het strafproces speelde hierbij mede een rol: bij afwezigheid van geschreven regels, die voor ieder toegankelijk zijn, wegen de kennis en ervaring van mensen die zich weten te laten doorgaan voor iemand die 'weet hoe het moet' extra zwaar. De Ordonnantie van Philips II van 1570, die belangrijke verbeteringen tracht te bewerken in vergelijking met de "buitengewoon slechte ... gebruiken" (Fruin 1922 p. 144) die tot dan toe in Nederland gegolden hadden – zo bedoelde zij het gebruik van de pijnbank sterk te beperken – werd, wegens de bepalingen inzake ketterijprocessen die erin voorkwamen, kort na de opstand tegen Spanje geschorst bij de Pacificatie van Gent (1576), en die schorsing is nooit opgeheven (Fruin 1922 pag. 144-145).

De term 'rechter' of 'iudex' werd dus tot in het begin van de 19^e eeuw in 'Nederland', voor zover valt na te gaan, niet gebruikt voor degenen die in strafzaken 'vonnis wezen'. In verband hiermee hebben de Monté Verloren en Spruit gewaarschuwd voor de misverstanden die het gebruik van de term 'rechter' kan veroorzaken bij de beschrijving van de historie van de rechterlijke organisatie in die streken.

Zij ontkwamen echter ook zelf niet aan verwarring. Zo stellen zij dat termen als 'scultetus', 'schout', 'drost', 'ruwaard' of 'baljuw' sinds plm. 500 A.D. door 'de middeleeuwse' of latere mensen werden gebezigd voor iemand die – in streken van West-Europa die tegenwoordig 'Nederland' worden genoemd – "de rechtzitting presideerde, recht – d.w.z. vonnis – vorderde en zo nodig voor de tenuitvoerlegging van het vonnis zorg droeg", zonder zelf vonnis te wijzen of deel te nemen aan het wijzen daarvan, en dat die term mag worden vertaald met 'rechter' (de Monté Verloren 1961 pag.10 e.a.; Spruit 1972 pag. 5, 132-134 e.a.). Elders noemen zij deze figuren overigens 'officieren van justitie' (de Monté Verloren 1961 pag. 199; Spruit 1972 pag. 220). Degenen die 'vonnis wezen' worden door hen aangeduid met termen als 'oordeelvinders', 'de leden van het gerecht', 'dinggenoten', 'schepenen' of 'de hoge vierschaar'.

Voor ons – aldus deze schrijvers – suggereert de term 'rechter' "slechts één scherp omljnd begrip" en schijnt hij "op het eerste gezicht (...) ondubbelzinnig": voor ons "spreekt het vanzelf dat een rechter vonnis wijst." (de Monté Verloren 1961 t.a.p.; Spruit 1972 t.a.p.).

In de bedoelde streken van West-Europa hadden volgens deze schrijvers in de middeleeuwen "de rechters (...) niet alleen de leiding bij de rechtspraak en de daarmee aanvankelijk samenvallende wetgeving, maar ook bij daden van bestuur. (...) Deze drie machten (...) waren in de middeleeuwen niet of nauwelijks gescheiden. Tot een machtenscheiding op grondslag van Montesquieu's Trias Politica-leer is het ten onzent pas in de Staatsregeling van 1798 gekomen. (...) De taak van een rechter in de oude

zin verschilt derhalve principieel van die van een rechter in moderne zin,” aldus Spruit (Spruit 1972 pag. 5-6; de Monté Verloren 1961 pag.12).

Dit ‘principiële verschil’ lijkt mij echter vooral een gevolg van het misverstand dat tegenwoordig in Nederland als taak van een ‘rechter’ *alleen* het wijzen van een vonnis in geschillen tussen twee partijen wordt beschouwd. In burgerrechtelijke processen moge dat zo zijn, aan de (voorzittende) rechter in strafzaken worden, zoals we zullen zien, door velen binnen de Nederlandse staatsorganisatie en de omgeving daarvan *na het begin van een terechtzitting* taken toegeschreven die vanouds werden aangemerkt als die van hen die ‘schout’, ‘baljuw’ e.d. werden genoemd. “(N)iet zelden is de continuïteit tussen het recht van vandaag en dat van vroeger sterker dan men op het eerste gezicht geneigd zou zijn te denken”, aldus Spruit (Spruit 1972 pag. 1). Zijn uiteenzettingen over de term ‘rechter’ belemmeren het besef dat er in verschillende opzichten continuïteit valt aan te wijzen tussen wat hij aanduidt met ‘rechter in de oude zin’ en wat tegenwoordig ‘de (voorzittende) rechter ter terechtzitting in strafzaken’ wordt genoemd.

De pogingen van Philips II en de zijnen, de gang van zaken bij ‘strafprocessen’ in de lage landen te ‘moderniseren’ zijn dus mislukt. Pas bij zijn onderwerping aan en inlijving bij Frankrijk, 235 jaar later (Frankrijk, 1810), kreeg Nederland een regeling van het strafproces als geheel die voldeed aan enkele minimale eisen die vanuit een oogpunt van de belangen van anderen dan de institutionele machthebbers aan een dergelijke regeling mogen worden gesteld, bijvoorbeeld op het stuk van de rechtsmiddelen (van Bemmelen 1957 pag. 39).

§ 5.1.2 Na 1813

Nadat Nederland in 1813 zijn onafhankelijkheid had teruggekregen, bleven de in 1811 ingevoerde Code de Procédure Criminelle en Franse rechterlijke organisatie van kracht (tot 1838), zij het met onmiddellijke afschaffing van het beroep in cassatie en van het instituut van de jury.

De invoering van de jury in het Frankrijk van deze periode was een vrucht van de denkbeelden van Montesquieu, die bij de verdeling van de macht in de staat over verschillende lichamen, de rechterlijke macht niet – zoals de wetgevende en de uitvoerende – toegedacht aan een permanent lichaam, maar aan tribunalen die, naargelang er zich zaken voordeden, zouden worden samengesteld uit ad hoc aan te wijzen ingezetenen.

Op die manier zou "la puissance de juger, si terrible parmi les hommes", omdat zij niet aan bepaalde personen werd gebonden, waar zij werd uitgeoefend meteen als het ware ook weer vervluchtigen (Montesquieu 1748 Boek XI Hoofdstuk 6). Kennelijk had hij daarbij vooral het oog op strafzaken waarin de meer extreme dwangmiddelen toepassing vinden.

Wat hij in strafzaken als de rol van de met rechterlijke macht beklede figuren zag, is niet erg duidelijk. Op sommige plaatsen lijkt het, alsof hij deze mede zag als feitelijke bedrivers van de als ‘straf’ aangemerkte activiteiten, bijvoorbeeld als hij van degene die de "puissance de juger" heeft, zegt: "il punit les crimes" (Montesquieu, ibidem), en als hij die macht "si terrible" noemt. Maar in hetzelfde hoofdstuk zegt hij van de rechters, dat zij niet anders zijn dan "la bouche qui prononce les paroles de la loi", en

wijst hij erop, dat als rechterlijke en uitvoerende macht in één persoon verenigd zijn, "le juge pourroit avoir la force d'un oppresseur".

Degenen die in en na 1813 bij de opbouw van het staatsbestel in het jonge Koninkrijk betrokken waren, wensten hier als vanouds permanent bemande gerechten. Zij streefden bij die opbouw naar een combinatie van het 'goede' uit de Republiek met de 'verworvenheden' van de Omwenteling.

Tot deze laatste rekenden zij de scheiding der machten, en toedeling daarvan aan verschillende organen. In de Grondwet van 1814–1815 en de wet van 1827, S.20, op de rechterlijke organisatie en het beleid der justitie, in werking getreden in 1838, werden de samenstelling van de gerechten en de positie van de leden daarvan zodanig geregeld, dat degenen die met rechtspraak waren belast, tot op grote hoogte onafhankelijk waren van de regering (benoeming voor het leven, onafzetbaarheid door de regering e.d.).

Degenen die in dit nieuwe bestel als rechters in strafzaken optraden, stonden in die tijd voor de taak, de positie die zij in zulke zaken innamen en de relatie tussen deze positie, die van de ambtenaar van het openbare ministerie en die van de administratie, als vertegenwoordiger waarvan die ambtenaar optrad, en de rol die zij in zulke zaken speelden nader te bepalen.

Hetzelfde gold voor de ambtenaren van het Openbaar Ministerie. Wat waren de bevoegdheden van een rechter: in strafzaken? Wat was precies zijn taak, en wat behoorde tot de taak van het Openbaar Ministerie? Wat was de 'plaats' van de vertegenwoordiger van dat laatste bij het onderzoek ter terechtzitting? Hoe gedraagt zich een rechter in strafzaken? Hoe gedraagt zich in zulke zaken met name de voorzitter van een rechtbank?

Want vooral voor deze, die belast was met de zorg voor de 'goede orde' bij de behandeling van strafzaken ter terechtzitting, deden de genoemde vragen zich in de dagelijkse praktijk gelden. Voor het antwoord op veel van die vragen had de wetgever geen of slechts vage aanwijzingen gegeven.

Het ligt voor de hand dat velen in deze onzekere situatie te rade gingen bij de traditie. Nu gaf deze, zoals uit het voorgaande blijkt, geen eenduidig antwoord op de vraag naar de plaats, de bevoegdheden, de rol van de 'rechter' bij de behandeling van strafzaken. Bij de term 'rechter' kon men volgens de traditie o.a. denken aan

- 1) een college zoals dat vanouds in de streken die nu tezamen 'Nederland' heetten te vinden was, samengesteld uit 'de (grafelijkheids)officier' en diens 'bijzitters', 'de schout en zijn schepenen', 'tgerecht', of hoe het verder werd genoemd;
- 2) de voorzitter van dat college, dus de 'officier', 'baljuw', 'schout' of hoe hij verder ook mocht heten, de 'rechter in de oude zin' volgens de Monté Verloren en Spruit (de Monté Verloren 1961 pag.12; Spruit 1972 pag. 5-6);
- 3) degenen die als 'schepenen' zitting had in het onder 1) bedoelde college en daar deelnam aan het wijzen van het vonnis..

Een vergelijking van de positie en rol van de '(grafelijkheids)officier' enerzijds en van de 'schepenen' anderzijds in termen van macht en aanzien moest in veel gevallen wel ten voordele van de eerste uitvallen. Zijn praktische onafzetbaarheid en daarmee samenhangende langdurige ervaring – die te zwaarder woog bij het ontbreken van bindende wettelijke regelingen voor het strafproces als geheel –, zijn posities als 'hoofd van de politie', voorzitter van de rechtbank, van wiens het initiatief het bijeenkomen van de rechtbank in beginsel

afhankelijk was, leider van het onderzoek, ‘rechtsvorderaar’ tegenover de schepenen, en opdrachtgever van de feitelijke toepassers van dwangmiddelen gaven hem in tal van opzichten overwicht boven de schepenen.

Wanneer hij in naam van de ‘hoge overheid’ hun medewerking vroeg voor de verwezenlijking van het recht van die overheid op bestraffing, in het algemeen belang, van de verdachte die voor hen stond, dan hoefde hij niet eens zelf schepenen te zijn om op de oordeelsvorming van de schepenen, ook al had hun beraad buiten zijn tegenwoordigheid plaats, een belangrijke invloed uit te oefenen in de door hem gewenste richting.

Met betrekking tot strafzaken was het beeld van een ‘rechtbank’ dan ook dat van een min of meer autonoom tegen verdachten en veroordeelden optredend orgaan, geleid door een voorzitter-officier die de uiteindelijke verantwoordelijkheid had voor de toepassing van dwangmiddelen. Nog in het – nooit ingevoerde – "wetboek op de rechterlijke instellingen en rechtspleging in het Koninkrijk Holland" van 1809 worden ‘openbare aanklagers’ en ‘schouten’ aangeduid als "aan het hoofd der rechtbanken" geplaatste personen (Duisterwinkel 1965 pag. 23). Dit feit illustreert, hoe zeer men de rechtbank met betrekking tot strafzaken beschouwde als een lichaam waaraan rechterlijke en uitvoerende macht beide toekwamen.

Toen nu de officieren die in de jaren na 1795 het voorgestoelte van de rechtbanken verlaten hadden, en de overige bij de behandeling van strafzaken (voor zover het ging om als ‘misdrijf’ aangeduide ‘feiten’) betrokken figuren – de advocaten, de rechters, en vooral de nieuwbakken voorzitters – hun plaats en rol voor het eerst of opnieuw moesten bepalen, lag het voor de hand dat men zich daarbij, wat de laatstgenoemden betreft, in sterke mate oriënteerde op de vroegere voorzitter-officier. Dit kon natuurlijk maar gedeeltelijk; zo misten de nieuwe voorzitters volgens de wet de bevoegdheid om feiten op te sporen en om zaken bij hun rechtbank aanhangig te maken.

Maar over tal van andere elementen van de plaats en rol van de voorzitters hield de wet geen bepalingen in. Men kan constateren dat veel van de elementen die in de voorgaande eeuwen de positie en rol van de voorzitter hadden bepaald – zijn pretentie, de ‘hoge overheid’ te vertegenwoordigen en ervoor te moeten zorgen dat ‘schuldigen’ in het ‘algemeen belang’ ‘gestraft’ werden, een pretentie die zijn gedrag bij het onderzoek op de terechtzitting duidelijk beïnvloedde – en zijn aanspraak, op te treden als opdrachtgever tot de toepassing (na een door schepenen gewezen vonnis) van als ‘straf’ aangeduide dwangmiddelen, na 1813 zijn opgenomen in de positie en rol van de voorzitters van de meervoudige strafkamers der rechtbanken, en naderhand ook, zij het in mindere mate, in die van de alleensprekende strafrechters. Tegenover het verlies van opsporingsbevoegdheid en het recht, zaken op de terechtzitting aanhangig te maken, stond daarbij de winst, dat hij voortaan mocht deelnemen aan het maken van het vonnis of zelfs – sinds 1921 in het geval van de politierechter – op z’n eentje vonnis mocht wijzen.

Het gedrag van o.a. rechters en leden van het Openbaar ministerie, zoals men dat tot op vandaag kan waarnemen, en uitlatingen van hoog- en minder hooggeleerde juristen over het strafproces geven aanleiding tot de veronderstelling, dat tussen Openbaar ministerie en rechter de rollen in strafzaken op de duur in principe als volgt verdeeld raakten: zolang een zaak niet op de terechtzitting aanhangig is gemaakt, berust de verantwoordelijkheid ervoor bij het strafrechtsapparaat, in het bijzonder – jegens de leiding van dat apparaat – bij het Openbaar Ministerie; is dat echter wél gebeurd, dan neemt de rechter, zodra het onderzoek op de terechtzitting is begonnen (art. 278 S.v.), de taak van het strafrechtsapparaat over.

Vanaf dat ogenblik is het *zijn* taak, te zorgen dat de verdachte, als hij ‘schuldig’ is, ‘gestraft’ wordt. Tracht de verdachte daaraan door uitvluchten te ontkomen, dan ligt het op *zijn* weg, te zorgen dat deze niet in die opzet slaagt. De einduitspraak waarin hij – met zijn eventuele mederechters – een ‘straf oplegt’ draagt niet zozeer het karakter van een toewijzing van een vordering van één der partijen in het geding, als wel dat van de uitoefening van een recht dat aan hem, als (voorzittend) rechter toekomt en uit zijn boven omschreven taak voortvloeit.

Zo stelt van Bemmelen dat, "indien het Openbaar Ministerie vervolgt en het feit bewezen en strafbaar is en ook de dader strafbaar is, de rechter moet straffen..." (van Bemmelen 1968 pag. 35). *Zijn* taak is het om binnen de grenzen die de wetgever door de vaststelling van minima en maxima heeft gesteld, vast te stellen, "welke soort en maat en modaliteit van straf moet worden opgelegd voor een dergelijk feit, door een dergelijke dader in dergelijke omstandigheden in deze gemeenschap gepleegd" (Vrij 1956 pag. 169). "De officier zal gewoonlijk de zaak ter terechtzitting aanhangig maken omdat hij meent, dat de rechter in een einduitspraak een ... sanctie behoort toe te passen" (Enschedé 1966 pag. 493). Als Enschedé het over ‘straf’ heeft, bedoelt hij "een sanctie die de rechter ... mag toepassen" (Enschedé 1969). Als hij een ‘vrijheidsbenemende sanctie’ toepast, elimineert hij "de delinkwent uit de vrije maatschappij", want dat doen ‘vrijheidsbenemende sancties’ (Enschedé *ibidem*). "Wat doet de rechter? Hij ... straft ...," zegt A.A.G.Peters (Peters 1966 pag. 235). Hij mag "de delinkwent ... naar de gevangenis... sturen" (Peters 1966 pag. 237, 257). Hij "is uiteindelijk voor de sanctievorm verantwoordelijk" (Enschedé 1966 pag. 507).

De beslissing omtrent de bij het vonnis op te leggen straf of maatregel (art. 351 Wetboek van Strafvordering) wordt in deze opvatting van de rol van de rechter in overwegende mate bepaald door wat *hij* vindt dat er gebeuren moet; door *zijn* verlangens en bedoelingen – verlangens en bedoelingen die weer het resultaat zijn van wat hij als zijn taak beschouwt.

"Verlangt hij van de straf vergelding om schuld of vereffening van een gestoord evenwicht, wil hij, dat zich in haar zal manifesteren de hoogheid van recht en staat tegenover hem, die deze durfden aanranden, dan zal zij een andere zijn dan in handen van een rechter die de straf bedoelt als preventief bestrijdingsmiddel" (Hazewinkel–Suringa 1968 pag. 485–486).

In dit citaat komen opvattingen omtrent de taak van de rechter in strafzaken tot uitdrukking, die men bij velen – rechters zowel als niet-rechters – tegenkomt: de rechter als de Schuldvergelder, de Evenwichtshersteller, de Preventieve Bestrijder, enz. In zaken betreffende psychisch gestoorde verdachten zien we de rechter verder nog al eens optreden als Blijvende Beveiligder der Maatschappij tegen Misdadigers en Onverantwoordelijke Instanties. Vanuit deze taakopvatting komt de rechter er in zulke gevallen soms toe, in plaats van de terbeschikkingstelling van de regering die volgens psychiaters in verband met de situatie van de verdachte aangewezen is, een "langdurige gevangenisstraf op te leggen", met de overweging, "dat de terbeschikkingstelling van de regering niet voldoende waarborgen voor blijvende beveiliging der maatschappij tegen deze verdachte biedt" (Hof Amsterdam, Nederlandse Jurisprudentie 1935, pag. 1626). De terbeschikkingstelling van de regering wordt dan "geduid als een slappe maatregel in handen van onverantwoordelijke instanties" (Overbeek 1964 pag. 16).

In de bovenbedoelde taakopvattingen van de rechters zijn – althans naar de geest – duidelijk de pretenties terug te vinden, waarmee voor 1813 de voorzitter-officier zich tot de schepenen placht te wenden, als hij op bestraffing van de verdachte aandrong.

§ 5.2. Gevolgen

§ 5.2.1. De strafrechter ontmaskerd: de nauw verholen baljuw

Wat zijn de effecten van deze opvatting van de rol van de (voorzittende) rechter voor de rol van de overige figuren die bij het strafproces betrokken zijn, met name de vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie (in eerste instantie de Officier van Justitie) en de verdachte en zijn raadsman?

Voor de Officier van Justitie brengt zij mee, dat hij geacht wordt, na de aanvang van het onderzoek op de terechtzitting praktisch niets meer te hoeven doen. *Vanaf dat ogenblik neemt de voorzittende rechter in belangrijke mate de taak van het Openbaar Ministerie over.* Hij onderzoekt de zaak, en hij beslist, krachtens een hemzelf (en zijn eventuele mede-rechters) toekomend recht, over het lot van de verdachte.

De 'eis' van de Officier van Justitie waarin hij op een bepaalde beslissing dienaangaande aandringt, draagt dan ook niet het karakter van een vordering, die door hem aannemelijk zou moeten worden gemaakt. Als hij wil, kan hij volstaan met het voorlezen van een papiertje waarop hij geschreven heeft, welk strafbaar feit volgens hem door de verdachte is begaan, en waarop hij verder zonder enige motivering de straf of maatregel heeft omschreven, waarvan hij de oplegging wenst, en met het toeschuiven van dat papiertje aan de voorzitter (art. 311 Wetboek van Strafvordering).

Zijn vordering heeft het karakter van een "advies aan de rechter in diens straftoemeting" (Duisterwinkel 1965 pag. 18). Hij moet daartoe weliswaar door de rechter in de gelegenheid worden gesteld, en wel op straffe van nietigheid van het vonnis; maar als hij van die gelegenheid geen gebruik maakt, vormt dat voor de rechter geen beletsel om 'zijn' straf toe te meten (Hoge Raad 20 juni 1950, Nederlandse Jurisprudentie 1950 nr 658).

Maakt bij zijn 'vordering' wel kenbaar, dan kan de rechter die rustig naast zich neerleggen: hij is per slot van rekening degeen die 'straf', die 'uiteindelijk verantwoordelijk' is voor wat er gebeurt. Duisterwinkel citeert een opmerking, in 1911 gemaakt door Cnopius, hierop neerkomende, dat "de vertegenwoordiger van het Openbare Ministerie gedurende de loop van het onderzoek ter terechtzitting een (...) lijdelijke indruk maakt, terwijl de presiderende rechter in dit stadium der strafvervolgung door zijn optreden de indruk geeft (...) weinig lijdelijk te zijn" (Duisterwinkel 1965 pag. 15). Een verklaring hiervoor valt uit het bovenstaande af te leiden.

Het zicht op de positie ter terechtzitting ingenomen door de (voorzittende) rechter en door de vertegenwoordiger van het Openbaar Ministerie, en op de relatie tussen beide, wordt overigens bemoeilijkt, doordat de eerstgenoemde – terwijl hij enerzijds voor het geval van strafbaarbevinding van feit en verdachte een eigen recht tot optreden tegen de verdachte, tot diens 'bestrafing', pretendeert, *waardoor hij rechtstreeks partij is in het geding*, – zich anderzijds ook graag beschouwd ziet als een instantie die rechtspreekt, "staande boven de partijen" (Feber 1970 pag. 414), die 'geheel objectief' de belangen van 'de maatschappij', waarvoor het Openbaar Ministerie pretendeert op te komen, en die van de dader tegen elkaar afweegt (van Bemmelen 1957 pag. 136). Deze beide pretenties zijn natuurlijk niet met elkaar te verenigen: de zin "A spreekt in dit geding recht" en de zin "A is in dit geding partij" kunnen

naar ons gevoel, als ze betrekking hebben op dezelfde A en hetzelfde geding, niet allebei juist zijn. Van Bemmelen deelt dit gevoel met ons (van Bemmelen 1957 pag. 59).

Hoe dit probleem op te lossen? De (voorzittende) rechter probeert dit door gedurende een deel van de behandeling ter terechtzitting de ene aanspraak te benadrukken, terwijl hij de andere gedurende een ander deel van die behandeling manifesteert.

Tijdens het onderzoek op de terechtzitting speelt hij de rol van de onpartijdige rechter, geroepen om recht te spreken tussen twee partijen. Na afloop van dat onderzoek (art. 345 Wetboek van Strafvordering), als alle anderen het hunne gezegd hebben en het woord alleen nog maar is aan hem, openbaart hij zich als Preventief Bestrijder van Criminaliteit, als Evenwichtersteller, als Blijvend Beveiligder der Maatschappij e.d., en pretendeert hij in die hoedanigheid – bij strafbaarbevinding van feit en dader – de bevoegdheid om zelf uit te maken wat er met deze zal gebeuren, om zelf in diens leven in te grijpen, om hem bijvoorbeeld ‘uit de vrije maatschappij te elimineren’.

In dit stadium pretendeert hij m.a.w. uitvoerende macht. Hij trekt bij wijze van spreken zijn toga van ‘onpartijdig rechter’ uit en vertoont zich nu in het fraaie brokaat van zijn onversleten baljuwskostuum. Onversleten, en vorstelijker dan ooit: het kostuum van een baljuw die zich van zijn ketenen heeft ontdaan en zelf bij vonnis over zijn gepretendeerde bevoegdheden beslist. Peters beschrijft dit deel van de behandeling ter terechtzitting aldus: "De rechter moet het gebeurde, waarvoor een individu wordt aangeklaagd, interpreteren, toetsen aan de wettelijke normen, en hij moet tenslotte beslissen of hij zal toerekenen en in welke vorm. In de laatste fase van deze procedure verlaat de rechter zijn rechtersstoel en treedt hij buiten de rechtszaal: hij *doet* iets, verandert iets in de maatschappij" (Peters 1966 pag. 295).

De (voorzittende) rechter probeert dus, het conflict tussen de beide posities waarop hij in het strafgeding aanspraak maakt, op te lossen door die aanspraken, en het daarbij behorende gedrag, in van elkaar gescheiden perioden te manifesteren. Er bestaan tussen rechters natuurlijk verschillen in de mate, waarin zij aanspraak maken op enerzijds de positie van ‘onpartijdige rechter’ en anderzijds die van baljuw (tegenpartij van de verdachte). Hen die niet veel prijs stellen op de eerstgenoemde positie, zal men al tijdens het onderzoek ter terechtzitting zonder veel terughoudendheid het baljuwgedrag zien presenteren.

Voor de boven aangeduide oplossing van het conflict heeft de (voorzittende) rechter de medewerking nodig van andere participanten in het geding. Zo zullen de Officier van Justitie enerzijds en de verdachte en zijn raadsman anderzijds zich tijdens het onderzoek op de terechtzitting moeten gedragen, alsof het ging om een geding tussen hen, met hem, de rechter, als onpartijdige derde. Daarom zal de rechter, hoe onbelangrijk hij een vordering van de Officier van Justitie met het oog op het door hem te wijzen vonnis ook vindt en hoe onbelangrijk deze daar volgens de huidige jurisprudentie in feite ook voor is, het Openbaar Ministerie doorgaans toch graag een requisitoir horen houden. De vertegenwoordigers van het Openbaar Ministerie voldoen praktisch steeds aan dit verlangen.

§ 5.2.2. De advocaat als cofoppageur

Van de raadsman wordt in de geschetste opzet verwacht, dat hij zich tijdens het onderzoek ter terechtzitting gedraagt alsof de Officier van Justitie de tegenpartij is van de verdachte. In de gevallen waarin hij er op kan rekenen dat de rechter voldoende bewijs voor het te laste gelegde feit aanwezig, en strafuitsluitingsgronden afwezig zal achten – en deze gevallen

vormen, wegens de selectie die het Openbaar Ministerie toepast bij het aanhangig maken van zaken ter terechtzitting, de overgrote meerderheid – ziet men hem na het requisitoir dan ook soms een soort gevecht aangaan met de Officier van Justitie met betrekking tot het dwangmiddel waarvan deze de ‘oplegging’ heeft gevorderd.

Een dergelijk gevecht draagt vrijwel steeds het karakter van een schijngevecht omdat

- 1) de Officier van Justitie zijn eis niet hoeft te motiveren en dat dan ook praktisch nooit doet, zodat er voor de advocaat, bij gebreke van serieuze argumenten van de ‘tegenpartij’, weinig tegenargumenten overblijven, en
- 2) hij zowel als de Officier weten dat de vordering van de laatste er voor de rechter met het oog op zijn vonnis maar weinig toe doet.

Als de advocaat niettemin een dergelijk fopgevecht aangaat, kan dat zijn

- 1) omdat hij meent dat zijn cliënt dit van hem als advocaat verwacht;
- 2) omdat hij meent, dat de rechter een dergelijk gevecht, als het niet te lang duurt, niet ongaarne ziet: het verleent een glans van werkelijkheid aan de rol van ‘boven de partijen staande rechter’ die hij in dit stadium van het proces ambieert, of
- 3) omdat hij middels de argumenten die hij zogenaamd tegen de Officier te berde brengt, degeen die hij als de eigenlijke, maar ongrijpbare tegenpartij van zijn cliënt beschouwt wil proberen te beïnvloeden.

Voor de verdachte zijn de bovengeschetste structuur en zijn positie en rol daarin uiteraard niet erg duidelijk. Ook voor de overige participanten geldt trouwens, dat de structuur, zoals die hier is geëxpliciteerd, hun vaak niet duidelijk voor de geest staat. Als zij in die structuur bepaalde posities – met de daarbij behorende rollen en relaties tot (bezitters van) andere posities – ‘kiezen’ of door de overige participanten ‘aangewezen krijgen’, dan gaat dat vaak middels processen waarvan de betrokkenen zich niet of nauwelijks bewust zijn. Het gebeuren dat het resultaat vormt van die processen vormt voor hen een vanzelfsprekendheid.

Naar gelang van hun positie in de structuur zullen zij dat gebeuren beschouwen, hetzij als ‘functioneel’, hetzij als, ‘gegeven de feiten’, onontkoombaar. Aan de juristen onder hen is en wordt – mede blijkens de gegeven citaten – de geschetste structuur doorgaans bij hun opleiding op de universiteit bijgebracht. Als er bij die opleiding bijvoorbeeld aandacht wordt geschonken aan ‘straftoemeting’, dan *leren* zij veelal, dat de (voorzittende) rechter daarbij de actieve rol speelt die in het voorgaande is omschreven, en dat de vordering van het Openbaar Ministerie voor diens uitspraak van weinig of geen belang is. *Ze leren* de rechter te beschouwen als de figuur die ‘uiteindelijk verantwoordelijk’ is voor de toepassing van dwangmiddelen. Als ze later in de praktijk worden geconfronteerd met rechters en officieren van justitie die zich volgens dit ‘model’ gedragen, dan heeft dat gedrag voor hen het karakter van het verwachte, het vanzelfsprekende: zo hoort het.

§ 5.2.3. Naar wie gaan de baten?

In § 5.1.2. zagen we, welke plaats- en rolverdeling er tot stand kwam: tijdens het voorbereidend onderzoek berust de verantwoordelijkheid voor de zaak binnen het strafrechtsapparaat bij de Officier van Justitie (en uiteindelijk – jegens het parlement – bij de minister van Justitie); na de aanvang van een door de Officier geïnitieerde behandeling ter terechtzitting neemt de (voorzittende) rechter diens taak en rol over.

Tijdens het onderzoek ter terechtzitting bedekt deze rechter zijn aanspraken op de officierspositie, teneinde zijn daarmee strijdige aanspraken op de onpartijdige-rechterspositie geldend te kunnen maken. Pas na afloop van dat onderzoek doet hij, bij strafbaarbevinding van feit en dader, zijn aanspraken op de uitvoerende macht gelden, die aan de officierspositie eigen is.

Zoekt men – onder het zojuist gemaakte voorbehoud, dat er van een zelfstandig en bewust kiezen van een bepaalde positie vaak niet mag worden gesproken – naar degenen die de bovengeschetste structuur van het strafproces ‘beheersen’ – d.w.z. naar degenen die a.h.w. als ‘plaatsaanwijzers’ voor de overige participanten in het proces optreden –, dan komt men terecht bij onderdelen van het strafrechtsapparaat, namelijk bij degenen die op de terechtzitting – als officier van justitie, procureur-generaal of advocaat-generaal – optreden als ambtenaar van het Openbaar Ministerie, en verder bij de (voorzittende) rechters.

Vooraf deze figuren waren het, die in het nieuwe bestel dat na 1813 werd opgebouwd, hun positie, hun relatie tot elkaar en hun rol in het strafgeding moesten bepalen. Omdat de personen die deze plaatsen bezetten, dit gedurende langere tijd en regelmatig deden en doen, verkeren zij in een voordelige positie in vergelijking met hen die meer incidenteel een plaats in het strafproces innemen.

De eersten krijgen zo iets van gastheren, de laatsten van gasten. Alleen al om deze reden zullen de eersten al gauw als plaatsaanwijzers voor de anderen optreden, nadat ze eerst samen omtrent hun plaatsen en relaties tot elkaar tot een voor beiden optimaal vergelijk zijn gekomen. Welke voordelen zijn er nu aan deze rolverdeling, die het tot op vandaag heeft uitgehouden, voor deze rolverdelers verbonden?

Voor degenen die die positie van (voorzittende) rechter inneemt ligt dat voordeel waarschijnlijk o.a. in de cumulatie van het aanzien dat verbonden is aan de positie 'rechter' in de zin van 'iemand die, boven de partijen staande, een geschil tussen hen beslecht', met het aanzien, verbonden aan de (schijnbare) 'bevoegdheid' om, zonder daarvoor aan iemand verantwoording te hoeven afleggen (zie § 2), over machtsinstrumenten van de staat te beschikken: de bevoegdheid bijvoorbeeld om mensen 'uit de maatschappij te elimineren' door hen 'naar de gevangenis te sturen'.

Voor de bezetter van de positie 'Officier van Justitie' lijken de voordelen van de geschetste rolverdeling op het eerste gezicht minder duidelijk. Die verdeling komt er immers onder andere op neer, dat hij zich voor de ogen der omstanders schikt in een positie die ondergeschikt is aan die van de (voorzittende) rechter, niet alleen wat de niet-belastende, maar ook wat de belastende rechterlijke beslissingen betreft.

Hij wekt aldus de indruk dat niet hij – of iemand anders binnen het strafrechtsapparaat – in de gevallen waarin, na een belastende beslissing van de rechter, een dwangmiddel wordt toegepast, 'uiteindelijk' de beslissing tot die toepassing heeft genomen, maar de rechter, omdat er voor hem en de andere onderdelen van het strafrechtsapparaat in beginsel niets anders opzit dan diens belastende beslissing gehoorzaam uit te voeren.

Maar waarschijnlijk levert juist deze indruk van ondergeschiktheid van het strafrechtsapparaat aan de rechter met betrekking tot diens belastende beslissingen de basis voor het voordeel dat voor de Officier van Justitie en de overige onderdelen van het strafrechtsapparaat uit de totstandgekomen rolverdeling voortvloeit.

Van de belastende rechterlijke beslissingen mag immers niet alleen worden gezegd, dat de rechter ze in het kader van de wet alleen mag geven als hij door het Openbaar Ministerie in de zaak is gemengd (zie § 3), maar ook, dat het er het Openbaar Ministerie, als het de rechter in een zaak mengt op een wijze die deze de bevoegdheid tot een belastende beslissing verschaft, doorgaans zeer waarschijnlijk *om te doen is* dat de rechter zo'n beslissing geeft.

Een Officier van Justitie mengt de rechter slechts hoogst zelden middels een vordering tot verlening van een 'bevel' tot voorlopige hechtenis of een inleidende dagvaarding in een zaak, als hij het niet nodig of wenselijk acht dat het strafrechtsapparaat op de 'verdachte' een dwangmiddel toepast voor het gebruik waarvan het strafrechtsapparaat volgens de wet een machtiging van de rechter behoeft. Door zo'n machtiging te verstrekken zorgt de rechter ervoor, dat er voldaan wordt aan een eis, bij de wet gesteld voor de toelaatbaarheid van de door het Openbaar Ministerie geïntendeerde dwanguitoefening.

In de meeste gevallen waarin een rechter op één van de genoemde manieren door het Openbaar Ministerie in een zaak gemengd wordt, zorgt hij er inderdaad voor, dat aan die eis wordt voldaan. Met betrekking tot de dwangmiddelen waarvoor het strafrechtsapparaat volgens de wet machtiging bij einduitspraak behoeft, 'geeft' hij het Openbaar Ministerie weliswaar nogal eens niet precies wat het gevraagd heeft; maar die afwijkingen betreffen dan meestal slechts de 'maat', niet de 'soort' of de 'modus' (voor deze termen zie Vrij 1956 p. 295).

Als het strafrechtsapparaat na zo'n machtiging van de rechter tot dwanguitoefening overgaat, doet het dus in de regel iets wat bij de betrokken Officier van Justitie vanaf het begin in de bedoeling lag. Voordeel van de ondergeschikte positie waarmee de laatstgenoemde, binnen de totstandgekomen rolverdeling, in zijn verhouding tot de rechter met betrekking tot diens belastende beslissingen genoeg neemt, is nu, dat ze hem – en de overige onderdelen van het strafrechtsapparaat, voor zover ze bij die dwanguitoefening betrokken zijn, – een rechtvaardiging verschaft en verschaft voor gedrag dat – niet pas tegenwoordig – in West-Europa onder 'groepsgevoel' ongepast wordt geacht: hen met geweld of onder bedreiging met geweld geld of iets anders afhandig maken, hen met geweld of onder bedreiging met geweld opsluiten of zelfs – tot in 1861 kwam het in Nederland voor – hen van kant maken; een rechtvaardiging die zelf al even oud is als die geweldplegingen of bedreigingen zelf, te weten: gehoorzaam te zijn aan een bevelgever. Dat ze tegenover deze 'bevelgever' – de rechter! – geen verantwoording hoeven af te leggen voor de uitvoering van zijn 'bevel' maakt de situatie voor hen nog plezieriger.

Het voorgaande betekent overigens, dat er binnen de Nederlandse staatsorganisatie voor deze vormen van dwanguitoefening – dat wil zeggen: ook voor het gebruik van de meest ingrijpende dwangmiddelen die het bestuur binnen het raam van de wet ter beschikking staan, zoals het maanden- of zelfs jarenlang opsluiten van mensen in hokken – geen enkele instantie extern verantwoordelijk lijkt te zijn.

Men mag immers niet zeggen dat de verantwoordelijkheid ervoor door de rechter is 'overgenomen', want deze is, zoals we in § 2 zagen, voor zijn belastende beslissingen aan niemand verantwoording verschuldigd.

Waarschijnlijk zijn er zowel voor de rechters als voor de Officier van Justitie en de overige onderdelen van het strafrechtsapparaat aan de totstandgekomen rolverdeling nog wel andere

voordelen verbonden. Er is daarnaar echter tot nog toe in Nederland geen onderzoek ingesteld.

§ 5.3 Houding tegenover en denkbeelden omtrent het strafrechtssysteem

Voor een verklaring van (het voortbestaan van) het beeld van de rechter als een straffende, voor de toepassing van de met zijn machtiging gebezigde dwangmiddelen uiteindelijk 'verantwoordelijke' figuur dient mede te worden gelet op de houding en denkbeelden van de mensen in Nederland met betrekking tot het strafrechtssysteem.

In verband hiermee kan men zich in de eerste plaats afvragen, wat degenen die dit beeld van de rechter hanteren of propageren – zoals bijv. Enschedé, als hij de rechter "uiteindelijk voor de sanctievorm verantwoordelijk" noemt (Enschedé 1966 pag. 507) – daarbij bedoelen met de term 'verantwoordelijk'. We hebben immers gezien, dat de rechter in Nederland aan niemand verantwoording verschuldigd is voor zijn belastende beslissingen.

'Verantwoording verschuldigd' correspondeert met één van de betekenissen van 'verantwoordelijk', en slaat – indien gebezigd met betrekking tot de bezetter van een ambtelijke positie binnen een staatsorganisatie als de tegenwoordige Nederlandse – op een eis, aan de bezetter van die positie – dus bijv. aan a – gesteld, om aan de bezetter van een bepaalde andere positie binnen de staatsorganisatie – dus bijv. aan b – op diens verzoek, of op gezette tijden, rekenschap te geven van wat hij heeft gedaan met bepaalde schaarse middelen die hem in zijn positie ter beschikking zijn gesteld om daarmee een aantal min of meer bepaalde doelen te verwezenlijken; waarbij ten aanzien van b de eis wordt gesteld, dat hij een natuurlijke persoon dient te zijn, maar niet de Koning, als die er is, of a zelf.

Naast deze betekenis, die tegenwoordig de 'normale' is als men bezetters van ambtelijke posities in een staatsorganisatie als de Nederlandse 'verantwoordelijk' noemt, heeft 'verantwoordelijk' andere betekenissen, vaak daterend uit vervlogen tijden. Zo werden vroeger de bezetters van sommige ambtelijke posities binnen een staatsorganisatie wel 'verantwoordelijk jegens God' genoemd, of 'verantwoordelijk jegens hun geweten'.

Als het daarbij om een exclusieve 'verantwoordelijkheid' ging, dus als aan de bezetter van zo'n positie niet *tevens* de eis werd gesteld van verantwoording jegens een natuurlijke persoon, had deze in feite een ongecontroleerde macht over de hem in zijn positie ter beschikking gestelde 'middelen', althans volgens hedendaagse begrippen, die afgestemd zijn op een geseculariseerde staat, en waarin de ervaring meespeelt, dat met een beroep op 'God' of 'het geweten' de meest tegenstrijdige uitlatingen volgehouden en de meest uiteenlopende gedragsalternatieven gekozen kunnen worden.

Als men de hedendaagse Nederlandse rechters 'uiteindelijk verantwoordelijk' noemt voor 'de sanctievorming', gebruikt men de term 'verantwoordelijk' in één van die oude betekenissen, en dan nog in de zin van 'exclusief verantwoordelijk'. Hierbij valt op te merken, dat '(exclusief) verantwoordelijk', aldus gebezigd, eigenlijk *het tegendeel* aanduidt van 'verantwoordelijk' in zijn 'normale' betekenis. Bedoelt men met 'verantwoordelijk' in de 'normale' betekenis, gebruikt met betrekking tot de bezetter van een ambtelijke positie, dat aan hem de eis wordt gesteld, zich jegens tenminste één andere natuurlijke persoon te verantwoorden, de term '(exclusief) verantwoordelijk' in zo'n oudere betekenis houdt juist de ontkenning in van die eis.

Deze dubbelzinnigheid maakt deze term uiteraard zeer geliefd bij sommige lieden binnen de staatsorganisatie die betrokken zijn bij de verdeling van beslissingsbevoegdheden over de verschillende onderdelen van die organisatie. Belinfante wijst er bijvoorbeeld op, dat de beslissing om de bevoegdheid, op een beroep tegen een besluit van de administratie te beslissen, niet aan een rechter, maar aan een orgaan binnen de administratie toe te kennen, nogal eens verdedigd wordt met de stelling, "dat een onafhankelijke rechter nooit over de beleidsvragen zou kunnen oordelen, omdat niet hij maar de administratie voor dit beleid verantwoordelijk is". Hij stelt de vraag, "wat die eigen verantwoordelijkheid van de administratie voor in beroep genomen beslissingen nu beduidt", waarbij hij bijvoorbeeld wijst op het geval van gedeputeerde staten, optredende als beroepsorgaan. Hij zegt daarover:

"Zij zijn over hun optreden bij de beslissing van geschillen juist geen verantwoording schuldig aan de provinciale staten (art. 113 lid 4 Provinciewet) [...] Wat de 'eigen bestuursverantwoordelijkheid' betekent van een orgaan dat oordeelt over de belangen van een gemeente die het niet bestuurt, en dat aan niemand verantwoording schuldig is, is niet heel helder. De term 'verantwoordelijkheid' wordt hier niet of slechts ten dele gebruikt in de werkelijke betekenis van: verantwoordingsplicht, maar meer of minder in dezelfde zin als: typisch eigen taak van het bestuur, die het niet graag uit handen geeft." (Belinfante 1969 pag 89–90)

Door zijn dubbelzinnigheid kan de term 'verantwoordelijk' verhullen, dat er besluiten genomen of anderszins activiteiten ondernomen worden, zonder dat iemand daarover aan iemand anders verantwoording hoeft af te leggen. We zagen boven, dat de rolverdeling tussen de rechter en de Officier van Justitie ertoe leidt, dat voor de toepassing van dwangmiddelen door het strafrechtsapparaat, voor zover deze met machtiging van de rechter plaatsvindt, niemand jegens iemand verantwoordelijk lijkt te zijn.

Dat deze merkwaardige toestand tot op vandaag voortbe staat, hangt natuurlijk niet alleen samen met de manier waarop (voorzittende) rechters en officieren van justitie onderling hun rollen hebben verdeeld. Een heel belangrijke factor vormen daarbij de reacties van de mensen in Nederland, binnen en buiten de Nederlandse staatsorganisatie, op wat er gebeurt. Als er binnen de staatsorganisatie niemand antwoord lijkt te hoeven geven op vragen over die dwanguitoefening, dan komt dat mede doordat er niemand binnen die organisatie – bijvoorbeeld onder de leden van het parlement – de positie van vragensteller aanwezig acht of ambieert. Zonder vragen geen antwoorden.

Dat wil niet zeggen dat niemand de *behoefte* aan het stellen van vragen bij zich voelt opkomen. Zeker bij mensen buiten de staatsorganisatie zal die behoefte vrij geregeld rijzen.

Dat die behoefte niet tot een vraag leidt, kan samenhangen met verschillende factoren,

1) Het kan zijn dat die behoefte het aflegt in haar strijd met andere behoeften, bijvoorbeeld de behoefte om zich niet kenbaar te maken als iemand die zich druk maakt over mensen die 'van hogerhand' als 'misdadigers' zijn gekwalificeerd; men wenst zijn positie als lid van de Gemeenschap (Gutter 1969 pag. 153 e.v.) niet in gevaar te brengen: "elk heeft zijne betrekkingen, dien hij ontziet, inzonderheid zo de klachte valt teegen de Rechtbank van deze of geene Stad, Plaats of Heer van aanzien", aldus – in 1792 - Voorda (Voorda 1792 pag. 184).

Het kan zijn dat men meent, alleen te staan met zijn behoefte: niemand anders lijkt dezelfde behoefte te voelen; een groepsvraag ontwikkelt zich op dit terrein moeilijk.

Wil de vraag feitelijk en begrijpelijk worden gesteld, dan is daarvoor de medewerking van juristen nodig, die de opgekomen bezwaren kunnen verwoorden en ter kennis kunnen brengen van die instantie binnen de staatsorganisatie, waar ze thuis horen. Maar we hebben gezien, hoezeer aan juristen bij hun opleiding het beeld van de 'straffende rechter' wordt bijgebracht. Al hun handboeken gaan uit van het idee, dat de rechter 'uiteindelijk verantwoordelijk' is voor de door het strafrechtsapparaat met zijn machtiging ondernomen dwanguitoefening. En de rechter is nu eenmaal geen verantwoording schuldig. Als ze al bereid zijn om de vrees voor schade aan hun 'betrekkingen' – zoals Voorda die in zijn onder 1) geciteerde uitlating aan 'practizijns' toeschreef – te overwinnen, zullen ze de vraag bij gebrek aan een adres dus onuitgesproken of ongeschreven laten.

Aangehaalde literatuur

- | | |
|---------------------|--|
| Belinfante 1969 | A. D. Belinfante, "Kort Begrip van het Administratief Recht", Alphen a. d. Rijn, 1969. |
| van Bemmelen 1957 | J. M. van Bemmelen, "Strafvordering. Leerboek van het Nederlandse Strafprocesrecht", Den Haag, 1957. |
| van Bemmelen 1968 | J. M. van Bemmelen, "Ons Strafrecht", Deel I, Haarlem 1968. |
| van Binsbergen 1976 | W.C. van Binsbergen, "Inleiding strafrecht", Zwolle, 1976. |
| Blok 1884 | P. J. Blok, "Leidsche rechtsbronnen uit de middeleeuwen", Den Haag, 1884. |
| Coopmans 1970 | J. P. A. Coopmans, "Vrijheid en gebondenheid van de rechter voor de codificatie", Deventer, 1970. |
| Drenth 1939 | J. H. Drenth, "Bijdrage tot de kennis der historische ontwikkeling van het accusatoire tot het inquisitoire strafproces", Amsterdam, 1939. |
| Duisterwinkel 1965 | G. Duisterwinkel, "Enige facetten van de taak van het Openbaar Ministerie naar Nederlands Recht", Deventer, 1965. |
| Enschedé 1966 | Ch. J. Enschedé "Bewijzen in het strafrecht", Rechtsgeleerd Magazijn Themis 1966, pag. 488-518. |
| Enschedé 1969 | Ch. J. Enschedé, Annotatie bij het arrest van de Hoge Raad van 24 juli 1967, Nederlandse Jurisprudentie 1969 nr. 63. |
| Feber 1970 | G. H. A. Feber, "Afscheidsrede", Nederlands Juristenblad 1970 pag. 410-414 |
| Fredericq 1896 | P. Fredericq, "Corpus documentorum Inquisitionis haereticae |

- pravitatis Neerlandicae." Deel II, Gent, 1896.
- Fruin 1922 R.Fruin, "Geschiedenis der staatsinstellingen in Nederland tot de val van de Republiek", Den Haag, 1922.
- Gutter 1969 C. Gutter, "Ons strafrecht. Verkenning van een achtergebleven gebied." In C. Boef e.a., red., "Mooi rood is niet lelijk", Rotterdam, 1969.
- Hazewinkel–Suringa 1968 D. Hazewinkel–Suringa, "Inleiding tot de studie van het Nederlandse strafrecht", Haarlem, 1968.
- Hulsman 1972 L.H.Ch. Hulsman, "Syllabus Strafrecht 1972–1 973", Faculteit der Rechtsgeleerdheid van de Nederlandse Economische Hogeschool, Rotterdam, 1972.
- Kunst 1969 A. J. K. Kunst, "Historische ontwikkeling van het recht", Zwolle, 1969.
- Matthijssen 1420 Jan Matthijssen, "Het Rechtsboek van Den Briel." Oude Vaderlandsche Rechtsbronnen, Eerste Reeks no. 1, Den Haag, 1880.
- de Monté Verloren 1942 J. P. de Monté Verloren, "Geschiedenis der Nederlandse Rechtswetenschap", deel II, afl. II, Amsterdam, 1942.
- de Monté Verloren 1961 J. P. de Monté Verloren, "Hoofdlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling." Utrecht, 1961.
- Montesquieu 1748 Montesquieu, "De l'esprit des lois." 1748.
- Overbeek 1964 W. H. Overbeek, "Dienen de Strafrechtelijke bepalingen betreffende psychisch gestoorden te worden gewijzigd?" Handelingen der Nederlandse Juristen-Vereeniging 94 I, 1964.
- Peters 1966 A. A. G.Peters, "Opzet en Schuld in het Strafrecht" Deventer 1966.
- Querido 1939 A. Querido, "Krankzinnigenrecht", Haarlem, 1939.
- s'Jacob 1936 P. s'Jacob, "Geschiedenis Theorie en Praktijk van art. 74 Wetboek van Strafrecht", Den Haag 1936.
- Spruit 1972 J. P. de Monté Verloren, "Hoofdlijnen uit de ontwikkeling der rechterlijke organisatie in de Noordelijke Nederlanden tot de Bataafse omwenteling." 5^e druk, bewerkt door J. E. Spruit, Deventer, 1972.
- Veegens 1965 D. J. Veegens, Annotatie bij het arrest van de Hoge Raad van

15 april 1965, Nederlandse Jurisprudentie 1965 nummer 331.

Voorda 1792

B. Voorda, “Verhandeling over het verstand van de Ordonnantie van koning Philips, van den IX July MDLXX, op den styl der crimineele proceduren”, Leiden, 1792.

Vrij 1956

M.P. Vrij, “Verzameling uit zijn geschriften”, Zwolle, 1956.