



University Medical Center Groningen

University of Groningen

Partijautonomie of materiële waarheid?

Asser, W.D.H.; Damen, L.J.A.; Knigge, G.

Published in:
Default journal

IMPORTANT NOTE: You are advised to consult the publisher's version (publisher's PDF) if you wish to cite from it. Please check the document version below.

Document Version
Publisher's PDF, also known as Version of record

Publication date:
2006

[Link to publication in University of Groningen/UMCG research database](#)

Citation for published version (APA):

Asser, W. D. H., Damen, L. J. A., & Knigge, G. (2006). Partijautonomie of materiële waarheid? bijdragen afscheidssymposium G. Knigge d.d. 15 september 2005. Default journal.

Copyright

Other than for strictly personal use, it is not permitted to download or to forward/distribute the text or part of it without the consent of the author(s) and/or copyright holder(s), unless the work is under an open content license (like Creative Commons).

Take-down policy

If you believe that this document breaches copyright please contact us providing details, and we will remove access to the work immediately and investigate your claim.

Downloaded from the University of Groningen/UMCG research database (Pure): <http://www.rug.nl/research/portal>. For technical reasons the number of authors shown on this cover page is limited to 10 maximum.

Partijautonomie of materiële waarheid?

Partijautonomie of materiële waarheid?

Bijdragen afscheidssymposium G. Knigge d.d. 15 september 2005

Prof. mr. W.D.H. Asser
Prof. mr. L.J.A. Damen
Prof. mr. G. Knigge

Dagvoorzitter: Prof. mr. H.E. Bröring

Redactie: Mr. N.J.M. Kwakman

Boom Juridische uitgevers
Den Haag
2006

© 2006 Redactie en auteurs / Boom Juridische uitgevers

Behoudens de in of krachtens de Auteurswet van 1912 gestelde uitzonderingen mag niets uit deze uitgave worden veelevoudigd, opgeslagen in een geautomatiseerd gegevensbestand, of openbaar gemaakt, in enige vorm of op enige wijze, hetzij elektronisch, mechanisch, door fotokopieën, opnamen of enige andere manier, zonder voorafgaande schriftelijke toestemming van de uitgever.

Voorzover het maken van reprografische veelevoudigingen uit deze uitgave is toegestaan op grond van artikel 16h Auteurswet 1912 dient men de daarvoor wettelijk verschuldigde vergoedingen te voldoen aan de Stichting Reprorecht (Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, www.reprorecht.nl). Voor het overnemen van (een)gedeelte(n) uit deze uitgave in bloemlezingen, readers en andere compilatiewerken (art. 16 Auteurswet 1912) kan men zich wenden tot de Stichting PRO (Stichting Publicatie- en Reproductierechten Organisatie, Postbus 3060, 2130 KB Hoofddorp, ww.cedar.nl/pro).

No part of this book may be reproduced in any form, by print, photoprint, microfilm or any other means without written permission from the publisher.

ISBN-10 90 5454 725 1

ISBN-13 978 5454 725 9

NUR 820

www.bju.nl

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord	7
Openingswoord van de dagvoorzitter	11
Factfinding in het civiele proces: een andere invalshoek <i>W.D.H. Asser</i>	15
De bestuursrechter. Van materiële waarheidsvinder naar marginaal toetsende achteroverleuner? <i>L.J.A. Damen</i>	21
De schijn van waarheid <i>G. Knigge</i>	33
Reeds verschenen in de CRBS-reeks	45

VOORWOORD

N.J.M. Kwakman

Op 1 juni 2005 heeft Geert Knigge, hoogleraar straf(proces)recht, afscheid genomen van de rechtenfaculteit van de RuG, waaraan hij bijna 30 jaar verbonden is geweest. Per die datum bekleedt hij de functie van advocaat-generaal bij de Hoge Raad.

Ter gelegenheid van zijn afscheid was er op 15 september 2005 een afscheidssymposium georganiseerd, met als titel: 'Partijautonomie of materiële waarheid?'

Dit bundeltje bevat de bijdragen van drie hoogleraren aan dit symposium:

- Prof. mr. W.D.H. Asser, destijds hoogleraar civiel recht aan de universiteit van Leiden (inmiddels raadsheer bij de Hoge Raad) en medeauteur van het rapport 'Een nieuwe Balans';
- Prof. mr. L.J.A. Damen, hoogleraar bestuursrecht en tevens decaan van de faculteit Rechtsgeleerdheid aan de RuG;
- Prof. mr. G. Knigge zelf.

Tevens is het welkomstwoord van de dagvoorzitter, prof. mr. H.E. Bröring (wetenschappelijk directeur van de facultaire onderzoeksschool, het CRBS), in dit bundeltje opgenomen.

Geert Knigge heeft zelf de voorkeur uitgesproken voor een symposium (in plaats van een afscheidscollege) en heeft ook het onderwerp gekozen. Hij heeft daarmee aangegeven voort te willen borduren op thema's die de kern vormen van het (nieuwe) vakgroepoverstijgende onderzoeksprogramma van de CRBS-themagroep Geschilbeslechting.¹ Geert Knigge heeft daar jarenlang deel van uitgemaakt, als 'kerndocent' en als voorzitter. Met zijn keuze voor het onderwerp heeft hij zijn affiniteit met deze themagroep tot uitdrukking willen brengen en heeft hij willen benadrukken dat hij veel belang hecht aan rechtsgebied-overstijgend onderzoek, onderwijs en andere wetenschappelijke activiteiten.

Het onderzoeksprogramma van de themagroep Geschilbeslechting, dat overigens ook aan de basis heeft gelegen van het onderzoeksmastervak Geschilbeslechting, heeft als titel meegekregen: 'Kwaliteit van geschilbeslechting in horizontale en verticale rechtsbetrekkingen'. De kwaliteit van juridische vormen van geschilbeslechting zit hem vooral – dat zal duidelijk zijn – in de rechtsbescherming die wordt geboden aan justitiabelen bij het oplossen van geschillen met medeburgers of met de overheid. Echter, die rechtsbescherming staat niet op zichzelf. Allerlei andere maatschappelijke waarden en belangen, zoals bijvoorbeeld het belang van een effectieve en efficiënte inzet van overheidsmiddelen, zijn medebepalend voor wat als de contouren van 'optimale rechtsbescherming' kan worden beschouwd. De vraag is echter wel of deze

¹ Te vinden op: <http://rechten.eldoc.ub.rug.nl/departments/CRBS/Geschilbeslechting>.

optimale rechtsbescherming, opgevat als het resultaat van een rechtens ‘voorgestructureerde’ afweging van alle betrokken individuele en algemene belangen, niet te zeer wordt ingeperkt door – voor de verschillende rechtsgebieden kenmerkende – systeemfactoren. Systeemfactoren die wel alles te maken hebben met die ‘voorstructurering’, maar die met werkelijke belangenafweging soms weinig meer van doen lijken te hebben.

Deze vraagstelling is in dit symposium toegespitst op de vraag welke rol de ‘materiële waarheidsvinding’, respectievelijk de ‘partijautonomie’, spelen, of zouden moeten spelen, met het oog op die ‘optimale rechtsbescherming’. Dat alles in het licht van de zo-even bedoelde systeemeigen factoren, die elk van de rechtsgebieden kenmerken.

Op de uitnodiging voor het symposium is dat als volgt toegelicht:

‘In het strafproces wordt gezocht naar de materiële waarheid, dat wil zeggen naar dat wat er werkelijk is gebeurd. Die materiële waarheid dient de uitkomst van het geding te bepalen.

Toch speelt ook de procesopstelling van de verdachte een rol. De verdachte kan bijvoorbeeld in hoger beroep gaan, maar als hij dat niet doet blijft de (misschien ten onrechte gegeven) veroordeling in stand. Dat is dan, zou men kunnen zeggen, zijn eigen schuld. De verdachte kiest er in elk geval zelf voor. In die keuze vindt het onherroepelijk worden van de uitspraak zijn rechtvaardiging.

Iets dergelijks doet zich ook voor op het terrein van het civiele recht en het bestuursrecht. Ook daar kan de vraag worden gesteld of de uitkomst van het proces haar rechtvaardiging vooral vindt in de onderliggende materiële rechtsverhouding, dan wel mede in de opstelling van de procespartijen.

Kortom: hoe verhoudt de partijautonomie zich tot de materiële waarheid? Wat zijn in dit opzicht de overeenkomsten en verschillen tussen het civiele proces, het bestuursproces en het strafproces? Hoe kunnen de verschillen worden verklaard?’

De drie inleiders hebben deze vraagstelling elk vanuit hun eigen rechtsgebied benaderd. De bijdragen spreken voor zich en behoeven nauwelijks introductie. Overigens zal blijken dat de bijdragen niet alleen qua inhoud, maar ook qua vorm onderling sterk verschillen. Zo bestaat de bijdrage van Asser uit een aantal puntsgewijs opgesomde aandachtspunten die in zijn betoog aan de orde zijn geweest. De telegramstijl van het stuk maakt het misschien wat lastig – maar met name voor liefhebbers van moderne poëzie zeker niet ondoenlijk – om de portee van het verhaal te ontdekken. Maar als dat eenmaal is gelukt, blijkt de benadering van Asser zeer interessante gezichtspunten op te leveren. De bijdragen van Knigge en Damen vormen daarentegen een min of meer letterlijke weergave van de gesproken tekst, hier en daar aangevuld met een verhelderend nootje. Wat hun bijdragen betreft, zal de lezer tot de conclusie komen: Knigge en Damen ten voeten uit. Elk heeft er op zijn eigen wijze weer een ‘juweeltje’ van gemaakt. Het verschil in stijl en opzet staat er overigens allerminst aan in de weg – en heeft er zelfs toe bijgedragen – dat de gezamenlijke bijdragen een mooi en evenwichtig beeld vormen van hoe er in de drie rechtsgebieden wordt (of kan worden) aangekeken tegen de verhouding tussen de materiële waarheidsvinding en de partijautonomie. Dat alles in het licht van de vraag welke – al dan niet

gemeenschappelijke – factoren de contouren (behoren te) bepalen van de ‘optimale rechtsbescherming’ die de justitiabelen kan worden geboden bij allerlei vormen van geschilbeslechting.

OPENINGSWOORD VAN DE DAGVOORZITTER

H.E. Bröring

Graag heet ik iedereen hartelijk welkom op dit symposium. In het bijzonder Marian en Geert Knigge, en de inleiders de heren Asser en Damen. Het is prettig om te zien dat zo velen aan de uitnodiging voor dit symposium gevolg hebben gegeven. Niet alleen de mensen van de vakgroep Strafrecht en Criminologie en andere naaste collega's. Want de wetenschap in meer brede zin en de rechtspraak zijn sterk vertegenwoordigd. Het zal Marian en Geert bovendien deugd doen dat studenten van de onderzoeksmaster dit symposium met hun aanwezigheid opluisteren. Nogmaals hartelijk welkom allemaal.

De aanleiding voor dit symposium stemt gezien het vertrek van Geert Knigge bij de faculteit enerzijds, en zijn nieuwe functie van A-G bij de Hoge Raad anderzijds, tegelijkertijd zowel treurig als vrolijk. In dit opzicht is er niet één waarheid.

Een waarheid is wél dat de keuze voor het onderwerp van dit afscheidssymposium nog niet zo eenvoudig was. Geert Knigge heeft zich als wetenschapper met vrijwel alle aspecten van het strafrecht en het strafprocesrecht beziggehouden, zodat voor dit symposium diverse onderwerpen in beeld zijn gekomen. Ook als lid van het vakgroepvoetbalteam FC De Vergelding blijkt Geert op alle posities even inzetbaar en fanatiek, zodat dit evenmin tot selectiviteit leidde. Al hadden we hierin natuurlijk aanleiding kunnen vinden om het vandaag over de strafdoelen te hebben.

Komen we nog wat dichter bij de persoon van Geert, dan hadden zijn karakter en rol als wetenschapper voorwerp van studie kunnen zijn. Dan hadden we beslist óók een interessante middag gekregen. Maar dit thema komt te vroeg. Alleen al omdat het een waarheid als een koe is, dat Geert ons niet verlaat om redenen van seniorenproblematiek. In tegendeel, want voor Geert geldt wat gelukkig van meerdere wat oudere hoogleraren kan worden gezegd: Het zijn jongens in een mannenlichaam. Of iets dergelijks eveneens voor de andere sekse opgaat, moet ik maar in het midden laten. Ik geloof dat ik dit héle onderwerp maar even moet laten rusten.

Volstaan kan worden met de opmerking dat de waarheid, waar het in de wetenschap om te doen is, frisse en lenige geesten vergt, en dat we ons daarom gelukkig prijzen dat de heren Asser en Damen en Geert Knigge zelf vandaag het woord willen voeren.

Hoewel zich voor dit afscheidssymposium dus vele onderwerpen aandienden, komt het gekozen onderwerp niet uit de lucht vallen. Geert Knigge heeft een bijzondere belangstelling voor onderwerpen die op het snijvlak van meerdere

rechtsgebieden liggen. Integrale rechtsbeoefening is hem aan het hart gebakken. In dit verband is zijn enthousiaste optreden, jarenlang, als voorzitter van de themagroep Geschilbeslechting van de facultaire onderzoekschool CRBS tekenend. Onze onderzoekschool stelt zich de bevordering van rechtsgebied-overstijgend onderzoek ten doel. Dankzij de inspanningen van Geert is de onderzoeksgroep Geschilbeslechting heel succesvol geweest, getuige congressen en andersoortige bijeenkomsten over bijvoorbeeld tijdige geschilbeslechting of het bewijsrecht.

De waarheid gaat het gehele recht aan. Intussen is de verhouding tussen recht en waarheid moeizaam. Onder meer omdat het recht uiteenlopende waarheden kent. Soms wordt de waarheid in het belang van het recht geweld aangedaan. Denk aan de grote leugen in het oude echtscheidingsrecht. Andere ficties zijn meer omstreden. Een biologisch ei is een ei van een niet opgehokte kip, zou je denken. Maar de wetgever zit er niet mee om ook een ei van een opgehokte kip als een biologisch ei te kwalificeren. Dat komt de geloofwaardigheid van het recht niet ten goede. Hoe ver kan het recht gaan? Kunnen de kippen op het recht rekenen? Kunnen de mensen op het recht rekenen? Of is de zuivere waarheid dat lawyers liars zijn?

We kunnen dit onderwerp, recht en waarheid, vandaag niet in volle omvang behandelen. We beperken ons tot het procesrecht. Het gaat over partijautonomie en materiële waarheid. De titel van het symposium suggereert zelfs een tegenstelling: partijautonomie òf materiële waarheid. Het is een belangrijk én actueel onderwerp.

Belangrijk, onder meer omdat het vertrouwen van de burger in overheid en recht in geding is. Dat vertrouwen is de laatste decennia afgenomen, daargelaten een kleine opleving in Nederland de afgelopen paar jaar. Weliswaar blijkt uit nationaal en Europees onderzoek dat dit vertrouwen sterk wordt bepaald door incidenten. De moord op Olaf Palme deed in Zweden, de zaak Dutroux en meer specifiek de affaire van het rechterlijke bord spaghetti deden in België het vertrouwen in overheid en recht gigantisch dalen. In Nederland lijkt een behoorlijke meerderheid van de bevolking, ongeveer 70%, vertrouwen in overheid en recht te hebben. Maar van de kijkers naar Barend en Van Dorp op Talpa had een week geleden slechts 17% vertrouwen in de rechtspraak. Dit blijktens een enquête naar aanleiding van de zaak van de Schiedamse parkmoord.

Het actuele karakter van het onderwerp van vandaag is met deze kwestie van de moord in het Schiedamse Beatrixpark evident. Vandaag houdt de Tweede Kamer een spoeddebat over de kwestie. Toen ik deze inleiding maandagavond met de radio op Met het oog op morgen voorbereidde, kon ik simultaan letterlijk met de radio meetypen: 'De rechter is verantwoordelijk voor de waarheidsvinding.' Hoe zit het met die rechterlijke verantwoordelijkheid? Is de zaak van de Schiedamse parkmoord een incident, of getuigt zij van een meer structurele problematiek? Bestaat het OM uit crime fighters à la Law and Order, die het met de waarheidsvinding niet altijd zo nauw nemen? Hebben rechtbank en hof steken

laten vallen die een uiting zijn van een meer algemene houding van de strafrechter ten aanzien van de materiële waarheid? Of betreft de Schiedamse zaak een ongelukkige samenloop van uitzonderlijke omstandigheden?

Incident of structuurfout? Rechtswetenschappers proberen het incidentele en anekdotische te overstijgen. Juist in dat perspectief kan ook aandacht voor ontwikkelingen op andere rechtsgebieden interessant zijn.

Het nieuwe burgerlijk procesrecht trekt in dit kader bijzondere aandacht vanwege de daar ingevoerde substantiërings- en bewijsaandragplicht, en de waarheidsbepaling van artikel 21 Rv: 'Partijen zijn verplicht van belang zijnde feiten volledig en naar waarheid aan te voeren. Wordt deze verplichting niet nageleefd, dan kan de rechter daaruit de gevolgtrekking maken die hij geraden acht.' Is dit in het licht van de partijautonomie en het partijbelang geen perverse bepaling? Is ze niet fake, gelet op de devolutieve werking van het hoger beroep?

Ook het huidige bestuursprocesrecht trekt in dit kader bijzondere aandacht, vanwege allerlei gronden- en bewijsfuiken. Hoezo actieve bestuursrechter? Hoezo ongelijkheidscompensatie? Het kan verkeren. Tien jaar terug leerden we onze studenten nog dat de bestuursrechter, in tegenstelling tot de burgerlijke rechter, een actieve rechter is, gericht op het vinden van de materiële waarheid.

Het zal Marian en Geert als echte Stadgers vreugdevol stemmen dat de suikerfabriek sinds vorige week weer heerlijk herfstig geurt. Ik herinner mij een beroepschrift, begin jaren tachtig, tegen een aan deze fabriek verleende Hinderwet- en Luvo-vergunning. De motivering van dat beroepschrift, afkomstig van een mevrouw uit Vinkhuizen, bestond uit slechts twee woorden: 'Sukkerfabriek stinkt.' Voor de Kroon was dat aanleiding om de feiten en omstandigheden integraal te onderzoeken, en de vergunning in al haar onderdelen te toetsen. De tijden zijn veranderd. Tegenwoordig hamer ik erop dat het in het beroepschrift in de eerste plaats aankomt op de feiten, in de tweede plaats op de feiten, en in de derde plaats op de feiten. Da mihi facta, dabo tibi ius. Wat zit achter die fundamentele verandering op het punt van de waarheidsvinding? Is het een goede ontwikkeling?

Vanuit het CRBS, het Centrum voor Recht, Bestuur en Samenleving, zijn we sterk geïnteresseerd in de achterliggende redenen, de rechtspraktijk en hun betekenis voor, onder andere, het vertrouwen in de rechter, de overheid en het recht. Is het managementdenken te zeer de boventoon gaan voeren, is de outputfinanciering doorgeschoten?

Zaterdagavond had ik het aangename bezoek van iemand uit de rechtspraktijk, die mij het verhaal vertelde van de concurrerende agenda's: die van de justitiabele die 'his day in court' wil hebben, die van de advocaat die een stevig betoog wil afsteken om aan te tonen dat hij zijn declaratie waard is, en die van de rechter die vaak al lang weet wat het dictum moet zijn, en graag gauw naar de volgende zaak wil overstappen. Hoe met deze uiteenlopende agenda's om te gaan? Heeft de waarheidsvinding onder de productiedruk te lijden? Bestaat er een 'nieuwe

burger', die mag en moet worden afgerekend op zijn procedeergedrag? Omdat aangenomen kan worden dat hij zijn partijautonomie voldoende kan waarmaken? Wat is de rol van de rechter in deze?

We zijn zeer benieuwd naar de inleidingen. Allereerst geef ik graag het woord aan de heer Asser, volgens de aankondiging van dit symposium hoogleraar civielrecht aan de Universiteit van Leiden, maar straks werkzaam bij de Hoge Raad. Wij zijn verguld dat u hier een inleiding wilt houden. Want u bent op het onderhavige terrein uiterst deskundig. Niet alleen bent u medeauteur van het belangrijke rapport Naar een nieuwe balans. Begin jaren negentig hebt u voor de Nederlandse Vereniging van Procesrecht een preadvies speciaal over waarheidsvinding in burgerlijke zaken geschreven. En ook later hebt u veel over dit onderwerp gepubliceerd. Mag ik u uitnodigen achter dit katheders plaats te nemen.

FACTFINDING IN HET CIVIELE PROCES: EEN ANDERE INVALSHOEK

W.D.H. Asser

In deze bijdrage ga ik in op:

- (a) de waarheid;
- (b) feiten en recht;
- (c) het proces;
- (d) de beslissing.

(A) DE WAARHEID

De waarheid: bestaat zij? Denk aan het verkeersongeval dat niemand heeft gezien, de contractsonderhandelingen die mislopen en waarover verschillende meningen bestaan, het concubinaatsverweer van artikel 1:160 BW waartoe van belang zijn een duurzame samenleving, een mogelijk gezinsverband, een gemeenschappelijke slaapkamer, een economische eenheid, wederzijdse verzorging. Daarover kunnen heftige meningsverschillen zich openbaren.

Partijen hebben zo hun eigen verhalen. Feiten zijn verhalen, betogen. 'De' waarheid bestaat niet. Iedere partij heeft haar eigen waarheid en de rechter die zijn vonnis wijst heeft ook zijn eigen waarheid, die dan als de aan partijen opgelegde, tussen hen bindende waarheid gaat gelden.

(B) FEITEN EN RECHT

Wat verstaan wij onder recht? Normen, regels, regeltjes, het (maatschappelijk) behoren, maar ook het fatsoen?

De verhouding tussen feit en recht is altijd problematisch in het recht. Het is een kip of ei verhaal. Iedereen wil graag dat het recht er eerst was en dan het feit.

De verhouding tussen partijautonomie of materiële waarheid is niet alleen een vraag van taakverdeling tussen rechter en partijen, een vraag van de verhouding tussen rechter en partijen.

Zij is ook een vraag van rechtsvinding. De vraag – de tegenstelling is twijfelachtig – problematiseert immers de waarheidsvinding. En de waarheidsvinding is een onderdeel van rechtsvinding omdat de toepassing van rechtsregels op de feiten die zijn gebleken, ook steeds rechtschepping inhoudt: tussen de partijen doet de rechter een bindende uitspraak en stelt hij vast wat tussen hen rechtens geldt.

De rechtsvindingstheorie breekt zich dan ook steeds het hoofd over het probleem van de verhouding recht en feit.

En wat ik nu wil beklemtonen, is dat deze verhouding ook mede beslissend is voor de beantwoording van de processuele vraag naar de taakverdeling tussen rechter en partijen op het terrein van de feiten. Hoe meer men de feiten ziet als een element van de rechtstoepassing, des te meer komt het accent bij de factfinding op de sturende en zijn beslissing voorbereidende rechter te liggen. Maar ziet men de feiten vooral als de verhalen van de partijen die een geschil hebben dat beëindigd moet worden, dan staat de rechtstoepassing niet noodzakelijkerwijs op de eerste plaats en gaat het om het vinden een gemeenschappelijke feitelijke bodem om er uit te komen.

(C) HET PROCES

(A) ALGEMEEN

Bij een conflict bestaan grosso modo vier mogelijkheden om dat te beëindigen:

- het verdwijnen van de (of één van de) partijen;
- het niets doen: het laat maar zitten model (50%);
- schikkingsonderhandelingen;
- beslissing door een derde.

Ik ga nu in op de laatste twee facetten.

(I) ONDERHANDELEN

Partijen hebben ieder hun eigen verhaal, ze wisselen die verhalen uit. Informatie is een mengsel van ‘harde’ gegevens feiten – cijfers, brieven etc. – en interpretaties en opinies, gevoelens: vertrouwen dat is geschokt, wantrouwen, teleurstelling, betere mogelijkheden elders. Het eigen gedrag wordt gerechtvaardigd door: belangen en (vermeende) regels van behoren, fatsoen en recht.

De oplossing van het conflict kan worden gestimuleerd doordat partijen er uit willen komen, procesrisico’s en de met een proces gepaard gaande ‘nuisance value’ willen afkopen.

(II) BESLISSEN DOOR EEN DERDE

Moet een derde (rechter, arbiter, bindend adviseur) een beslissing geven dan gaan er andere vragen spelen:

- gaat de derde de knoop doorhakken?
- gaat de derde zijn intuïtie gebruiken?
- gaat de derde regels toepassen?

(B) HET CIVIELE PROCES

Het civiele proces is verbonden met een bepaalde vorm van conflictbeëindiging: de toepassing van het recht door de rechter. Het recht gaat uit van het syllogisme van de rechtsregel. Zie bijvoorbeeld het al genoemde concubinaatsverweer van artikel 1:160 BW: de partij die deze bepaling toegepast wil zien moet zorgen dat het samenleven als waren zij gehuwd wordt ingevuld met 'feiten en omstandigheden' die moeten komen vast te staan (bijvoorbeeld door ze te bewijzen). Het conflict tussen de partijen wordt geheel geperst in het korset van deze bepaling.

In het civiele proces openbaart zich dat het recht door de partijen wordt gebruikt als instrument om te krijgen wat elk van hen wil hebben. Het civiele proces biedt de mogelijkheden om door middel van het recht die wensen te realiseren.

Daarbij komt dat in heel veel gevallen de mensen vrij zijn om dat instrument al of niet te gebruiken. Je hoeft je belangen niet te beschermen.

Deze vrijheid en het instrumentele karakter van het recht geven aanleiding om in het civiele proces te spreken van partijautonomie.

Die partijautonomie versterkt het selectieve karakter van de factfinding, eerst door de partijen en vervolgens door de rechter, die niet zelf op zoek mag gaan naar relevante feiten maar zich moet beperken tot een selectie van wat elk van de partijen presenteert. En via regels van bewijslastverdeling beslist hij vervolgens welke feiten voor risico van welke partij komen, in de zin dat als die feiten niet komen vast te staan die partij daarvan het nadeel draagt (met name verlies van het proces).

Die selectieve benadering is op zichzelf niet verkeerd. Veel zaken zijn eenvoudig en moeten snel worden behandeld en beslist. De maatschappij heeft behoefte aan rechtspraak die doeltreffend omgaat met aanspraken. Recht- en titelverschaffing zijn belangrijke instrumenten om de rechtssubjecten een beetje bij de les te houden.

In zulke gevallen is de waarheidsvinding ook meestal niet problematisch en daarvoor hebben we dit symposium helemaal niet nodig.

Het recht wordt echter steeds opener en waar we over praten, wij juristen, zijn natuurlijk altijd de grensgevallen.

In de meer moeilijke gevallen die de rechter bereiken kunnen we het syllogisme beter even parkeren en uitgaan van het conflict.

Janet heeft al jaren vreselijke rugpijnen. Ze wijt dat aan een verkeersongeval waaraan Kees schuldig was. Ze wil genoegdoening. Haar advocaat stelt alles in het werk om schadevergoeding te krijgen voor die pijnen. Kees vindt dat belachelijk want zegt dat dit niets met het ongeval te maken heeft. Eindeloze procedures, deskundigen. De rechter hakt de knoop door: Kees moet betalen. Dan zegt Janet tegen de krant: ach ik zat helemaal niet op dat geld te wachten. Ik wil gewoon erkenning van mijn ellendige bestaan met al die pijnen.

Afgebroken onderhandelingen: allerlei juridisch gedoe, maar het ging er eigenlijk om dat de ene partij vond dat de ander niet meer te vertrouwen was. Hij wilde best een contract sluiten maar er was wantrouwen ontstaan. De rechter probeert er achter te komen waar dat wantrouwen op gebaseerd was en dat lukt. Partijen sluiten alsnog de overeenkomst.

We moeten het civiele proces en wat daaraan voorafgaat, zien in het kader van conflictbeëindiging.

Het gaat er dan om te onderkennen dat we beginnen met te verkeren in een onderhandelingspositie, de rechter inclusie, en dat de beslissing pas nodig is als onderhandelingen niet lukken. Bovendien willen we het recht niet meer zo instrumenteel zien, want we werken steeds meer met vage en ruime normen die de beslissing en de beoordeling van de verhalen (feiten) laten samenvallen.

Er moet ook 'recht' gedaan worden. De rechter wil daarom weten wat er eigenlijk aan de hand is. Hij is 'bemoeizuchtig' geworden. In het civiele proces zien we dan dat de rechter er steeds meer naar streeft de werkelijkheid op te sporen. Hij wil gegevens. Want hij wil schikken. Hij wil een rechtvaardige beslissing geven. Hij wil een resultaat dat recht doet aan de zaak, aan partijen. Daarvoor zit hij daar. En als het goed is, willen partijen zelf die gegevens ook van elkaar. Iedereen wil eigenlijk dat er iets uit de bus komt dat aansluit bij wat men onder de gegeven omstandigheden vindt behoren. De toepassing van rechtsregels is dan van secundair belang.

In deze situatie hebben we naar mijn mening niets meer aan partijautonomie als begrip.

Veel meer rijzen de vragen:

- wie houdt wat achter wat van belang kan zijn?
- hoe zijn de misverstanden ontstaan?
- wat zijn de achterliggende belangen en hoe kunnen we die tegen elkaar afwegen en er uit komen?

Informatieplichten van partijen worden daarom steeds belangrijker en de rechter wordt actiever. Maar de partijen behoren dat ook te worden.

Autonomie maakt plaats voor het rekening houden met de gerechtvaardigde belangen van de wederpartij, voor een gezamenlijke verantwoordelijkheid van alle betrokkenen om er voor te zorgen dat de verhalen duidelijk worden en dat de common ground wordt bereikt waarop een schikking of een rechtvaardige beslissing wordt bereikt.

Knopen doorhakken kan altijd nog, maar de knoop ontwarren verdient de voorkeur.

Van een op de toepassing van de ingeroepen rechtsregel gerichte selectie van feiten moet men toe naar een op de ontwarring van de knoop gerichte informatieuitwisseling.

Dat bevordert zowel *procedural* als *substantial fairness*: een behoorlijk proces.

(D) DE BESLISSING

En als er beslist wordt, komt men zo tot een meer faire beslissing, want nu dicteert de rechtstoepassing niet al a priori de selectie van feiten, maar komt zij in dienst te staan van de beëindiging van wat het eigenlijke conflict tussen de partijen is. En zo wordt dan ook op een betere manier recht gevormd. Door de open normen krijgt de civiele rechter ook steeds meer de kans het zo te vormen en te ontsnappen aan het keurslijf van het syllogisme en de strenge feiteselectie. Daarop moeten allen inspelen.

Waarheidsvinding is dus uiteindelijk rechtsvinding in de eigenlijke zin van het woord. En daarin zijn de partijen niet 'autonoom'.

DE BESTUURSRECHTER

VAN MATERIËLE WAARHEIDSVINDER NAAR MARGINAAL TOETSENDE ACHTEROVERLEUNER?

L.J.A. Damen

EENHEID EN VERSCHIEDENHEID

Het thema partijautonomie of materiële waarheid in het procesrecht, in het civiele procesrecht, in het bestuursprocesrecht en in het strafprocesrecht, is ook in het bestuursrecht actueel en interessant.

De organisatoren van het afscheidssymposium voor Geert Knigge veronderstellen dat er op dit punt overeenkomsten en verschillen bestaan tussen het strafproces, het civiele proces en het bestuursproces, en zijn benieuwd hoe de *verschillen* verklaard kunnen worden. Misschien is het nog wel interessanter om de eventuele *overeenkomsten* te verklaren, omdat het bij civiel recht, bestuursrecht en strafrecht gaat om drie sterk verschillende rechtsgebieden, ondanks alle tegenwoordig zo populaire verhalen over eenheid van recht.

We moeten er – ondanks alle mooie *stories* over wederkerigheid en horizontalisering¹ – vanuit gaan dat er een principieel verschil bestaat tussen enerzijds de partij bestuursorgaan, en anderzijds de partij burger. Dat principiële verschil heeft vanzelfsprekend ook gevolgen voor het bestuursprocesrecht.

WIE ZIJN BIJ DE BESTUURSRECHTER PARTIJEN?

Bij partijautonomie is gedacht aan de autonomie, de zelfstandigheid, de vrijheid van de procespartijen als het geschil al bij de rechter is aangeland, dus niet in de bestuurlijke voorfase, in de bezwaarfase. Wie zijn in de fase bij de bestuursrechter partijen? In het bestuursrechtelijke proces is altijd één van de partijen, die aan de kant van de overheid, een bestuursorgaan. Altijd ook is een van de partijen in het geding een burger.² Zijn er ook derde-belanghebbenden, dan zijn er meerdere burgerpartijen.

1. L.J.A. Damen, 'Helpt de Centrale Raad van Beroep Jan Splinter door de bestuursrechtelijke winter?', in: R.M. van Male e.a. (red.), Centrale Raad van Beroep 1903-2003, Den Haag: Sdu 2003, p. 243-260; L.J.A. Damen, 'Juridische kwaliteit: de burger centraal', in: M. Herweijer e.a. (red.), Alles in één keer goed, Deventer: Kluwer 2005, p. 13-32, beide met verdere verwijzingen.

2. In uitzonderingsgevallen betreft het niet een 'echte' burger, maar een bestuursorgaan of een rechtspersoon, ingesteld krachtens publiekrecht, zoals een gemeente.

VERZEKERING OF CONSTRUCTIE?

Eerst een voorbeeld. Zo'n tien jaar geleden hadden mijn collega's en ik in de premiekamer van de Centrale Raad van Beroep een geding over de vraag of een meneer een WW-uitkering moest krijgen. Daarbij was het de vraag of hij wel werknemer was, en dus wel verzekerd was ingevolge de sociale werknemersverzekeringswetten. Tot in hoger beroep had het uitvoeringsorgaan staande gehouden dat sprake was van een constructie met besloten vennootschappen om meneer aan een maximale uitkering te helpen, en dat door die constructie heen gekeken moest worden. Aan het begin van de zitting verklaarde de gemachtigde van het toenmalige GAK echter geheel onverwacht dat de stelling: 'meneer is niet verzekerd' niet langer werd gehandhaafd en dat meneer dus alsnog zijn – maximale – WW-uitkering kon komen ophalen. Op het eerste gezicht een verrassende opstelling, omdat als je denkt de zaak te verliezen, je net zo goed de uitspraak kunt afwachten. Anderzijds past het fraai in de hierna besproken volledige binding van het bestuur aan het recht die impliceert dat een bestuursorgaan een onverdedigbaar geacht standpunt laat varen.

In een geval als dit, waarin burger en bestuursorgaan het eens zijn, heeft de Centrale Raad van Beroep als vast beleid om niet meer naar de materiële waarheid te kijken, maar het hoger beroep simpelweg gegrond te verklaren, met bijkomende dicta zoals een proceskostenveroordeling etc. Weinig werk, zo'n uitspraak, goed voor de outputcijfers en die zijn tegenwoordig steeds belangrijker in de rechterlijke macht, óók in het bestuursrecht. Gelukkig liggen bij de Centrale Raad de concept-uitspraken niet al voor de zitting in het dossier, want dan was het maken ervan zonde van het werk geweest.

Mijn collega's en ik hebben toen de partijen weg waren, natuurlijk aan elkaar gevraagd hoe wij met z'n drieën de zaak waarschijnlijk zouden hebben beslist, en – ik hoop nu maar dat ik hiermee niet het ook al actuele geheim van de raadkamer schend – unaniem waren wij op grond van de stukken van oordeel dat het een duidelijke zaak was: meneer was niet verzekerd, het was een constructie. Je weet natuurlijk nooit wat je op de zitting nog te horen krijgt en je moet daarvoor natuurlijk openstaan, maar hoogstwaarschijnlijk was dus net een zeer aanzienlijke hoeveel premiegeld over de balk gegooid. Het ging om enkele tonnen in guldens. Jammer, maar helaas.

GEEN RECHTSBESCHERMING INZAKE VALSPOSITIEVE BESLUITEN

Het staat bestuursorganen in feite vrij om belastinggeld of premiegeld over de balk te gooien, en dat gebeurt onvermijdelijk ook regelmatig. Er worden bijvoorbeeld regelmatig *valspositieve besluiten* inzake uitkeringen en subsidies genomen. Dergelijke besluiten zijn, als het een gebonden bevoegdheid betreft, in strijd met het recht en zijn, als het een vrije bevoegdheid betreft, in elk geval in strijd met het algemeen belang. Dergelijke besluiten komen de bestuurlijke fase echter niet voorbij, ze bereiken de rechter normaal gesproken niet, of de rechter moet deze besluiten ongemoeid laten zoals bij de genoemde WW-uitkering.

De rechter biedt de burger dus wel rechtsbescherming tegen het bestuur, maar biedt de belastingbetaler maar weinig bescherming tegen wanbestuur. Zeker in twee-partijenverhoudingen als de hiervoor geschetste WW-zaak, die toevallig wél tot bij de hoogste rechter was gekomen, heeft het bestuursorgaan dus veel partijautonomie, als je daarvan in de bestuurlijke fase al kunt spreken. Dat geldt *a fortiori* in de talloze gevallen van valspositieve besluiten die nooit bij de rechter terechtkomen omdat de begunstigde burger natuurlijk tevreden is, zijn onterechte winst opstrijkt en zijn mond houdt. Behoudens eventueel politiek en bestuurlijk toezicht kan elk bestuursorgaan dus zijn gang gaan, ook al neemt het besluiten in strijd met het recht en het algemeen belang. Sommige beschikkingenfabrieken houden interne controles, waarbij een foutenmarge van 1% als aanvaardbaar wordt gezien.

GEEN PLICHT TOT TERUGDRAAIEN VAN VALSPOSITIEVE EN VALSNEGATIEVE BESLUITEN

In beginsel zijn bestuursorganen niet verplicht tot het terugdraaien van *valspositieve besluiten* als ze die ontdekken. Zij kunnen dat bijvoorbeeld doen door een intrekking (met terugwerkende kracht) of opzegging (voor de toekomst), en eventueel vervolgens een terugvordering of een anderszins ongedaan maken, zoals herstel in de oude toestand. Soms is een bestuursorgaan ook helemaal niet bevoegd tot een intrekking of opzegging. In de sociale zekerheid zijn bestuursorganen echter tegenwoordig doorgaans niet alleen bevoegd tot een intrekking of opzegging, maar daartoe zelfs verplicht. Kennelijk vindt de wetgever vooral op dit terrein *de materiële waarheid ten nadele van de burger* erg belangrijk, en elders wat minder.

Bestuursorganen zijn doorgaans evenmin verplicht tot het terugdraaien van *valsnegatieve besluiten* als ze die ontdekken, middels intrekking of opzegging. In beginsel is een bestuursorgaan daartoe wel bevoegd, waarbij relevant is of er derden in het spel zijn. Soms nemen ze ook wel een nieuw, gunstiger besluit, maar als ze dat om een of andere reden weigeren, is het voor de burger bijzonder moeilijk om zijn recht te halen, vooral gezien artikel 4:6 Awb (herhaalde aanvraag) en de jurisprudentie daarover. Kennelijk is de *materiële waarheid ten voordele van de burger* minder belangrijk: die had maar meteen moeten procederen. Ik zal deze ingewikkelde problematiek hier verder laten rusten.³

In de bestuurlijke fase is de partijautonomie van bestuursorganen, voor zover je daarvan in die fase kunt spreken, al met al tamelijk groot. Als in de hiervoor vermelde WW-zaak meteen valspositief was beslist, had er geen rechter naar gekraaid. Dus is het achterover leunen van de rechter in dit soort zaken juist.

³ Zie voor een kort overzicht met literatuurverwijzingen L.J.A. Damen e.a., Bestuursrecht 1, Den Haag: BJu 2005, p. 414-417.

PARTIAUTONOMIE VAN DE BURGER

Anders komt het te liggen als een burger bij de bestuursrechter opkomt tegen een volgens de appellerende burger valsnegatief besluit.

De burger kan kiezen om al dan niet in beroep te komen, en heeft daarbij partijautonomie. Hij kan immers ook helemaal niet in beroep komen, of hij kan het beroep beperken tot die onderdelen van het bestreden besluit die hem niet aanstaan. Hij zal begrijpelijkerwijs niet in beroep komen tegen die onderdelen van een besluit die gunstig voor hem zijn, maar hij kan ook voor hem wél ongunstige onderdelen van een besluit laten lopen. Iemand komt bijvoorbeeld wel op tegen de intrekking van zijn uitkering met terugwerkende kracht, maar niet tegen de opzegging van de uitkering voor de toekomst. Iemand verzet zich niet tegen de op een hoger bedrag vastgestelde belastingaanslag, maar wel tegen de tegelijkertijd opgelegde boete.

Artikel 8:69, eerste lid, Awb bepaalt dat de bestuursrechter uitspraak doet op basis van het beroepschrift, de overgelegde stukken, het verhandelde tijdens het vooronderzoek en het onderzoek ter zitting. Dat impliceert dat de burger tot het einde van de zitting zijn beroep kan beperken zo ver als hij maar wil. Hij kan het ook intrekken. De grenzen van het geding worden dus bepaald door de burger.

PARTIAUTONOMIE VAN HET BESTUURSORGAAN VERDAMPT VOLKOMEN

Als een burger eenmaal in beroep is gekomen en het bestuursorgaan eenmaal op grond van het recht en het algemeen belang heeft besloten om het bestreden besluit te handhaven en te verdedigen, dan komen we in de rechterlijke fase en dan verdampt de partijautonomie van het bestuursorgaan volkomen.

Voor zover het gaat om een vaststelling, beoordeling en waardering van de feiten, staat in de rechterlijke fase de *materiële waarheid voorop*: rechterlijke uitspraken moeten zoveel mogelijk berusten op een juiste vaststelling van de feiten, een rechterlijke uitspraak moet zoveel mogelijk recht doen aan de materiële werkelijkheid.

Het bestuursorgaan moet dus volledig met de juridische en feitelijke billen bloot. Voor zover het bestuursorgaan dat toch niet doet, kan de bestuursrechter de feiten aanvullen, en moet de bestuursrechter de rechtsgronden aanvullen. De rechter heeft daarvoor een uitgebreid instrumentarium.

OPMERKELIJKE PASSIVITEIT BESTUURSRECHTER

In de praktijk zijn we intussen ver af zijn van deze ideale situatie. In het laatste decennium is de bestuursrechter tot een opmerkelijke passiviteit vervallen, hoewel de Awb-wetgever hem juist een actieve rol had toebedacht: *materiële waarheid* en *ongelijkheidscompensatie* stonden in de memorie van toelichting nog centraal.⁴

⁴ PG Awb II, p. 173, 175.

Vroeger was de bestuursrechter zeer actief. Zeker in bepaalde sectoren zoals de sociale zekerheid, maar ook in milieugeschillen met de oude traditie van het Kroonberoep, was de houding niet ‘da mihi facta, dabo tibi ius’, maar ‘hier met dat dossier, dan maken wij wel uit wat de rechtens juiste beslissing is’. Dat is een beetje gechargeerd gezegd, maar het leek er soms wel sterk op.

OMGEKEERDE ONGELIJKHEIDSCOMPENSATIE

In een recente uitspraak schrijft de Centrale Raad van Beroep: ‘In de procedure voor de bestuursrechter dienen partijen uit eigen beweging hun stellingen voldoende aannemelijk te maken en spontaan het daarvoor benodigde bewijsmateriaal aan te dragen.’⁵ Hier wordt niet alleen het leerstuk van de ongelijkheidscompensatie verder de nek omgedraaid, maar tegelijk ook wordt de lat voor de burger steeds hoger gelegd. Je zoekt vergeefs in de uitspraak naar enige steun in wettekst of wetgeschiedenis voor dit ver reikende standpunt. In de jurisprudentie wordt door de Afdeling bestuursrechtspraak en soms ook de Centrale Raad van Beroep een soort omgekeerde ongelijkheidscompensatie toegepast: de processuele en andere fouten van bestuursorganen worden betrekkelijk gemakkelijk door de vingers gezien, die van de burger niet. Zoals Marseille terecht schrijft: de burger heeft maar één kans.⁶

MATERIËLE WAARHEID NAAR DE COULISSEN VERBANNEN

De Hoge Raad, die in fiscale zaken nog wel eens burgervriendelijker is dan andere bestuursrechters, heeft eind vorig jaar als volgt beslist: ‘de partij die zeker wil stellen dat harerzijds beschikbaar (tegen)bewijsmateriaal door de rechter zal worden meegewogen, dient dat bewijsmateriaal vóór de sluiting van het onderzoek ter zitting te presenteren, dan wel een (voorwaardelijk) bewijsaanbod te doen’.⁷ Dat voor de sluiting van de zitting presenteren van bewijsmateriaal is overigens wel wat erg laat, gezien de termijn voor schriftelijke stukken van artikel 8:58 Awb, maar goed.

De bestuursrechter is volgens de Hoge Raad niet gehouden een tussenbeslissing te geven over de bewijslastverdeling of de waardering van het tot dan toe bijgebrachte bewijs. De burger mag dus lekker zelf uitzoeken welk bewijs nodig is om de procedure te kunnen winnen, het bestuursorgaan hoeft hem dat kennelijk niet te vertellen, en de rechter? Die leunt achterover: de *rechterlijke achteroverleuner*. Daarmee wordt de materiële waarheid van het podium naar de *coulissen* verbannen, de burger moet haar uit de coulissen halen en weer terug op het podium brengen.

⁵. CRvB 1-6-2005, JB 237 m.nt. Wenders (zwart loon in rode multomap).

⁶. Noot onder ABRvS 6-7-2005, AB 2005, 380 (kappen Schiebreekse park); in deze uitspraak toont de Afdeling zich weinig geïnteresseerd in de materiële waarheid.

⁷. HR 17-12-2004, AB 2005, 84 m.nt. Schuurmans (loon onbekenden).

ALLES IN ÉÉN KEER GOED?

De vakgroep Bestuursrecht en bestuurskunde van de Rijksuniversiteit Groningen heeft in januari 2005 bij de invoering van het nieuwe onderzoeksprogramma waarin de kwaliteit van de bestuurlijke besluitvorming centraal staat, een bundel uitgebracht met als titel 'Alles in één keer goed', en daarover een gelijknamig congres gehouden. Veel reacties waren: ja maar, dat kun je toch niet van het bestuur verwachten, alles in één keer goed, dat kan toch niet? Ik ben geneigd te zeggen: maar het bestuursorgaan heeft doorgaans juist nog een herkansingsmogelijkheid in bezwaar: het besluit op bezwaar moet dan toch echt wel, in tweede instantie, goed zijn. Overigens moet uit een oogpunt van schadeplichtigheid het primaire besluit wel meteen goed zijn.⁸

Intussen wordt steeds vaker van de burger verwacht dat die het wel in één keer goed doet: de burger moet uit eigen beweging zijn stellingen voldoende aannemelijk maken en spontaan het daarvoor nodige bewijsmateriaal aandragen. Maar hoe weet die burger nu precies wanneer zijn betoog voldoende aannemelijk is, en welk bewijsmateriaal precies nog nodig is, als het bestuursorgaan en de bestuursrechter hem dat niet vertellen, maar juist achteroverleunen? Natuurlijk bestaat vaak wel voldoende duidelijkheid, maar in situaties waarin het erom draait, vaak ook niet.

VOORONDERZOEK DE FACTO AFGESCHAFT?

In 1994 nog heeft de wetgever in de Awb bevestigd dat de bestuursrechter in het vooronderzoek getuigen kan horen, schriftelijke inlichtingen kan inwinnen, stukken kan opvragen, een deskundige kan inschakelen, een onderzoek ter plaatse kan instellen enz.

Heb je een bevoegdheid, dan moet je je afvragen hoe je die bevoegdheid gaat uitoefenen, ook als je rechter bent.

Mijn stellige indruk is dat het vooronderzoek de facto grotendeels is afgeschaft: de burger moet nu kennelijk maar zelf het vooronderzoek gaan doen, en tast dan soms ook nog in het duister omdat hij niet weet wanneer de rechter tevreden zal zijn. Hij levert kortom een *gevecht heuvelopwaarts in dichte bewijsrechtelijke mist*.

Afgezien van de inschakeling van de Stichting advisering bestuursrechtspraak bij geschillen in het omgevingsrecht, wordt er nauwelijks nog door de rechter een deskundige ingeschakeld. De burger moet maar zorgen voor – vaak kostbare – contra-expertise. Soms worden rapporten van contra-experts vervolgens tamelijk gemakkelijk 'weggeschreven'.

Brengt een burger getuigen mee, dan lijkt het soms wel of bestuursrechters een hekel hebben aan het horen van getuigen. Ook als de getuigen behoorlijk zijn

⁸ HR 26-2-1988, NJ 1988, 489, AB 1989, 232, Gst. (1988) 6857.8 m.nt. Damen (Jsselmuiden/Brink); CRvB 7-8-2003, NJB 2003, p. 1919, nr. 22 (ontslagen politieambtenaren); ABRvS 15-12-2004, Gst. (2005) 7229.75, AA 2005, p. 276 m.nt. Damen (Amelandse benzinepomp); ABRvS 15-12-2005, AB 2005, 54 m.nt. De Gier, JB 2005, 58 m.nt. Schlössels, Gst. (2005) 7229.74, NJ 2005, p. 215 (Meerssen).

aangekondigd, wil de rechter die liever niet horen, misschien vanuit de gedachte: ik heb liever geen meened in mijn rechtszaal, die partijgetuigen liegen te vaak. Strafrechter en civiele rechter hebben natuurlijk hetzelfde probleem met getuigenverhoren, maar die doen het toch wél en ook vaak.

Verder lijkt steeds vaker de tijdsdruk bepalend te zijn. Dat wreekt zich bijvoorbeeld bij het vertrouwensbeginsel: vaak ontkennen ambtenaren een toezegging te hebben gedaan. Als de bestuursrechter in dergelijke gevallen de ambtenaar hoort, met de vingers in de lucht, en de dreiging van meened, dan is dat toch wat anders dan een blote ontkenning in een verweerschrift. De tijdsdruk die de rechtbanken zich door de alom oprukkende managerskaste hebben laten opleggen, leidt meer in het algemeen tot passiviteit, tot confectierechtspraak van een niet altijd aanvaardbaar niveau.⁹

Komt een burger of zijn gemachtigde op de zitting met een uitvoerig pleidooi, dan wordt hij aangemaand er met zevenmijlslarzen door heen te gaan enz.¹⁰

DE RECHTER ALS MARGINAAL TOETSENDE ACHTEROVERLEUNER

Volgens de Afdeling bestuursrechtspraak kan in een zaak over een vergunning voor een woonark waarin het geschil volledig draait om de vaststelling van de relevante feiten 'op grond van de stukken, waaronder het proces-verbaal van de zitting, niet worden vastgesteld dat appellant onvoldoende gelegenheid heeft gehad zijn beroep toe te lichten'.¹¹ Is er een rechter die wel eens in het proces-verbaal heeft laten opnemen dat hij de burger steeds heeft gemaand om maar stukken uit zijn pleitnota over te slaan? De Afdeling had natuurlijk moeten zeggen: op grond van de stukken kan niet worden vastgesteld of appellant wel voldoende gelegenheid heeft gehad zijn beroep toe te lichten, maar wij maken dat goed: bij ons in hoger beroep krijgt u in ieder geval het volle pond.

De Afdeling vervolgt in deze zaak: 'verder waren van de getuigen, die appellant bij (de rechtbank) had aangekondigd, reeds schriftelijke verklaringen (...) overgelegd'. Daarom is er 'geen grond voor het oordeel dat de rechtbank zich niet op het standpunt heeft kunnen stellen dat het horen van deze getuigen redelijkerwijs niet kan bijdragen aan de beoordeling van de zaak', het wettelijke criterium van artikel 8:63, tweede lid, Algemene wet bestuursrecht (Awb). De Afdeling als hogerberoepsrechter toetst dus marginaal of de rechtbank dit wetsartikel juist heeft toegepast: de Afdeling als marginaal toetsende achteroverleuner.

Kennelijk waren volgens de rechtbank de getuigenverklaringen onvoldoende om het verweer van het bestuursorgaan te weerleggen. Je zou zeggen dat als de rechtbank die verklaringen onvoldoende overtuigend vond, er juist alle reden was om dát te zeggen en de getuigen vervolgens wel te horen. Volgens de Afdeling hoeft de rechtbank de beslissing om de getuigen niet te horen, niet eens in de

⁹ In mijn inleiding op het al genoemde congres 'Alles in één keer goed' heb ik signaleerd dat rechtbanken tegenwoordig soms tot uitspraken komen, waarvan je als lezer zegt: hoe kom je er in vredesnaam bij? Mogelijke oorzaken: tijdsdruk, te vaak onervaren rechters als unus?

¹⁰ ABRvS 9-2-2005, AB 2005, 300 m.nt. Vermeer (woonschip Actief).

¹¹ ABRvS 26-1-2005, AB 2005, 374 m.nt. De Bock (woonark Nové).

uitspraak te vermelden, laat staan te motiveren. Daarmee tast de burger volkomen in het duister over wat hij allemaal spontaan voor de zitting al aan bewijs moet bijbrengen, wanneer het eigenlijk zin heeft om getuigen mee te brengen enz.

In een andere uitspraak, over een uitwegvergunning, overweegt de Afdeling: ‘De omstandigheid dat appellant meerdere auto’s heeft is niet een (...) bijzondere omstandigheid (die zou moeten leiden tot een afwijking van de vaste gedragslijn, LD), doch een veelvoorkomende situatie die het college (van B&W) bij de keuze voor de gedragslijn geacht kan worden te hebben meegewogen.’¹² Hoezo geacht kan worden? Moet niet worden vastgesteld of dat *is* meegewogen, door bijvoorbeeld overlegging van de onderliggende ambtelijke stukken, van notulen van collegevergaderingen o.i.d.? Hoezo materiële waarheid?

De partijautonomie van de burger lijkt te zijn geworden tot de *vrijheid van de burger om de bestuursrechtelijke procedure te verliezen*. De burger staat in de procedure aan het roer, maar weet niet welke zeilen hij moet bijzetten.

Zou de bestuursrechter als hij inmiddels vindt dat hij *zélf* vrijwel nooit meer iets hoeft uit te zoeken – hetgeen overigens in strijd is met de strekking van de bepalingen van de wet over het vooronderzoek en artikel 8:69 Awb – niet enigszins precies aan de burger moeten vertellen wat die dan allemaal moet aannemelijk maken en bewijzen? En zou niet al eerder het bestuursorgaan dat moeten aangeven, uiterlijk in de bezwaarfase?¹³

GEEN PARTIAUTONOMIE VAN BESTUURSORGANEN, MAAR VOLLEDIGE BINDING AAN HET RECHT

Tussen bestuursorganen onderling bestaan grote verschillen. Het is duidelijk dat het college van B&W van Bellingwedde over beperktere juridische hulpbronnen beschikt dan B&W van Amsterdam, of dan de minister van Vreemdelingenzaken en Integratie, al zou je dat aan de hand van de juridische kwaliteit van hun producten lang niet altijd zeggen.

Principieel gelijk zijn alle bestuursorganen echter in die zin dat zij geen van alle een eigen belang hebben, of mogen nastreven, ook al zou je óók dat aan de hand van de praktijk lang niet altijd zeggen.

Alle bestuursorganen moeten het algemeen belang dienen, maar wel binnen het kader van de rechtsstaat. Dat leidt er soms toe dat het algemeen belang niet zo kan worden gediend als het bestuursorgaan dat eigenlijk zou willen. Soms, regelmatig of vaak willen bestuursorganen iets bereiken dat juridisch niet door de beugel kan, maar zetten ze het toch door onder het motto: we doen het en we zien wel waar het juridische schip strandt. Eigenlijk zouden bestuursorganen niet iets moeten nastreven dat juridisch niet door de beugel kan, en zij zouden in een procedure geen standpunt moeten volhouden dat juridisch niet vol te houden valt

¹². ABRvS 22-6-2005, AB 2005, 330 m.nt. Tollenaar (uitwegvergunning Eindhoven).

¹³. Ik laat nu maar daar de marginale toetsing door de Afdeling bestuursrechtspraak van de motivering van de beoordeling door de minister van VRIN van de geloofwaardigheid van het vluchtrelaas van asielzoekers, waarover inmiddels EHRM 5-7-2005, AB 2005, 369 m.nt. Battjes, Vermeulen, NJB 2005, p. 2099, nr. 583 (Said/Nederland) de staf heeft gebroken.

gezien de inzichten die zij hebben, of die ze zouden behoren te hebben.¹⁴ In zoverre hebben bestuursorganen geen partijautonomie: zij zijn volkomen gebonden aan het recht. Natuurlijk kan een bestuursorgaan vaak binnen de grenzen van het recht afwegingen maken, belangen afwegen, feiten beoordelen enz. Het bestuursorgaan mag daarbij echter nooit de grenzen van het recht overschrijden.

Daarom moet een bestuursorgaan zich een procedure volkomen doorzichtig opstellen, moet het alle beschikbare en ook maar enigszins relevante stukken overleggen, in plaats van een selectie daaruit met weglating van soms uiterst relevante gegevens – ja, dat komt óók in het bestuursrecht voor –, moet het ook alle relevante juridische adviezen overleggen, inclusief die adviezen die negatief zijn. Weg dus met het ‘legal privilege’ dat bestuursorganen momenteel de ruimte geeft om juridische adviezen buiten het dossier te houden alsof het geen op de zaak betrekking hebbende stukken zijn.¹⁵

Dan gaan bestuursorganen natuurlijk wel meer gedingen verliezen, maar dat is een prachtig offer voor de rechtsstaat. Juist het openbaar bestuur moet er immers voor zorgen dat de burger zijn recht wordt bezorgd, dat aan de burger recht wordt gedaan. Het eigen belang van het bestuursorgaan, het prestige van de bestuurder is juridisch gezien van nul en generlei waarde. Dat bestuursorganen zich maximaal en optimaal aan het recht houden, dat is de kern van de rechtsstaat. Pas dan kunnen zij redelijkerwijs verwachten dat de burgers dat ook doen. Houden die burgers zich toch niet aan het recht, dan is dat overigens geen aanslag op de rechtsstaat, maar op de rechtsorde.

ZELFREDZAME BURGER OF JAN SPLINTER?

Geheel anders daarentegen is de positie van de burger. Die mag ‘unvervroren’, maar wel binnen de grenzen van het recht, voor zijn eigen belang opkomen, die hoeft niet aan het bestuursorgaan zijn recht te bezorgen enz. Intussen bestaan tussen burgers onderling grote verschillen, grotere verschillen nog dan tussen bestuursorganen onderling.

In augustus 2005 meldde de NRC dat de Gamma, Praxis, Formido, Karwei en Hubo systematisch procederen tegen elke vergunning die een concurrent aanvraagt in welke gemeente dan ook.¹⁶ Zij procederen tegen elke wijziging van een bestemmingsplan, tegen elke bouwvergunning enz. Vooral de nieuwe firma Hornbach wordt te vuur en te zwaard bestreden. Gamma en haar doe-het-zelf-vrienden hebben zich daarvoor verenigd in een juridisch kartel en ‘topjurist N. Koeman van advocatenkantoor Stibbe ingeschakeld’. Ik denk niet dat zij met Koeman als juridische Rambo in hun midden behoefte hebben aan ongelijkheidscompensatie, en Hornbach kan waarschijnlijk ook wel een ‘topjurist’ inhuren, en heeft dus ook geen ongelijkheidscompensatie nodig.

¹⁴. In zoverre was de opstelling van het uitvoeringsorgaan in de vermelde WW-zaak prijzenswaardig.

¹⁵. Zie hierover uitgebreid Bestuursrecht 1, p. 282-283.

¹⁶. Frits Baltesen, Hornbach moet het zelf doen, NRC 6/7-8-2005.

Dergelijke bedrijven beantwoorden aan het algemene beeld dat de laatste jaren in Den Haag en omstreken bestaat van de burger als een mondige en zelfredzame burger, die de *besloten vennootschap 'Ik'* runt. Buitengewoon veel burgers zijn tegenwoordig wel mondig, in die zin dat ze overal een opinie over hebben, maar of zij bestuursrechtelijk zelfredzaam zijn, valt ernstig te betwijfelen: het bestuursrecht is daarvoor veel te ingewikkeld, en veel burgers verkeren als Jan Splinter in een bestuursrechtelijke winter.

In het bestuursprocesrecht kennen we geen verplichte rechtsbijstand, laat staan voor alle burgers betaalbare rechtsbijstand. Veel burgers zijn al juridisch knock out voordat ze bij een jurist komen, laat staan bij een topjurist.

MODALE BURGER IN STRUCTUREEL ZWAKKE POSITIE

De modale burger, de niet-Awb-mens, verkeert in normale bestuursrechtelijke procedures in een structureel zwakke positie:

- de modale burger is gewoonlijk een *one shotter*, afgezien van een enkele veelprocedeerder;
- de modale burger heeft minder geld dan het bestuursorgaan dat doorgaans niet op de juridische kosten hoeft te beknibbelen, omdat het die kan afwentelen op de belastingbetaler;
- de modale burger heeft vaak geen rechtsbijstand;
- de modale burger heeft soms inadequate rechtsbijstand;
- bovendien zijn er allerlei valkuilen, zoals termijnen en de fuiken-jurisprudentie: de burger moet wél alles in één keer goed doen en lijdt zo onder de rechterlijke formalisering van het bestuursprocesrecht;
- doet de burger het ergens fout: pech, alle rechten weg! Het besluit krijgt formele rechtskracht, en is rechtens onaantastbaar;
- het bestuursorgaan kan leunen op de vooronderstelde rechtmatigheid van al zijn besluiten;
- de burger is de afhankelijke, vragende partij.

Daarom is het zo treurig dat de ongelijkheidscompensatie en de materiële waarheidsvinding de facto door de bestuursrechter de nek is omgedraaid. De partijautonomie van de burger komt nu in veel gevallen neer op de *vrijheid om de procedure te verliezen*.

TOT BESLUIT

Er zou eigenlijk een mooi boek over de positie van de burger in het bestuursprocesrecht moeten worden geschreven. In dit beperkte bestek heb ik maar enkele onderwerpen kunnen aanroeren. Ik eindig met een twaalfstal stellingen:

1. Procesrecht, ook bestuursprocesrecht, moet dienstbaar zijn aan de doelen van het materiële recht. Uiteindelijk gaat het om de menselijke vrijheid.
2. Het bestuurs(proces)recht moet de burger maximaal en optimaal zijn recht bezorgen. Waarom zou iemand die gelijk heeft, niet gewoon gelijk moeten krijgen?
3. Centraal staat: welke doelen wilde de wetgever met een bepaalde wettelijke materiële regeling bereiken? Bestuursorgaan en rechter moeten zich gezamenlijk inspannen om het bereiken van die doelen te bevorderen, en moeten de burger daarbij eventueel behulpzaam zijn via ongelijkheidscompensatie.
4. Er bestaat een principiële verschil tussen enerzijds de partij bestuursorgaan, en anderzijds de partij burger. Dat principiële verschil heeft ook gevolgen voor de partijautonomie binnen het bestuursproces.
5. In de bestuurlijke fase is de partijautonomie – voor zover je daarvan in die fase al kunt spreken – van bestuursorganen groot.
6. De burger heeft volledige partijautonomie bij zijn keuze of, en zo ja, in hoeverre hij in beroep komt.
7. Voor zover een bestuursorgaan ervoor kiest om een bij de rechter bestreden besluit te verdedigen, verdampt de partijautonomie van het bestuursorgaan volkomen. Het bestuursorgaan moet dan volledig met de juridische en feitelijke billen bloot, het jurisprudentiële legal privilege moet worden afgeschaft.
8. Rechterlijke uitspraken moeten zoveel mogelijk berusten op een juiste vaststelling van de feiten, een rechterlijke uitspraak moet zoveel mogelijk recht doen aan de materiële werkelijkheid.
9. Het vooronderzoek door de bestuursrechter is de facto grotendeels afgeschaft: de burger moet nu kennelijk zelf maar het vooronderzoek doen.
10. In het laatste decennium is de bestuursrechter tot een opmerkelijke passiviteit vervallen; na de ‘Brummense achteroverleuner’ hebben we nu de marginaal toetsende rechterlijke achteroverleuner.
11. Er is sprake van omgekeerde ongelijkheidscompensatie: de burger moet alles in één keer goed doen, het bestuur krijgt steeds weer herkansingen.
12. De partijautonomie van de burger lijkt te zijn geworden tot de vrijheid om de procedure te verliezen.

DE SCHIJN VAN WAARHEID

G. Knigge

INLEIDING

Om twee uur 's nachts kwam bij de politie van Maastricht de melding binnen dat een personenauto op de rotonde van het voormalig Academisch Ziekenhuis tegen een reclamebord was gereden. Inderdaad trof de politie ter plekke de bedoelde personenauto aan, met daarin twee jongemannen, Bob en Rob. Bob zat achter het stuur, Rob naast hem op de passagiersplaats. Beiden roken naar alcohol. Bob verklaarde dat hij had gereden, Rob bevestigde dat. 'Ik mag nog helemaal niet rijden', zei hij, 'want ik heb nog geen rijbewijs'. Daarop moest Bob blazen, en de test wees uit dat de hoeveelheid alcohol in de door hem uitgeademde lucht te hoog was. Hij werd dan ook vervolgd – en veroordeeld – wegens dronken rijden. Hij ging niet in hoger beroep. Deze berusting in het vonnis was echter van voorbijgaande aard. Twee jaar na de veroordeling vroeg hij herziening van het vonnis aan bij de Hoge Raad. In de herzieningsaanvraag stelde hij dat niet hij, maar Rob had gereden. Omdat Rob geen rijbewijs had, hadden ze afgesproken dat Bob de schuld op zich zou nemen. Rob bevestigde deze nieuwe versie van de werkelijkheid. De Hoge Raad verklaarde de herzieningsaanvraag gegrond en Bob werd alsnog vrijgesproken. Ook Rob ontsprong de dans. Omdat hij destijds niet had hoeven blazen, was vervolging wegens dronken rijden niet mogelijk. En het rijden zonder rijbewijs – een overtreding – was hoog en breed verjaard.

Dames en heren, ik zuig dit verhaal niet uit mijn duim. Het is – enigszins aangepast – ontleend aan een uitspraak van de Hoge Raad van 5 september 1995, *NJ* 1996, 23. Het verhaal is illustratief voor het thema van vanmiddag. Het illustreert in de eerste plaats hoeveel gewicht in het strafrecht wordt toegekend aan de materiële waarheid, of anders gezegd, hoe belangrijk het wordt gevonden dat alleen personen die werkelijk schuldig zijn, worden veroordeeld en gestraft. De veroordeling van een onschuldige – dat wil zeggen iemand die het delict in feite niet heeft gepleegd – wordt gezien als een vorm van onrecht die moet worden rechtgezet. Die rechtzetting of herziening is niet aan enige termijn gebonden. Herziening kan worden aangevraagd lang nadat de veroordeelde zijn straf heeft uitgezeten, ja zelfs lang nadat hij is overleden. Dat tekent hoe zwaar aan de bestraffing van een onschuldige wordt getild.

Het verhaal is ook nog om een tweede reden illustratief. Het laat namelijk zien dat het niet in alle gevallen vanzelf spreekt dat de onschuldig veroordeelde om herziening kan vragen. Bob had de politie en de rechter bewust op het verkeerde been gezet. Men zou dus kunnen zeggen dat het zijn eigen schuld was dat hij werd veroordeeld. En eigen schuld, dat weten we, is dikke bult. Daarmee hoeven we geen medelijden te hebben. Wie de rechter bedriegt, moet achteraf niet klagen. Zo iemand heeft zijn recht op rehabilitatie verspeeld. Zo zou men kunnen

redeneren. Zo redeneert, voor alle duidelijkheid, de Hoge Raad niet. Die houdt zich aan de wet, en de wet maakt nu eenmaal geen uitzondering voor mensen als Bob.

De eigen schuld van Bob is processuele schuld. Hij heeft geen schuld aan het strafbare feit waarvoor hij is veroordeeld. In die zin is hij onschuldig. Hij heeft echter, doordat hij ervoor koos de waarheid te verdraaien, schuld aan zijn veroordeling. De vraag is, of die schuld de veroordeling kan rechtvaardigen. Is die veroordeling eigenlijk niet terecht? Dat nu is precies de vraag die ik vanmiddag wil behandelen. Vindt het oordeel van de strafrechter zijn rechtvaardiging uitsluitend in de materiële waarheid, in de feiten zoals die in werkelijkheid zijn voorgevallen, of toch ook, al was het maar een beetje, in de proceshouding van de verdachte, in de keuzes die hij in het proces heeft gemaakt?

VERDUIDELIJKING VAN DE VRAAGSTELLING

Voordat ik met de eigenlijke behandeling van deze vraag begin, maak ik drie opmerkingen om de vraagstelling te verduidelijken. De eerste opmerking richt zich tot de scherpslijpers onder u, die zeggen dat de vraag niet zuiver is gesteld. De vraag is – volgens deze scherpslijpers – niet of de veroordeling van Bob terecht was – dat was zij niet –, maar of die onterechte veroordeling een zo groot onrecht vormt, dat zij achteraf moet worden rechtgezet. Het antwoord zou dan kunnen zijn dat Bob geen onrecht wordt aangedaan als de onjuiste veroordeling in stand wordt gelaten. Dat klinkt misschien mooier in het juridische gehoor, maar het komt in feite op hetzelfde neer. Waar het op neerkomt, is dat de genomen beslissing wordt geaccepteerd en dat er dus geen bezwaar bestaat tegen de tenuitvoerlegging ervan. Veel meer dan een spel van woorden is het mogelijk niet. De scherpslijpers definiëren een juiste beslissing als een beslissing die strookt met de materiële waarheid. Maar de vraag is nu net of een beslissing juist kan zijn omdat zij gerechtvaardigd wordt door de processuele schuld van de verdachte.

De tweede opmerking sluit daarbij aan. Het is mij vanmiddag niet alleen te doen om de vraag of de mogelijkheid van herziening moet worden beperkt als de veroordeling aan de eigen schuld van de verdachte kan worden toegeschreven. De vraag naar de mogelijkheid van correctie achteraf vormt in feite slechts een opstapje naar de eigenlijke vraag. Die heeft betrekking op de oordeelsvorming vooraf. Laat de rechter zich bij het nemen van zijn beslissing beïnvloeden door de processuele opstelling van de verdachte en is dat acceptabel?

De derde opmerking heeft betrekking op de terminologie. Waarom spreken we van de *materiële* waarheid? Die term suggereert dat er ook nog een andere waarheid is. Inderdaad spreken juristen ook wel van de formele waarheid of de partijwaarheid. Dat, zou men kunnen zeggen, is de afgesproken waarheid, de waarheid waarvan wordt uitgegaan omdat alle betrokkenen het daarover eens zijn. Die formele waarheid doet vooral in het civiele procesrecht opgeld. Als de

gedaagde niet weerspreekt wat de eiser stelt, moet ervan uitgegaan worden dat het gestelde juist is. De filosofische vraag is natuurlijk of er zoiets bestaat als de materiële waarheid, en dus of de materiële waarheid werkelijk verschilt van de formele, de voor juist gehouden waarheid. Mijn voorlopige antwoord is: we denken van wel.

UITSLUITING VAN HERZIENING INGEVAL VAN MISBRUIK?

Ik begin met de vraag of herziening moet worden uitgesloten als de veroordeelde door zijn procesopstelling schuld heeft aan zijn veroordeling. Laten we even aannemen dat die vraag bevestigend moet worden beantwoord. Veel is daarmee nog niet gezegd. Want de vraag die vervolgens rijst, is in welke gevallen en onder welke voorwaarden de eigen schuld van de verdachte de veroordeling acceptabel maakt. In het voorbeeld van Bob en Rob ging het om dronken rijden. Zou het verschil moeten maken als het om een veel ernstiger delict gaat en om een veel zwaardere straf? Stel bijvoorbeeld dat Bob de schuld van een door Rob gepleegde moord op zich had genomen en daarvoor tot levenslange gevangenisstraf was veroordeeld. Zou u ook dan zeggen: Laat Bob maar zitten want het was zijn eigen schuld? Of stel dat Rob de werkgever van Bob was geweest en hem met ontslag had bedreigd als hij de schuld van het dronken rijden niet op zich zou nemen. Vindt u dat dwang of chantage de eigen schuld wegneemt of maakt het niet uit of de keuze van de verdachte een vrijwillige is geweest? De vraag is kortom een ingewikkelde, en zou wel eens om een genuanceerd antwoord kunnen vragen.

Bij het zoeken naar een genuanceerd antwoord is wellicht ook de aard en de grootte van de processuele schuld van belang. In het gegeven voorbeeld had Bob de rechter bewust voorgelogen. Maar hoe moet geoordeeld worden als de verdachte niet liegt, maar zwijgt waar spreken hem zou hebben bevrijd? Ter illustratie wijs ik op een beschikking van de Hoge Raad van 18 februari 1997, NJ 1998, 34 m.nt. Kn. Verdachte, mevrouw K., was door de rechtbank veroordeeld wegens uitkeringsfraude omdat zij had verzwegen dat zij samenwoonde met haar echtgenoot. Haar verweer dat haar man haar had verlaten, werd door de rechtbank niet geloofwaardig geacht. Er zou sprake zijn van een zogenaamde schijnverlating. Mevrouw K. ging van het vonnis van de rechtbank niet in hoger beroep. Daarvoor was zij, naar zij later zou verklaren, 'lichamelijk en psychisch te uitgeput'. Bovendien had haar raadsman haar gewaarschuwd voor het risico van een hogere straf. Het vonnis van de rechtbank ging dus in kracht van gewijsde. Een half jaar later vroeg mevrouw K., die kennelijk weer van haar lichamelijke en psychische uitputting was gekomen, herziening aan. Bij haar aanvraag legde zij maar liefst twaalf schriftelijke getuigenverklaringen over die inhielden dat de verlating geenszins schijn was. Volgens deze getuigen, die geen van alle door de rechtbank waren gehoord, had mevrouw K. echt niet met haar man samengewoond. Advocaat-Generaal Van Dorst wierp in zijn conclusie de vraag op of hier geen oneigenlijk gebruik van de herzieningsprocedure werd gemaakt. Mevrouw K. had immers hoger beroep kunnen instellen en daar om het horen van de getuigen kunnen vragen. Volgens Van Dorst moest voorkomen

worden dat de herzieningsprocedure ontaardt in een verkapt – en risicoloos – hoger beroep. Dergelijk oneigenlijk gebruik diende afgestraft te worden met een niet-ontvankelijkverklaring. Een verdachte die bewijsmateriaal achterhoudt, verspeelt in deze visie dus zijn recht op herziening, ook als zonneklaar zou zijn dat hij ten onrechte is veroordeeld.

Van Dorst stond in zijn opvatting bepaald niet alleen. Enkele geleerde schrijvers hadden zich in vergelijkbare zin uitgelaten.¹ Toch volgde de Hoge Raad de advocaat-generaal niet. Verrassend was dat niet. We zagen immers al dat de Hoge Raad zich aan de wet wenst te houden. Overigens schoot mevrouw K. daar weinig mee op. De Hoge Raad verklaarde haar aanvraag om een andere reden niet-ontvankelijk. Ik kom daar nog op terug.

Eerst de vraag hoe de wet, als zij zou worden gewijzigd, zou moeten luiden. Mevrouw K. had er bewust voor gekozen om niet in hoger beroep te gaan. Maar stel dat zij wel hoger beroep had willen instellen, maar niet had begrepen dat dat binnen veertien dagen moest gebeuren. Moet dat verschil maken? Of stel dat haar raadsman het hoger beroep zou instellen, maar dat die het glad was vergeten. Moet mevrouw K. dan de dupe worden van de fout van de raadsman? Misschien vinden de principiëlen onder u dat alleen van processuele schuld kan worden gesproken als sprake is van een vrije, weloverwogen keuze. Maar de practici onder u zullen zich afvragen hoe achteraf moet worden uitgemaakt of sprake was van vrijwilligheid. Iedereen kan immers zeggen dat het een vergissing was of een fout van de raadsman. Hoe toon je aan dat daarvan geen sprake was? Die praktische problemen leiden er gemakkelijk toe dat gezegd zal worden dat de fouten van de verdachte en zijn raadsman voor rekening van de verdachte dienen te komen. Daarmee wordt dan een belangrijke stap gezet. Procesuele schuld maakt plaats voor procesrisico. Een verdachte kan zijn recht op herziening niet alleen verspelen door de bewuste keuzen die hij maakt, maar ook door omstandigheden die hem nauwelijks zijn te verwijten, maar wel voor zijn risico komen.

WETSVORSTEL OM-BOETE EN HERZIENING

Als het zo ligt, moeten we er dan wel aan beginnen? Misschien is het voor die vraag eigenlijk al te laat. Door de Tweede Kamer is inmiddels het wetsvoorstel OM-afdoening (29 849) aanvaard,² en als dat wetsvoorstel tot wet wordt verheven zal er een categorie straffen zijn waarvoor herziening is uitgesloten. Wat is er aan de hand? Om dat duidelijk te maken moet ik eerst kort iets zeggen over het

¹ G.A.M. Strijards, *Revisie*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 187 e.v.; en J. de Hullu, *Over rechtsmiddelen in strafzaken*, Arnhem: Gouda Quint 1989, p. 287.

² Wijziging van het Wetboek van Strafrecht, het Wetboek van Strafvordering en enige andere wetten in verband met de buitengerechtelijke afdoening van strafzaken (Wet OM-afdoening), Kamerstukken II 2004/05, 29 849. Inmiddels is het wetsvoorstel in behandeling bij de Eerste Kamer, hetgeen heeft geresulteerd in een zeer kritisch Voorlopig Verslag (Kamerstukken I 2005/06, 29 849, nr. B).

wetsontwerp en de daarachter liggende gedachte. Ook de leken onder u zal bekend zijn dat veel strafzaken buiten de rechter om worden afgedaan. Een verdachte kan ervoor kiezen om de zaak niet voor te laten komen, en om de boete maar te betalen. De juristen onder ons spreken in dat geval van een transactie. Formeel is daarbij geen sprake van een bestraffing, maar van het afkopen van de strafvervolgning. De verdachte die een transactievoorstel accepteert, bekent dan ook geen schuld. Hij kan zeggen dat hij onschuldig is, maar de boete betaalt om van het gezeur af te zijn. De keerzijde van die medaille is, dat herziening ingeval van een transactie niet mogelijk is. Van een schuldigverklaring en een daarop gebaseerde straf is immers formeel geen sprake. Er valt dus niets recht te zetten.

Het wetsvoorstel OM-afdoening vervangt de transactie door een door het OM uit te vaardigen strafbeschikking. De gedachte daarbij is dat de transactie een vreemde figuur is in een strafrecht dat de materiële waarheid koestert. Daarin past niet dat verdachten hun verdiende straf kunnen ontlopen door de vervolging af te kopen. Daarin past ook niet dat het OM onschuldige burgers kan chanteren met een strafvervolgning die vervolgens kan worden afgekocht. De huidige transactiepraktijk is dan ook alleen daarom te pruimen, omdat het *in feite* niet gaat om het afkopen van de strafvervolgning, maar om het betalen van een door het OM vastgestelde boete. Het wetsontwerp nu beoogt de juridische constructie in overeenstemming te brengen met de maatschappelijke werkelijkheid. Ook formeel gaat het straks om een straf, die door het OM wordt opgelegd en die onherroepelijk wordt als de verdachte daartegen niet in verzet gaat bij de rechter. Daarbij geldt dat het OM de boete alleen mag opleggen als naar zijn oordeel bewezen is dat de verdachte het feit heeft begaan.

Het wetsvoorstel kan dus gezien worden als een herbevestiging van het grote gewicht dat in ons strafrecht aan de materiële waarheid toekomt. Paradoxaal genoeg relateert datzelfde wetsvoorstel ook het belang van de materiële waarheid. Want de consequentie van de omvorming van de transactie tot een echte straf zou moeten zijn dat ook herziening mogelijk is als achteraf blijkt dat de gestrafte het feit niet heeft begaan. Dat echter zou – gelet op het enorme aandeel dat de buitengerechtigde afdoening van strafzaken in het geheel van de wetshandhaving heeft – leiden tot een enorme taakverzwaring van de Hoge Raad, die al die herzieningsaanvragen tenslotte moet beoordelen. Dat lijkt de reden te zijn waarom besloten is geen herziening mogelijk te maken in al die gevallen waarin de verdachte tegen de strafbeschikking niet in verzet is gegaan bij de rechter.³

Praktisch gesproken verandert er niets. Dat zal ook de reden zijn waarom over dit onderdeel van het wetsvoorstel zo weinig ophef is gemaakt. Theoretisch gezien wordt met dit voorstel echter een enorme stap gezet. Aanvaard wordt immers dat

³ Het wetsvoorstel introduceert een aangepast onderscheid tussen uitspraken en beschikkingen (art. 138 Sv-nieuw). De OM-boete wordt bij beschikking opgelegd, na verzet daartegen volgt een uitspraak. Op dit onderscheid is het hele wetboek aangepast. De herzieningsregeling echter, die alleen herziening van uitspraken kent, blijft ongewijzigd. Deze keuze wordt in de MvT niet toegelicht.

een straf niet kan worden herzien, ook niet als onomstotelijk vast zou komen te staan dat de verdachte geen schuld had aan het feit waarvoor hij is gestraft. De vraag is hoe dat ingepast moet worden in een strafrechtelijke dogmatiek waarin de materiële waarheid altijd zo'n centrale plaats heeft ingenomen.

THEORETISCHE IMPLICATIES

Kijkt men nu door een theoretische bril naar het wetsvoorstel, dan vallen vier dingen op. Het eerste wat opvalt, is dat het bij de OM-beschikking – en dus bij de uitsluiting van herziening – niet gaat om vrijheidsstraffen en niet gaat om delicten waarop meer dan zes jaar gevangenisstraf is gesteld. Dat maakt het iets minder erg. Men zou kunnen zeggen dat het belang dat de bestraffing overeenstemt met de materiële waarheid, toeneemt naarmate het delict ernstiger is en de straf ingrijpender. Omgekeerd geldt dan dat aan dat belang niet zo zwaar getild hoeft te worden als het vergrijp licht en de straf laag is.

Het tweede wat opvalt, is dat herziening alleen wordt uitgesloten als de verdachte zich bij de OM-beschikking neerlegt. Als de verdachte in verzet gaat, en de rechter legt vervolgens dezelfde straf op, dan is herziening wél mogelijk. Dat herziening in het ene geval wel, en in het andere geval niet uitgesloten is, kan niet anders dan betekenen dat die uitsluiting haar rechtvaardiging mede vindt in de procesopstelling van de verdachte. *Omdat* hij zich neerlegde bij de strafbeschikking, is de weg van de herziening afgesneden.

Het derde wat opvalt, is dat niet van belang is *waarom* de verdachte het doen van verzet achterwege heeft gelaten. Het kan zijn dat hij welbewust akkoord is gegaan met de opgelegde boete. Maar het kan ook zijn dat hij per ongeluk de termijn voor het doen van verzet heeft laten verlopen. Misschien was hij wel op wereldreis toen de boetebeschikking bij hem werd bezorgd. Dat komt dan eenvoudig voor risico van de verdachte. De achterliggende gedachte lijkt te zijn dat de wettelijke regeling voldoende garanties biedt dat een alerte verdachte tijdig op de hoogte komt van de strafbeschikking. Een *alerte* verdachte! Een alerte verdachte is iemand die, als hij maanden van huis gaat, maatregelen neemt om te zorgen dat de boetebeschikking die hij kan verwachten, hem toch bereikt. Wie dat niet doet, moet het zelf weten. De verantwoordelijkheid wordt dus kortom voor een deel bij de verdachte gelegd.⁴

⁴ Ter vermijding van misverstand het volgende. Het probleem speelt niet als sprake is van een misdrijf of als de opgelegde boete hoger is dan € 340. In dat geval geldt de hoofdregel dat de termijn van 14 dagen voor het doen van verzet begint te lopen als de strafbeschikking de verdachte in persoon is uitgereikt of als zich anderszins een omstandigheid heeft voorgedaan waaruit voortvloeit dat hij met die beschikking bekend is. Als de boete lager is, wordt ingeval van een overtreding van deze hoofdregel afgeweken. Dan geldt een verzettermijn van zes weken, die begint te lopen na toezending van de strafbeschikking (art. 257e lid 1 Sv-nieuw). Die toezending kan in dat geval bij niet-aangetekende brief geschieden (art. 257d lid 4 Sv-nieuw). Voorwaarde is wel, dat de strafbeschikking binnen vier maanden nadat de overtreding is gepleegd, wordt toegezonden. De gedachte is dat van een verdachte die, doordat hij is bekeurd, een boetebeschikking kan verwachten, kan worden gevergd dat hij de hem toegezonden post in de

Het vierde en laatste wat opvalt, is dat de werkbelasting van de Hoge Raad een rol heeft gespeeld bij de afweging.⁵ Recht heeft een prijs. Om te zorgen dat alle straffen – waaronder alle boetes – die in Nederland worden opgelegd, overeenstemmen met de materiële waarheid, moet tijd, geld en energie gestoken worden in een zorgvuldige behandeling van strafzaken. De capaciteit van het justitiële apparaat is – ook als men daarin fors zou investeren – niet onbeperkt. Dat vraagt om het stellen van prioriteiten. Zo'n prioriteit is kennelijk dat geen energie wordt gestoken in zaken waarover de verdachte zich zelf ook niet druk maakt. Het gaat tenslotte ook om zijn belang. Als de verdachte van een boete meer of minder niet wakker ligt – anders immers was hij wel in verzet gegaan bij de rechter – moet hij achteraf niet klagen dat de boete onterecht was.

DE PARTIJAUTONOMIE IN HET STRAFPROCES

Bezieet men deze vier punten in hun onderlinge samenhang, dan rijst een beeld op van het Nederlandse strafproces. In dat strafproces neemt de materiële waarheid nog steeds een centrale plaats in, maar het belang dat eraan toekomt, is niet absoluut. De inspanningen die van de justitie wordt gevraagd om te zorgen dat alleen de werkelijk schuldigen worden gestraft, zijn afhankelijk van de ingrijpendheid van de sanctie en van de houding van de verdachte. Wie zijn recht zoekt, dient het te krijgen; wie zich daarover niet druk maakt, heeft niet te klagen als de zaak niet tot op de bodem wordt uitgezocht. Een deel van de verantwoordelijkheid voor de waarheidsvinding wordt zo bij de verdachte gelegd.

Wij hebben het inmiddels – zoals u misschien zal hebben gemerkt – niet meer over de herzieningsprocedure, over de mogelijkheden tot correctie achteraf, maar over de inrichting van het eigenlijke strafproces, over de oordeelsvorming vooraf. De vraag is of het geschetste beeld correct is. Ik denk van wel. Wat ongenueanceerd misschien, maar niet onjuist. De vraag is ook of het beeld acceptabel is. Daarover kan verschillend worden gedacht. Maar in strijd met het EVRM, het Europees Verdrag voor de bescherming van de Rechten van de Mens, lijkt het toedelen van verantwoordelijkheid aan de verdachte niet te zijn.

Illustratief is hier een in december 2004 gewezen arrest van het Europese Hof.⁶ Twee journalisten waren door de Roemeense rechter veroordeeld wegens belediging en laster. Zij hadden een locoburgemeester en zijn juridische adviseur

gaten houdt en eventueel informeert als hij vreest dat er met de toezending iets mis is gegaan. Na vier maanden wordt die alertheid niet meer verlangd. Als extra waarborg geldt nog dat de verdachte bij zijn aanhouding of verhoor een adres kan opgeven waarop hij de beschikking wil ontvangen. Dat kan zijn vakantieadres zijn, maar ook het adres van een zaakwaarnemer. In dat geval wordt de beschikking zowel naar het GBA-adres (of de woon- of verblijfplaats), als naar het opgegeven adres gezonden (art. 257d lid 2-nieuw Sv). De risico's zijn zogezien beperkt, en aan de alertheid van de verdachte worden geen overdreven hoge eisen gesteld. Aan het principiële punt verandert dat echter niets: er wordt een zeker procesrisico bij de verdachte gelegd.

⁵ Deze veronderstelling is niet gebaseerd op de officiële stukken (zoals gezegd zwijgt de MvT over deze kwestie), maar vindt wel bevestiging in *inside information*.

⁶ EHRM 17 december 2004, NJ 2005, 368 (Cumpănă en Mazăra tegen Roemenië).

van corruptie beticht. De journalisten wendden zich tot het Europese Hof omdat de veroordeling in strijd zou zijn met hun vrijheid van meningsuiting. Bij de beoordeling van die klacht draaide het om de vraag of de aantijgingen uit de lucht waren gegrepen, dan wel voldoende steun vonden in de feiten. De journalisten betoogden uitvoerig aan de hand van overgelegd bewijsmateriaal dat het laatste het geval was. Het Hof echter vond dat zij daar rijkelijk laat mee waren. Een factor van belang was volgens het Hof ‘the applicants conduct during the criminal proceedings against them’. Het Hof stelde vast, zoals de Roemeense rechters daarvoor ook al hadden gedaan, dat de verdachten ‘displayed a clear lack of interest in their trial’. Zij waren, hoewel behoorlijk opgeroepen, noch in eerste aanleg, noch in hoger beroep verschenen. Zij hadden geen bewijs voor de juistheid van hun aantijgingen aangedragen, noch enige reden opgegeven voor hun hoger beroep tegen de veroordeling in eerste aanleg (paragraaf 104). Aldus hadden zij de Roemeense rechters de mogelijkheid ontnomen om tot een ‘informed assessment’ te komen. Over onvoldoende motivering van de veroordelingen konden de journalisten daarom niet klagen (paragraaf 107). Mede om deze reden werd hun klacht door het Hof ongegrond verklaard.

Dames en heren, ik moet hier een punt van orde aanroeren. Ik had mij voorgenomen een en ander wat meer reliëf te geven door te wijzen op de historische ontwikkeling die het Nederlandse strafproces heeft doorgemaakt. Ik had willen laten zien dat de verdachte in het oude inquisitoire strafproces niet meer was dan een voorwerp van onderzoek, die op de pijnbank kon worden gelegd om de materiële waarheid uit hem te persen. Ik had willen laten zien hoe dat is veranderd, dat de verdachte inmiddels als een volwaardige procespartij is erkend en dat die verdachte in het strafproces een vrije positie inneemt tegenover de hem vervolgende overheid. Ik had aannemelijk willen maken dat de eerbiediging van die autonome partijpositie – die verankerd is in het nemo tenetur-beginsel en de onschuldpresumptie – een zelfstandig belang is geworden, dat in bepaalde opzichten zwaarder weegt dan de waarheidsvinding.⁷ Ik had willen betogen dat processuele vrijheid niet zonder eigen verantwoordelijkheid en eigen risico kan, en dat de toedeling van een zekere eigen verantwoordelijkheid aan de verdachte dus onlosmakelijk is verbonden met de erkenning van diens autonome partijpositie.⁸ Ik had willen stellen dat de vraag niet zozeer is *of* de

⁷ Vgl. M.S. Groenhuijsen en G. Knigge, Algemeen Deel van *Afronding en verantwoording*, eindrapport Strafvordering 2001, Deventer 2004, m.n. p. 48 e.v. Een simpel voorbeeld ter illustratie: als de verdachte niet vooraf de cautie is gegeven, dienen zijn verklaringen uitgesloten te worden van het bewijs. De prijs die voor het zwijgrecht moet worden betaald, kan dus zijn dat een schuldige verdachte wordt vrijgesproken.

⁸ Weer enkele simpele voorbeelden ter illustratie. Vrijheid van verdediging houdt in dat de verdachte zelf mag bepalen wat hij wil verzwijgen en wat hij naar voren wil brengen. Als een verdachte ervoor kiest zich op zijn zwijgrecht te beroepen, erop gokkend dat het bewijs dan niet geleverd kan worden, ontnemt hij zich zelf de mogelijkheid om strafverzachende omstandigheden aan te voeren, waarmee de rechter dan onbekend blijft. Als de verdachte ervoor kiest zich niet op zijn ijzersterke alibi te beroepen (hij kan bewijzen dat hij, anders dan hij zijn vrouw had bezworen, die dag niet naar Amsterdam was gegaan – waar een getuige zegt hem te hebben gezien –, dan loopt hij het risico ten onrechte te worden veroordeeld. Zo ook heeft, als een verdachte er om hem moverende redenen voor kiest om geen raadsman in de arm te nemen, of niet ter zitting te verschijnen, of af te zien van hoger beroep, dat consequenties die moeilijk

verdachte eigen verantwoordelijkheid mag worden toebedeeld, maar *hoever* daarmee mag worden gegaan. Welke verdeling van verantwoordelijkheden tussen de justitie en de verdachte is aanvaardbaar? Ik had daarbij een vergelijking willen maken tussen ons strafproces en meer accusatoire procesvormen, waarin de verdachte, door het afleggen van een *guilty plea*, afstand kan doen van zijn recht op een onafhankelijk onderzoek. Wij zijn paternalistischer. De rechter moet onderzoeken of de bekentenis klopt, en er moet bovendien aanvullend bewijs zijn. Ik had willen betogen dat wij het belang dat geen onschuldigen worden veroordeeld, nog steeds als een *publiek* belang zien (en dus niet alleen als een belang van de verdachte), maar dat onze definitie van het publieke belang toch in accusatoire richting lijkt op te schuiven. Het publieke belang is vooral dat de rechten van de burgers worden beschermd tegen willekeurige bestraffing, en dat belang is niet in het geding als de verdachte zelf zijn rechten prijsgeeft. Dat alles had ik willen betogen. Het probleem was alleen dat ik dan aan de mij toebemeten tijd – een half uur – bij lange na niet genoeg zou hebben. Ik besprak dit met Marian, mijn echtgenote, mijn steun en toeverlaat, zonder wie enz. enz., en zij sprak, alsof ze Oldenbarneveldt was die naar het schavot werd geleid: ‘Oh Geert, alsjeblijft, hou het kort, hou het alsjeblijft kort!’

HET OORDEEL VAN DE RECHTER

Ik moet mij dus beperken. Ik beperk mij tot het opwerpen van een vraag. Die vraag is of de ontwikkeling die het strafproces heeft doorgemaakt, niet ongemerkt de omgang van de rechter met de materiële waarheid heeft beïnvloed, en daarmee zijn en ons oordeel over wat een juiste beslissing is. Ik zal die vraag verduidelijken aan de hand van de strafzaak tegen de schijnverlaten mevrouw K., die niet in hoger beroep ging, maar om herziening vroeg. Ik verklapte reeds dat de Hoge Raad die aanvraag om een *andere* reden niet-ontvankelijk verklaarde. Voor een succesvolle herzieningsaanvraag is een novum nodig, dat wil zeggen nieuw bewijs dat het ‘ernstige vermoeden’ wekt dat de rechter, als hij daarmee bekend was geweest, niet zou hebben veroordeeld. De Hoge Raad nu oordeelde dat van een dergelijk novum geen sprake was. De getuigenverklaringen waren wel nieuw, maar te weinig overtuigend om het vereiste ernstige vermoeden op te roepen. Het waren bij wijze van spreken slechts schijngetuigen. Staat daarmee vast dat de veroordeling door de rechtbank terecht is geweest? Daarvan had het gerechtshof, als mevrouw K. in hoger beroep was gegaan, in elk geval niet uit mogen gaan. Het had, met de onschuldpresumptie voor ogen, de zaak opnieuw moeten onderzoeken, en grondiger, aangenomen ten minste dat mevrouw K. zich bij het hof op haar getuigen zou hebben beroepen. Niet ondenkbaar is dat het hof vervolgens zou hebben vrijgesproken, omdat het was gaan twijfelen aan de schijn die misschien toch geen werkelijkheid was. Staat, nu dit alles niet is gebeurd, opeens wel onomstotelijk vast dat de werkelijkheid schijn was en de verdachte schuldig? Advocaat-generaal Van Dorst is in zijn conclusie voorzichtig. Hij

anders dan voor zijn rekening kunnen komen. Als een keuze geen consequenties heeft, valt er niets te kiezen en is van procesautonomie geen sprake.

schrijft dat het ervoor gehouden moet worden dat de beslissing van de rechtbank juist is. Daarmee lijkt de materiële waarheid iets van een fictie te krijgen. Misschien belazerde mevrouw K. de sociale dienst wel niet, maar het moet ervoor gehouden worden dat zij dat wel deed.

Dit fictie-achtige karakter komt ook in het volgende voorbeeld naar voren. Met enige regelmaat komt het voor dat verdachten worden aangehouden die in het bezit zijn van spullen die kort tevoren zijn gestolen. Niet zelden verklaart de verdachte dan dat hij de spullen heeft gekocht van iemand wiens naam hij niet wil noemen. Vaak is zo'n verklaring weinig geloofwaardig en lijkt het meest waarschijnlijk dat de verdachte zelf de spullen heeft gestolen. Omdat daarvoor echter het wettig bewijs ontbreekt, moet de verdachte van de diefstal worden vrijgesproken. Er is geloof ik geen rechter in Nederland die de verdachte in zo'n situatie ook zou vrijspreken van de subsidiair ten laste gelegde heling, ook niet als hij er in zijn hart van overtuigd is dat de verdachte in feite de dief is en niet de heler. Het valt immers moeilijk te verteren dat iemand niet kan worden gestraft, hoewel vaststaat dat hij zich aan een misdrijf heeft schuldig gemaakt. De verdachte wordt dan geen onrecht aangedaan als hij voor het minst zware misdrijf (de heling) wordt veroordeeld. Wat hier voor de materiële waarheid wordt gehouden, lijkt aldus door de redelijkheid en de rechtvaardigheid te worden gedictieerd. Het is tegenover de verdachte, die nota bene zelf verklaarde dat hij de spullen had gekocht, niet onredelijk dat als waar wordt aangenomen dat hij heeft geheeld.

De waarheid lijkt hiermee geworden te zijn tot een processuele waarheid. Van de pretentie dat de rechter in zijn vonnis de historische werkelijkheid vaststelt, lijkt nog maar weinig over. In dit verband is ook het volgende voorbeeld interessant. De berechting van medeverdachten vormt een telkens terugkerend probleem. Vaak wordt eerst de ene verdachte (laten we zeggen: Piet) berecht en daarna de andere (Jan). Stel nu dat Piet ter zitting bekent dat hij de inbraak met Jan heeft gepleegd en dat de rechter vervolgens bewezen verklaart dat Piet tezamen en in vereniging met Jan heeft ingebroken. Als dat de vastgestelde materiële waarheid is, wat moet Jan dan nog als hij daarna terechtstaat? Staat niet op voorhand vast dat hij schuldig is, al zijn ontkenningen ten spijt? Volgens de Hoge Raad is dat niet het geval. Sterker nog, Jan heeft volgens de Hoge Raad zelfs geen reden tot klagen als hij door dezelfde rechters wordt berecht die eerder Piet veroordeelden. Die rechters worden geacht niet bevooroordeeld te zijn.⁹ Het argument van de Hoge Raad is dat ieder strafproces op zich staat. Rechters mogen uitsluitend oordelen op grond van het onderzoek ter zitting zoals dat in de desbetreffende strafzaak is gehouden. De rechters worden daarbij professioneel genoeg geacht om zich los te maken van wat zij in andere zaken hebben vastgesteld en beslist. Daaruit lijkt geen andere conclusie te kunnen worden getrokken dan dat de materiële waarheid relatief is, ja moet zijn, in de eerste plaats in de beleving van de rechters zelf. Wat in de strafzaak tegen Piet voor de materiële waarheid mag

⁹ Vaste rechtspraak. Zie o.m. HR 26 mei 1992, NJ 1992, 676 m.nt. 't H. Alleen in uitzonderingsgevallen is dat anders. Zie bijv. HR 14 okt. 1997, NJ 1998, 187 m.nt. Kn.

worden gehouden, mag dat niet zomaar in de strafzaak tegen Jan. Ook hier lijkt de redelijkheid een rol te spelen. Tegenover Piet is het niet onredelijk om hem te veroordelen op grond van zijn eigen verklaring dat hij met Jan inbrak. Als echter Jan niet de gelegenheid heeft gehad om de verklaring van Piet aan te vechten, is het wél *unfair* om die verklaring tegenover hem voor juist te houden.

TOT SLOT

Dames en heren. Ik wierp de vraag op of de materiële waarheid werkelijk verschilt van de formele waarheid. Het antwoord lijkt te moeten zijn dat ook de waarheid die in het strafproces wordt vastgesteld, formeel van aard is. De waarheid is wat daarvoor in redelijkheid mag worden gehouden als uitkomst van het tegen de verdachte gevoerde contradictoire strafproces.¹⁰

¹⁰. Het belang van deze conclusie is, dat een overeenkomst wordt geconstrueerd tussen het strafproces en het civiele proces (en het administratieve proces). Op basis daarvan is een vergelijking mogelijk die niet langer blijft steken in de vaststelling dat het in het strafproces om de materiële waarheid en in het civiele proces om de formele waarheid gaat. Als het bij beide procesvormen om een formele waarheid gaat, wordt de vraag wanneer (op welke gronden) iets voor waar mag worden gehouden als uitkomst van het geding. Welke verschillen en overeenkomsten zijn hier te constateren? Hoe zijn daarbij telkens de verantwoordelijkheden verdeeld over de rechter en de procespartijen?

REEDS VERSCHENEN IN DE CRBS-REEKS

1. Prof. mr. G.R. Rutgers & mr. H.E. Bröring (red.), *Rechtspraak op tijd*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.
2. Prof. mr. J.H. Nieuwenhuis e.a. (red.), *Recht en verandering*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 1999.
3. Dr. P.C. Westerman e.a. (red.), *Non-discrimination and diversity*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2000.
4. Dr. J.H.L.J. Janssen & dr. S. Miedema (red.), *Ergens ging er iets mis: Problemen rond sociale uitsluiting*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2001.
5. Dr. A. Haan-Kamminga & mr. E.F. Stamhuis (red.), *Religie, cultuur en het recht van de overheid*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2002.
6. Dr. dr. A.T. Marseille & mr. H.E. Bröring (red.), *Begrensde bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
7. Dr. G.T. de Jong, mr. W.D. Kolkman, mr. A.H. Santing-Wubs & prof. mr. M.H. Wissink (red.), *Algemeen-Bijzonder: de wisselwerking tussen algemene en bijzondere regelingen in het privaatrecht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
8. Dr. J.W.L. Broeksteeg & mr. E.F. Stamhuis (red.), *Rechtswetenschappelijk onderzoek: over object en methode*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
9. Dr. M. Kessler, *Vervolgingsystemen in de belastingen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2003.
10. Mr. A.T. Marseille, *Effectiviteit van bestuursrechtspraak*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2004.
11. Dr. F. Amtenbrink & mr. S.B. van Baalen, *Europa; eenheid in verscheidenheid? Groningse beschouwingen over de Europese Grondwet*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2005.
12. Prof. mr. M.H. Wissink & mr. T.H.M. van Wechem (red.), *Betalingsachterstanden bij handelstransacties. De richtlijn betalingsachterstanden in het Nederlandse recht*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.
13. Mr. A.L.M. Keirse, mr. R. Meijer, mr. drs. C.M.D.S. Pavillon, mr. C.A. de Visser (red.), *Recht in regio. Bijdragen gebundeld ter gelegenheid van de BW-dag 2006 te Groningen*, Den Haag: Boom Juridische uitgevers 2006.