

De rechterlijke macht in de steigers

A.F.M. Brenninkmeijer

Hoogleraar burgerlijk procesrecht aan de Universiteit van Amsterdam en raadsheer in de Centrale Raad van Beroep. Adres: Heijendaalseweg 7, 6524 SC Nijmegen

Inleiding

De behandeling van de regeling van euthanasie heeft, totdat de Eerste Kamer eind 1993 het regeringsvoorstel aanvaardde, bijna tien jaar geduurd. Deze trage politieke besluitvorming heeft voor de dagelijkse praktijk van artsen die over euthanasie moesten beslissen weinig of geen betekenis gehad (dit zou voor artsen wellicht emotioneel anders hebben gelegen wanneer de strafbaarstelling als zodanig geschrapt was). De in de rechtspraak gevormde zorgvuldigheidseisen die in de regelgeving zouden worden vastgelegd, werden in afwachting van regelgeving door de rechter onverkort gehanteerd. Euthanasie vormt maatschappelijk gezien een zwaarwegend en ook niet onomstreden onderwerp en de Nederlandse benaderingswijze ervan heeft – al dan niet terecht – tot ver over onze landsgrenzen de aandacht getrokken. Het is dan ook niet verwonderlijk dat politici gedurende jaren kunnen discussiëren over de toelaatbaarheid van euthanasie. Dit uitstel van besluitvorming over een belangrijk onderwerp als euthanasie laat zien hoe soms de verhouding tussen de wetgever en de rechter in Nederland is. De jurisprudentie van de rechter kan in de plaats treden van wetgeving. Zelfs wanneer euthanasie geregeld wordt, dan nog gaat het om vastlegging in algemene regels van hetgeen de Hoge Raad in een aantal uitspraken als beoordelingskader voor euthanasiepraktijken heeft gevormd.

Er is veel kritiek op de effectiviteit van wet- en regelgeving. Er is te veel wetgeving, de wetgeving sluit niet aan bij de maatschappelijke werkelijkheid, de handhaving of handhaafbaarheid schiet te kort. Er is veel kritiek op het functioneren van de politieke organen: regering en parlement. Het contact met de kiezers lijkt verloren. De kwaliteit van de parlemen-

taire inbreng schiet te kort. Onder de noemer 'staatkundige vernieuwing' wordt gezocht naar mogelijkheden om het functioneren van het politieke bedrijf te verbeteren. Doch inmiddels is uit de debatten gebleken dat vrijwel alle voorstellen tot niets leiden. Het zou mij niet verbazen wanneer de initiatiefnemer van het debat over staatkundige vernieuwing – D66 – rond de verkiezingen en de kabinetsformatie in 1994 de staatkundige vernieuwing alsnog op de agenda zal plaatsen.

Tegen de achtergrond van deze ontwikkelingen moet de reorganisatie van de rechterlijke macht bezien worden. De rechterlijke macht vangt veel problemen die met wet- en regelgeving ontstaan op en de tussenkomst door de rechter geniet het vertrouwen van velen. Maatschappelijke conflicten worden vaak bij voorkeur aan de rechter – in kort geding – voorgelegd en over de uitkomst wordt niet vaak geklaagd. Stond in de jaren zestig het aanzien van de rechterlijke macht in een kwaad daglicht, omdat de toen zittende rechterlijke macht als te behoudend of zelfs reactionair werd beschouwd, in de jaren negentig heeft de rechter over waardering voor de rechtspraak niet te klagen. Het zijn nu juist de politieke organen die kritiek te duchten hebben. De reorganisatie van de rechterlijke macht vindt niet plaats omdat de rechtspleging als een van de drie staatsmachten niet goed zou functioneren. Er zijn natuurlijk ook wel problemen. De toepassing van het strafrecht hapert vanwege de overbelasting van het openbaar ministerie, die blijkt uit oordelen van rechters over onder meer vormfouten. De rechter kampt met achterstanden. Door aanpassing van de strafwetgeving probeert men dit te verbeteren. Uit het oogpunt van de rechter is het heenzenden van een verdachte die niet overeenkomstig de daarvoor geldende regelgeving vast zit een kwestie van kwaliteit van het eigen

werk. Voor buitenstaanders ziet dat heenzenden er minder positief uit. Toch is het ook niet een kwestie als deze die aanleiding vormt voor herziening van de rechterlijke organisatie.

De aanleiding

De aanleiding voor de herziening van de rechterlijke organisatie vormt een aantal concrete problemen dat eind jaren tachtig speelde. De invoering van rechtspraak tegen overheidsbeschikkingen in 1976, waarbij de Afdeling rechtspraak van de Raad van State een geschillenbeslechtende taak kreeg voor geschillen onder meer met ministers, provincies en gemeenten (Wet-Arob) heeft uiteindelijk geleid tot tienduizenden beroepen. Terwijl de gewone rechtspraak opgedragen is aan 62 kantongerechten en 19 rechtbanken, moesten alle geschillen over overheidsbeschikkingen door één orgaan beslecht worden. Daar kwam nog bij dat de vreemdelingenrechtspraak om een oplossing vroeg. De trage afdoening van vreemdelingenzaken veroorzaakte als vanzelf ook een probleem bij de opvang. Ook internationale ontwikkelingen speelden een rol. In 1984 heeft het Europese Hof voor de Rechten van de Mens (EHRM) de geschillenbeslechting door de Kroon in strijd geoordeeld met het beginsel van eerlijke rechtspraak zoals dat is gewaarborgd in artikel 6 van het Europese Verdrag inzake de bescherming van de rechten van de mens en de fundamentele vrijheden (EVRM). Die uitspraak maakt duidelijk dat voor heel veel geschillen – ook met de overheid – rechtspraak door een onafhankelijk rechter vereist is. In Nederland heeft het met de rechtsbescherming tegen de overheid niet zo goed willen lukken in deze eeuw. Hoewel er reeds aan het eind van de vorige eeuw heftig gediscussieerd is over de vraag op welke wijze burgers op zouden moeten kunnen komen tegen overheidshandelingen, is het nooit tot een bevredigende oplossing gekomen. Voor bijzondere onderwerpen zoals de sociale zekerheid, ambtenarenrecht en de publiekrechtelijke bedrijfsorganisaties zijn bijzondere rechtsgangen met bijzondere rechterlijke colleges ingericht. Enkele delen van het overheidsbedrijf werden te gevoelig geacht voor onafhankelijke rechtspraak, bij voorbeeld gemeentelijke bestemmingsplannen en milieuvergunningen. Voor die geschillen was de Kroon als hoogste instantie aangewezen. Al met al

was een sterk verbrokkelde rechtsbescherming ontstaan, waarbij uiteindelijk ook nog de gewone rechter rechtsbescherming gaf in al die gevallen waarin een bijzondere bestuursrechtsgang ontbrak.

Eind jaren tachtig heeft de toenmalige minister van Justitie Korthals Altes een blauwdruk voor de reorganisatie van de rechterlijke macht opgesteld. Daarbij kon hij gebruik maken van de voorstellen die de Staatscommissie Herziening rechterlijke organisatie had gedaan. Overigens was deze staatscommissie ingesteld vanwege het stoffige imago van de rechterlijke macht dat eind jaren zestig begin jaren zeventig aan de kaak was gesteld. De voorstellen van de Staatscommissie bleken echter ook zeer geschikt om het probleem van de rechtsbescherming tegen de overheid aan te pakken.

Gefaseerde reorganisatie

Uiteindelijk is besloten de herziening van de rechterlijke organisatie gefaseerd in te voeren. In een voorfase zijn zijn medio 1992 de raden van beroep (rechtspraak sociale zekerheid) en ambtenarenrengerechten toegevoegd aan de rechtbanken en is bij iedere rechtbank een 'sector bestuursrecht' gevormd. In de eerste fase, die per 1 januari 1994 is doorgevoerd, is aan de rechtbanken in eerste aanleg de beslechting van geschillen over overheidsbesluiten opgedragen. Voor bijzondere onderwerpen zijn nog wel andere rechters aangewezen die op termijn zouden moeten verdwijnen. In deze fase is het hoger beroep opgedragen aan de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State en de Centrale Raad van Beroep (sociale verzekeringen en ambtenaren). Een rechtseenheidsvoorziening, bij voorbeeld in de vorm van coördinerende rechtspraak door de Hoge Raad is nog niet ingevoerd. Een van de problemen daarbij vormt de verhouding tussen de Raad van State en de Hoge Raad. De Raad van State kon moeilijk verdragen dat de Hoge Raad iets te zeggen zou krijgen over haar jurisprudentie, zodat de Hoge Raad op het terrein van het bestuursrecht vooralsnog geen cassatietak kan krijgen. In de tweede fase van de herziening van de rechterlijke organisatie zullen de kantongerechten organisatorisch ingepast worden in de rechtbankorganisaties. De rechtbank zal dan niet meer als appèlinstantie voor kantongerechtsuitspraken kunnen fungeren. In de derde fase van de herziening van

de rechterlijke organisatie zal daarom het hoger beroep centraal staan. Colleges als de Centrale Raad van Beroep en het College voor Beroep voor het Bedrijfsleven zullen volgens de plannen verdwijnen en de vijf Gerechtshoven zouden de appelrechtspraak moeten gaan verzorgen. De Hoge Raad zou dan ook cassatierechtspraak op het gehele bestuursrechtelijke terrein op zich nemen. Hoewel het schema van de reorganisatie er zo vrij eenvoudig uit komt te zien, is er nog een aantal moeilijke knelpunten. Verdeling van het hoger beroep over vijf gerechtshoven zal de druk op de cassatierechter vergroten, omdat de rechtseenheid bij vijf hoven niet zonder meer waarborgd is. Bovendien dreigt versplintering van de specialisatie (sociale zekerheid, ambtenarenrecht, sociaal economisch recht). Daarom wordt nog gedacht over een optie waarbij hetzij een bestuursrechtelijk hof wordt ingericht, hetzij aan hoven bijzondere gespecialiseerde taken worden toebedeeld.

Veranderingen

Vooralsnog zitten rechters en vele juristen met hen met stille verbazing te kijken naar de vele veranderingen die in het juridische bedrijf doorgevoerd worden. In 1992 vond invoering van een nieuw burgerlijk wetboek plaats, inmiddels wordt gewerkt aan een ingrijpende bijstelling van het Wetboek van Strafvordering (voorgesteld door de commissie-Moons) en een verdere wijziging van het burgerlijke procesrecht. Begin 1994 krijgt de eerste fase van de herziening van de rechterlijke organisatie zijn beslag, met daarbij de invoering van de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Deze laatste wet is evenzeer van grote betekenis als de reorganisatie. Voor het eerst in onze rechtsgeschiedenis wordt het bestuursrecht in algemene termen geregeld in een wet (die nog verder uitgebouwd zal worden). Voor bestuursorganen gaat bij voorbeeld de verplichting gelden om burgers (in ruime zin opgevat) na een aanvraag een ontvangstbevestiging te sturen en verkeerdelijk geadresseerde post door te zenden, om burgers te horen naar aanleiding van verzoeken om bij voorbeeld een vergunning. Voordat belanghebbenden zich tot de rechter kunnen wenden zullen zij – in navolging van de Arob-praktijk – eerst een bezwaarschrift bij het bestuursorgaan moeten indienen, op grond waarvan een heroverweging plaatsvindt. In de Algemene wet

bestuursrecht is voorts nieuw procesrecht vastgesteld ter vervanging van een boekenplank vol aan verschillende proceswetten. En deze veranderingen voltrekken zich in een tijd waarin de wetgevingsproductie ieder jaar weer toeneemt en vele wetten en regelingen keer op keer gewijzigd worden. De WAO is hierbij illustratief: terwijl de wijzigingen nog ingevoerd moest worden, werd naar aanleiding van de parlementaire enquête gediscussieerd over verdere bijstellingen.

De eerste fase van de herziening van de reorganisatie van de rechterlijke macht – introductie van algemene bestuursrechtspraak op rechtbankniveau – met daarbij de introductie van de Awb zal zowel voor rechtzoekenden als voor de rechter belangrijke gevolgen hebben. Rechtzoekenden zullen ervaren dat het bestuur beter gaat functioneren, in die zin dat de Awb eisen stelt aan behoorlijk bestuuroptreden. Bovendien kan de bezwarenprocedure de kwaliteit van het bestuur verbeteren. Het is immers voor de terugkoppeling binnen een bestuurlijke organisatie waardevol wanneer bewust met bezwaren van 'klanten' wordt omgegaan. Juist op dit punt zijn met de Wet-Arob sinds 1976 goede ervaringen opgedaan. Daar staat tegenover dat vooral in de beginperiode knelpunten kunnen ontstaan wanneer de implementatie van de Awb tot achterstanden zal leiden vanwege aanpassingsproblemen. Voor de rechtzoekende zal de toegang tot de rechter overzichtelijker worden. Bovendien wordt gewerkt aan een stelsel van verwijzingsmogelijkheden, 'wissels' waardoor het kiezen van de verkeerde rechtsingang opgelost wordt door verwijzing. Ook gebreken aan het beroepsschrift kunnen worden hersteld. Verwarrend blijft dat voor sommige overheidsbehandelingen (onrechtmatige daad, overeenkomsten) niet de weg van bestuursrechtpraak gekozen moet worden, omdat de burgerlijke rechter bevoegd is. Hoewel historisch gezien dit verschil verklaarbaar is en ook de juridische dogmatiek in deze tweedeling voorziet, rijzen er in de rechtspraktijk vele problemen. Vreemdelingen geschillen bij voorbeeld werden tot voor kort zowel door de Arob-rechter als door de burgerlijke rechter beoordeeld. Hierbij speelt mede een rol dat vanwege de onbevredigende ontwikkeling in de toegang tot de rechter in het bestuursrecht de burgerlijke rechter steeds aanvullend rechtsbescherming heeft gegeven. Als er geen bijzondere bestuursrecht

ter bevoegd is, kan men altijd bij de burgerlijke rechter terecht. Ook onder de Algemene wet bestuursrecht gelden niet onbelangrijke uitzonderingen op de toegang tot de rechter. Als voorbeeld valt te noemen beroep tegen algemeen verbindende voorschriften zoals verordeningen en tegen beleidsregels. Tot 1999 is rechtstreeks beroep op de bestuursrechter uitgesloten, zodat de burgerlijke rechter van die geschillen kennis zal nemen. In sommige gevallen zullen zo twee procedures naast elkaar gaan lopen: beroep op de burgerlijke rechter tegen het algemeen verbindende voorschrift en beroep op de bestuursrechter tegen het besluit gebaseerd op het algemeen verbindende voorschrift.

De introductie van algemene bestuursrechtspraak met ingang van 1994 zal waarschijnlijk een vergelijkbaar effect hebben als de invoering van de Wet-Arob in 1976. Aanvankelijk was het aantal beroepen relatief gering, doch uiteindelijk bleek de behoefte aan rechtsbescherming tegen de overheid groot. Wanneer in brede lagen van de bevolking bekend wordt dat iedere overheidshandeling in bezwaar en in beroep getoetst kan worden, zal dit ongetwijfeld leiden tot een substantieel aantal beroepszaken. Dit past ook bij de minder gezagsgetrouwe opstelling van burgers. Overigens lopen Nederlanders wat proceslustigheid betreft zeker niet aan kop. Het aantal rechters en advocaten en processen bij onze oosterburen is bij voorbeeld veel groter dan bij ons. Ook Amerikaanse toestanden ('I sue you') passen niet zo binnen ons cultuurpatroon. De late invoering van algemene bestuursrechtspraak in Nederland vormt hiervan ook een illustratie. Op dit punt lopen wij decennia achter bij andere Europese landen. Voor zover het beroep op de rechter ingaande 1994 zal toenemen, kan gesproken worden van een beperkte inhaalvraag.

De veranderingen ingaande 1994 zijn voor de rechter groot. Nieuw procesrecht en ten dele nieuw bestuursrecht. Voor rechters in de rechtbank zijn bepaalde onderwerpen die nu aan de rechter voorgelegd kunnen worden ook nieuw. In eerste aanleg zal jurisprudentie gevormd moeten worden. Onder meer zal uitgemaakt moeten worden op welke wijze de rechter toepassing geeft aan de vele keuzemogelijkheden die hij in het nieuwe procesrecht heeft. Als voorbeeld kan worden genoemd het toekennen van schadevergoeding in verband met de vernietiging

van een besluit. De rechter is zonder meer gehouden te komen tot een (beperkte) proceskostenveroordeling ten laste van het bestuursorgaan, doch andere schadevergoeding kan de rechter op verzoek ook toekennen. Besluit de rechter geen schadevergoeding toe te kennen of is er door belanghebbende geen verzoek daartoe gedaan, dan is de burgerlijke rechter alsnog bevoegd. Hoewel toekenning van schadevergoeding in het bestuursrecht tot nu toe niet algemeen gebruikelijk was (de genoegdoening bestond in de vernietiging van het onjuiste besluit) is de toekenning ervan in een aantal gevallen niet irreëel: een uitkering wordt ten onrechte geweigerd en om die reden verkoopt iemand z'n huis vanwege de hypotheeklasten die niet meer te dragen zijn, of een bedrijf moet de ontwikkeling van een produkt uitstellen omdat een vergunning ten onrechte geweigerd is. Zo beschouwd wordt het bestuursproces voor bestuursorganen minder vrijblijvend. In de oude situatie lieten bestuursorganen het nog wel gemakkelijk aankomen op een proces, omdat noch wat proceskosten noch wat schadevergoeding betreft iets te vrezen viel. Nu is een afweging noodzakelijk. Daar staat weer tegenover dat de bezwarenprocedure nu juist ruimte biedt voor die afweging, terwijl de belanghebbende vanwege hogere griffierechten en de beperking van de toegevoegde rechtshulp ook tot een afweging gedwongen wordt.

De rechter en de juridisering van de samenleving

Niet ontkend kan worden dat in de afgelopen jaren de rechter in Nederland ervoor gekozen heeft om ten opzichte van bestuur en wetgever het laatste woord te hebben wanneer het gaat om schending van grondrechten en trouw aan het internationale recht, in het bijzonder het Europese recht. De plaatsing van de kruisraketten vormt een duidelijk voorbeeld. Hoewel verdedigd zou kunnen worden dat de vraag of die wapens wel dan niet geplaatst zouden moeten worden puur een politieke vraag betreft, oordeelde de Hoge Raad dat de rechter antwoord dient te geven op de vraag of die keuze rechtmatig is; niet in strijd komt met onder meer internationaal recht. Meestal doet de Hoge Raad dit soort principiële uitspraken wanneer er geen bloed uit vloeit. Ook in dit geval bleek dat zo te lopen. Ondertussen moeten de politie-

ke organen wennen aan de idee dat de politieke vrijheid ook beperkt is. De gelijke behandeling van vrouwen en mannen vormt hiervan een voorbeeld. Terwijl politici die gelijke behandeling met ideologische en financiële motieven telkens weer uitstelden, moest de rechter constateren dat sinds eind jaren zeventig het internationale recht die gelijke behandeling vereiste. Uiteindelijk is pas in de tweede helft van de jaren tachtig de rechter ertoe overgegaan om de wet te toetsen aan het gelijkheidsbeginsel. In de verhouding tussen rechter en politiek vormde dat een omslagpunt. Wat betekent 'het primaat van de politiek' wanneer tegelijkertijd erkend moet worden dat voor politieke besluitvorming (steeds duidelijker) juridische grenzen gelden en dat de rechter zo nodig ingrijpt bij grensoverschrijding? Juist in de afgelopen tien jaar blijkt dat de verhouding tussen de rechter en de politiek aan het verschuiven is. Werd vroeger de rechter gezien als een neutraal toepasser van de wetgeving, nu geldt de rechter steeds meer als toetsers van de wetgeving. Daarbij ontwikkelt de rechter in de sfeer van de grondrechten en de beginselen van behoorlijke wetgeving en bestuur een steeds duidelijker toetsingsschema voor overheids-handelingen. Is hier sprake van een sprong voorwaarts van de Nederlandse rechter? Ten dele is dit zo. De politieke praktijk laat zien dat regering en parlement steeds monistisch gaan functioneren, waardoor de 'checks and balances' die in de parlementaire democratie besloten liggen aan intensiteit inboeten. Het parlement verambtelijkt en is niet meer in staat om een onafhankelijke controlerende rol te vervullen tegenover de regering. Het parlement kan niet meer gelden als een onpartijdige belangenbehartiger voor de burger: vaak heeft het parlement een eigen politiek belang bij het verdoezelen van feiten of het gesloten houden van de ogen. De parlementaire enquête naar de sociale zekerheid vormt hiervan een illustratie. Het is echter niet alleen een reactie van de Nederlandse rechter op het minder goed functioneren van de politieke besluitvorming die meer nadruk legt op de rechtspleging. Ook Europees gezien doet zich deze ontwikkeling voor. Het Hof van Justitie van de Europese Gemeenschappen heeft veel uitspraken gedaan die de haperende politieke besluitvorming in Europa bijstuurden. Terwijl de politieke wil om de economische eenwording die Europa beleeft ook institutioneel te begeleiden soms ontbreekt,

heeft het Hof van Justitie de doorwerking van Europees recht in de nationale rechtsordes kracht bijgezet. Bovendien heeft het Hof van Justitie de bescherming van grondrechten in de EG een impuls gegeven. Ook buiten EG-verband is de betekenis van trouw aan grondrechten toegenomen. In reactie op de gruwelen van de Tweede wereldoorlog is aan het EHRM de bevoegdheid toegekend om op basis van het EVRM controle uit te oefenen op nationale wetgevers inzake de grondrechten. Ook die rechtspraak blijkt van grote betekenis voor Nederland. Hier geldt weer dat de Nederlandse rechter in verhouding tot bij voorbeeld de *Supreme Court* in de VS en het *Bundesverfassungsgericht* in Karlsruhe zich terughoudend opstelt. Wij kennen nog steeds een toetsingsverbod voor parlementaire wetgeving (anders was de Harmonisatiewet gesneuveld bij de Hoge Raad) en de Nederlandse rechter zal voorlopig nog niet toekomen aan toetsing van abortuswetgeving of van de goedkeuring van het verdrag van Maastricht.

Ons openbaar bestuur laat zien dat steeds meer onderwerpen met behulp van het recht – met het recht als instrument – bestuurd worden. Steeds meer terreinen van het maatschappelijk leven worden binnen het recht betrokken en naarmate politici erin geloven dat het stellen van regels ook verandering brengt in de maatschappelijke werkelijkheid, neemt de juridisering toe. Voorlopig geldt een sterk geloof in de waarde van wet- en regelgeving, ook al zou gellet op de bereikte resultaten bescheidenheid passen. Tegelijkertijd verandert ook de houding van de burger. Werd in vroeger tijden overheidsgezag veelal aanvaard en werd ook aanvaard dat de juistheid van het overheidshandelen niet door een rechter gecontroleerd kon worden (de rechtsbescherming tegen overheidsbeschikkingen werd pas serieus genomen met invoering van de wet-Arob in 1976), steeds sterker dringt het besef door dat ook bestuursorganen en zelfs wetgevers fouten kunnen maken. Daarom wordt steeds vaker een beroep op de rechter gedaan. Er valt echter met een beroep op de rechter ook op meer indirecte wijze winst te behalen: het proces als vertragsproces, verdragings tactiek. Lange strafprocedures – mede vanwege hoger beroep en cassatie naar aanleiding van incidenten in het proces – leiden tot lagere straffen of zelfs het uitblijven van een straf (vanwege schending van de redelijke termijn). Procedures van vreemdelingen leiden op zich al tot

verblijf. In het proces tussen burgers kan traag procederen letterlijk leiden tot uitstel van executie. Het proces wordt langs die weg van middel tot doel. Ook in het bestuursrecht speelt dit een rol. Een blik over de grens kan verhelderend werken: Frankrijk staat vol met kerncentrales, terwijl Duitsland zijn kern-energieprogramma heeft moeten afgelasten. Hierbij vormt het niet-afbouwen van Kalkar een opmerkelijk eindpunt. Aantoonbaar is dat de Franse rechter de bouw van kerncentrales onberoerd heeft gelaten door systematisch beroepen tegen vergunningen ongegrond te verklaren, terwijl de Duitse rechter intensief controleerde. Hiermee werd de kans geboden voor jaren durende procedures die een volstrekt ongewisse uitkomst hadden. Daarom werd de bouw van kerncentrales te kostbaar en te onzeker. In het bestuursrecht speelt het proces als verdragingsmiddel zeker een rol. Grote projecten als een Betuwelijn en de bouw van elektriciteitscentrales worden daarvoor moeilijker uitvoerbaar.

De rechtspraak van de rechter laat in het algemeen zien dat het in het overgrote deel van de processen gaat om reële geschillen. Bovendien worden heel veel geschillen buiten de rechter om afgedaan. In het privaatrecht zijn er vele vormen van alternatieve geschillenbeslechting. In het strafrecht kan in de sfeer van boetes een zaak opgelost worden. Bovendien is een groot deel van de overtredingen ondergebracht bij de Wet-Mulder, op grond waarvan een bezwaarprocedure voor de officier van justitie is gaan gelden en het beroep op de rechter uiteindelijk beperkt wordt. Het uitgangspunt daarbij is eerst betalen en dan procederen, zodat de animo om naar de rechter te stappen beperkt is. Voor het bestuursrecht gaat op grond van de Awb een algemene bezwarenprocedure gelden, zodat veel geschillen buiten de rechter om afgedaan worden. Ook de bestuurspraktijk kan goed op deze mogelijkheid inspelen. Als voorbeeld kan de studiefinanciering genoemd worden. Hoewel de Informatiseringsbank (Wet studiefinanciering) als geheel een ongelukkig instituut is wegens zijn autistische grondhouding en het grossieren in onjuiste besluitvorming, zit er ook een andere kant aan de studiefinanciering. De honderdduizenden studiefinancieringsbeslissingen per jaar worden door een computer genomen. Dat is naar verhouding een goedkope oplossing, doch de foutmarge is daarbij groot: tienduizenden besluiten zijn onjuist. Via be-

zwaar wordt echter een heel groot deel hersteld, zodat uiteindelijk slechts enkele duizenden zaken overblijven voor een beroep op de rechter. De rechtsbeschermingsprocedure vormt zo een methode voor het bereiken van de vereiste kwaliteit, zonder dat ieder primair besluit op een goudschaaltje hoeft te worden gelegd. De keerzijde is wel dat voor een doorsnee student de kennismaking met de overheid in de vorm van de Informatiseringsbank een afschrikwekkende gebeurtenis vormt.

Knelpunten

Het relatieve succes van de rechtspraak in deze tijd is verklaarbaar vanuit het basisprincipe van rechtspleging: hoor en wederhoor. Wanneer een rechter serieus naar partijen luistert, heeft dat op zich genomen al – uit menselijk oogpunt – grote betekenis. Het gehoor bij de rechter vormt de kracht en de zwakte van rechters. In deze tijd waarin de massaliteit en de anonimiteit toenemen, heeft rechtspleging een heilzame uitwerking. De rechter dreigt echter aan zijn succes ten onder te gaan. De rechtbanken groeien uit van kleinschalige gerechten tot logge en aan bureaucratie onderhevige organisaties. Een rechtbank zal na de herziening van de rechterlijke organisatie wel honderd rechters in dienst kunnen hebben. Zijn er zoveel goede rechters in Nederland te vinden? De reorganisatie zal in de tweede fase leiden tot opheffing van de kantongerechten. De kantonrechters zijn daarop tegen. Kantonrechters blijken met hun kleine sterk lokaal en regionaal werkende organisaties een grote produktie te kunnen maken. Daar staat weer tegenover dat de eigenwijsheid van kantonrechters soms moeilijk te plaatsen is. Uit het oogpunt van gelijke rechtsbedeling gedragen sommige kantonrechters zich te veel als ‘magistraat’. In de grote rechtbankorganisatie dreigt echter door bureaucratisering vervlakking van de rechtspraak: de rechter als uitvoerend ambtenaar. Dat is niet de bedoeling. De rechter heeft – afgezien van de grote stroom zaken die probleemloos kan worden afgedaan – tot nu toe een kritische en vernieuwende rol in het recht en juist aan die rol ontleent de rechtspraak zijn aanzien. Het benoemen van steeds meer rechters kan beperkt worden door inschakeling van juridische ondersteuning van rechters. Een rechter kan meer werk verzetten wanneer zaken goed voorbereid worden en wan-

neer hij niet alle uitspraken en vonnissen zelf hoeft te schrijven. Ook die ontwikkeling kan leiden tot bureaucrativering van de rechtspleging. Uitvoerend juristen neigen tot standaarddoening en standaardformuleringen. Daar komt nog bij dat rechterlijke colleges gaan functioneren binnen een zich steeds sterker profilerende bureaucratische structuur. Was vroeger de griffier de eenvoudige penvoerder van de rechter, nu wordt hij vervangen door de Directeur Gerechtelijke Ondersteuning (DGO), die een steeds groeiende staf heeft en die zich buigt over de produktie van rechters en 'planning and control'. Een raadsheer uit de Hoge Raad heeft eens verklaard dat de mooiste juridische oplossingen voor geschillen gevonden worden tijdens een boswandeling, die een thuiswerkend rechter misschien ook tussen het werk door kan maken. In deze tijd ligt er een bouwplan voor gerechtsgebouwen (die er steeds meer gaan uitzien als gewone kantoren) waarin de rechter onder het toezicht van de DGO achter de pc wordt gezet en geacht wordt produktie te maken. Produktie van wat?

Onafhankelijke rechtspraak

De onafhankelijkheid van de rechter vormt de enige bestaansreden van rechtspraak. In internationaal verband is Nederland meerdere malen met de neus op dit feit gedrukt. Op het terrein van het bestuursrecht heeft het met onafhankelijke rechtspraak in deze eeuw niet erg willen vlotten. Aanvankelijk heeft het idee postgevat dat onafhankelijke rechtspraak over bestuurshandelen onmogelijk was. Wat valt er te toetsen aan een bestuurlijke keuze? Vervolgens zijn in de jurisprudentie de algemene beginselen van behoorlijk bestuur ontwikkeld en blijkt de rechter op die wijze ook bestuursbesluiten die berusten op door de wetgever gegeven bestuurlijke vrijheid objectiverend te kunnen toetsen. Algemene bestuursrechtsspraak door een onafhankelijk rechter is tot 1994 echter niet ingevoerd en ook nu nog kleven aan het systeem gebreken. Eerder is vermeld dat het Europese Hof voor de rechten van de mens het beroep op de Kroon (koningin en minister, oftewel rechtsbescherming door een bestuursorgaan) in strijd heeft geoordeeld met onafhankelijke rechtspraak. Tot ver over onze landsgrenzen is Nederland onder juristen befaamd vanwege dit gedateerde systeem van 'justice

retenu'. Ook de procedure die gold voor de Ziekte-wet, waarbij in veel gevallen een belanghebbende niet door de rechter gehoord werd voordat beslist werd, is bij het EHRM in Straatsburg gesneuveld. Recent nog is de procesregeling voor het College van Beroep voor het Bedrijfsleven (CvBB) door de rechters van de Raad van Europa afgekeurd, omdat de minister kon besluiten een uitspraak van het CvBB naast zich neer te leggen. Overigens is van die bevoegdheid nimmer gebruik gemaakt. Opvallend is dat het EHRM zeer hoge eisen stelt aan onafhankelijke rechtspraak: zelfs iedere schijn van gebrek aan onafhankelijkheid moet worden vermeden. In dat licht is het noodzakelijk kritisch te kijken naar onze rechterlijke organisatie. Met name de positie van de Raad van State als college waaraan rechtspraak is opgedragen vormt een aandachtspunt.

De Raad van State heeft als een van de hoge colleges van staat van oudsher een belangrijke taak bij de advisering over wetgeving. Iedere wet, iedere algemene maatregel van bestuur wordt vooraf voorgesteld aan de Raad van State. In het stelsel van 'justice retenu' (het kroonberoep) verzorgde de Raad van State feitelijk de rechtsgang. In 1976 heeft de Raad in het kader van de Wet-Arob een rechtsprekende taak gekregen en bij de Herziening van de rechterlijke organisatie wordt de Afdeling bestuursrechtsspraak van de Raad van State belast met een rechtsprekende taak zowel in eerste aanleg als in hoger beroep ten aanzien van uitspraken van rechtbanken. Nu de Raad van State zo nadrukkelijk in de rechtspleging betrokken is, moet bezien worden of voldaan is aan de vereisten voor onafhankelijkheid. Twijfel is mogelijk. Staatsraden worden politiek gerekruteerd en hun selectie is ook niet steeds primair gericht op hun kwaliteiten als rechter. De Raad van State is voor een deel ook de verzamelplaats voor oud-ministers en oud-bestuurders, die vanuit hun politieke en bestuurlijke achtergrond een waardevolle bijdrage kunnen leveren aan de advisering over wetgeving. Ook niet-juristen zijn tot staatsraad benoemd en bij de reorganisatie van de rechterlijke macht is bepaald dat deze niet-juristen tot hun pensioen in de overgangperiode rechterlijke taken mogen vervullen. Dit is alleen te realiseren doordat de Raad van State beschikt over een uitgebreide ondersteunende juridische staf, die echter ook veel van het handwerk dat traditioneel door de rechter wordt ge-

daan overneemt. Bij sommige delen van de geschillenbeslechting door de Raad van State ligt een concept-uitspraak al in het dossier voordat de zitting begint. Een rechtgeaard rechter zou zo'n stuk onmiddellijk verscheuren, omdat onbevangenheid bij de behandeling van een zaak noodzakelijk is voor onpartijdigheid en onafhankelijkheid. Vanuit de Raad van State wordt echter betoogd dat deze werkwijze heel efficiënt is en van geen enkele invloed is op de uitkomst van het geschil. De combinatie van politieke benoemingen, advisering over wetgeving en rechtsprekende taken is uit het oogpunt van onafhankelijkheid problematisch. Een staatsraad kan als partijganger betrokken zijn bij een paragraaf uit het verkiezingsprogramma, kan vervolgens invloed uitoefenen op de advisering van de Raad van State over de betreffende wet en vervolgens kan dezelfde staatsraad belast zijn met de geschillen die uit die wet voortvloeien. Als voorbeeld kan worden genoemd een geschil waarin een besluit gebaseerd is op een algemene maatregel van bestuur (amvb) waarover eerder door de Raad van State geadviseerd is. Wordt in beroep aangevoerd dat die amvb in strijd is met hoger recht, terwijl de Raad van State dat – mede gelet op de politiek getinte besluitvorming binnen de Raad van State als adviseur over wetgeving – niet vond, of eerder niet gezien had, dan ontstaat er een vreemde dubbelrol.

Op deze wijze beschouwd, zal het in een beroep bij het EHRM tegen de rechtsprekende taak van de Raad van State moeilijk zijn om uit te leggen dat de Raad van State voldoet aan de hoge eisen voor onafhankelijkheid van de rechter die het Europese Hof stelt. In Europa gelden verschillende tradities op dit punt. In Duitsland wordt de rechtstaatgedachte vooropgeplaatst, met als gevolg dat de rechtspraak een sterk onafhankelijke inslag heeft. (In reactie op de verschrikkingen van het Hitler-regime is ook constitutionele rechtspraak ingevoerd ter controle van de politieke macht.) De Fransen gaan uit van de theorie van de 'séparation des pouvoirs' op grond waarvan de gewone rechter zich niet met het bestuur mag bemoeien. De speciale bestuursrechterlijke organisatie – met aan de top de Conseil d'Etat – heeft een sterk bestuurlijke invalshoek. Ook Frankrijk kan getroffen worden door een negatief oordeel van het EHRM. De Engelsen kennen in beginsel geen afzonderlijke bestuursrechtspraak en dit uitgangspunt vormt een

veiliger baken bij het inrichten van onafhankelijke rechtspraak.

Bij de herziening van de rechterlijke organisatie vormt op termijn de positie van de Raad van State een probleem, niet alleen omdat een afkeurend oordeel van het EHRM te duchten is, maar ook omdat het handhaven van de rechtsprekende taak van de Raad van State de derde fase van de reorganisatie – hoger beroep en rechtseenheidsvoorziening – een ongewisse afloop heeft. Geldt voor andere rechterlijke colleges zoals het CvBB en de CRvB dat opties van samenvoeging, opheffing of het vormen van gespecialiseerde kamers bij Gerechtshoven bespreekbaar zijn, voor de Raad van State ligt dit moeilijker. De Raad van State fungeert op het niveau van de Hoge Raad, zodat samenvoeging met of opsplitsing over gerechtshoven geen haalbare optie is. Samenwerking tussen Hoge Raad en Raad van State is moeilijk, omdat de Hoge Raad bestaat uit onafhankelijke rechters die niet politiek benoemd zijn. Samenvoeging met de Raad van State is niet aanvaardbaar, omdat daarmee onze rechtspraak gepolitiseerd zou worden. Organisatorisch gezien is de enige oplossing dat de Raad van State geen enkele rechterlijke functie overhoudt. Welke oplossing uiteindelijk gekozen wordt voor het appèl in bestuursrechtelijke geschillen en voor de rechtseenheid valt dan nog te bezien. Het is waarschijnlijk inherent aan juist de politieke inslag van de Raad van State dat achter de schermen veel politieke macht wordt aangewend tot behoud van de rechtsprekende functie voor de Raad van State. Zo kon het ook gebeuren dat in het NRC-Handelsblad een serie artikelen verscheen onder de titel 'Grootrechtspraak' waarvan de inhoud kennelijk ingefluisterd was door staatsraden, waarbij de zegeningen van de rechtspraak door de Raad van State werden afgezet tegen de nadelen van rechtspraak door o.a. rechtbanken. De zorg voor het behoud van de rechtsprekende taak voor de Raad van State staat ook op gespannen voet met de andere kerntaak van de RvS: advisering over wetgeving. In deze tijd is er veel kritiek op de kwaliteit van de wetgeving. Goede adviezen van de RvS kunnen – mits zij serieus worden genomen en daar ontbreekt het nog wel eens aan – bijdragen aan de kwaliteit van de wet en regelgeving. De rechtsprekende taak legt echter zo'n groot beslag op de staatsraden dat de adviseringsstaak in de verdrukking dreigt te komen.

Besluit

Hoewel heel veel uitspraken van rechters niet méér inhouden dan het eenvoudigweg toepassen van de wet, blijkt de verhouding tussen rechter en wetgever steeds meer in de aandacht te komen. De gelijke behandeling van vrouwen en mannen in de sociale zekerheid en de Harmonisatiewet laten bij voorbeeld zien dat rechtspraak niet steeds de wet slechts als uitgangspunt van beoordeling kiest. Ook de wetgeving zelf wordt getoetst, net als alle bestuurshandelingen waartegen bezwaren bestaan. Daarmee kan de rechter binnen een bestuurlijke organisatie een verstoring van de factor vormen. Wanneer regering en parlement na maanden delibereren tot bepaalde wetgeving komen, is het dan aan de rechter om op basis van door hem uitgelegde fundamentele rechten en beginselen die wet af te keuren? Premier Lubbers heeft deze kwestie in de afscheidsbundel voor de Amsterdamse rechtbankpresident B.J. Asscher (Kabaal in Holland) als volgt onder woorden gebracht:

‘Zou het de rechter van tijd tot tijd ook niet passen – zonder zich aan rechtsweigering schuldig te maken – de verantwoordelijkheid te leggen waar deze hoort te liggen, namelijk bij wetgever en/of bestuurder. Ik stel deze vraag omdat de rechter, respectievelijk het “gilde van rechtsprekenden” mag menen dat het probleem ontstaan is door het “tekort” bij de wetgever(s), respectievelijk doordat het bestuur wetgeving deformeert tot instrument van bestuur, dan wel door pseudo-wetgeving de scheiding der machten is gaan eroderen, maar ook omdat vanuit politiek en bestuur gezien juist een deel van het probleem wordt geacht juist het gevolg te zijn van een “expansief” gilde van rechters, dat de nodige onzekerheid is gaan scheppen bij wetgever en bestuur. Of, nog iets duidelijker gezegd: het komt inderdaad voor dat de wetgever wel erg veel aan de rechter overlaat, maar het komt evenzeer voor dat preciezere wetgeving conform het “rechtsgevoel” van wetgever en mede-wetgever in zijn praktische betekenis voor rechters “wordt terugverwezen”, omdat het niet zou voldoen aan rechtsbeginselen.’

Premier Lubbers heeft geen gelijk. Sinds het begin van deze eeuw heeft men vertrouwd moeten raken met de idee dat iedere bestuurshandeling door een

onafhankelijk rechter getoetst moet kunnen worden. Het heeft tot 1994 geduurd voordat wij (later dan andere Europese landen) algemene bestuursrechtpraak invoerden. De discussie over de wenselijkheid daarvan blijkt in historisch perspectief slechts een achterhoedegevecht te zijn geweest. Het feit dat die bestuursrechtpraak anno 1994 ook nog wordt opgedragen aan een zo nauw met politiek en bestuur gelieerde instelling als de Raad van State vormt hiervan een illustratie. Voor toetsing van wetgeving geldt hetzelfde. Hoewel wij nog steeds geen constitutioneel toetsingsrecht kennen (Duitsland, Frankrijk en de EG kennen wel constitutionele rechtpraak), en de gewone rechter en bijzondere rechterlijke colleges wetgeving toetsen, is in Nederland nog niet het inzicht doorgebroken dat ook algemeen verbindende voorschriften vatbaar zijn voor rechterlijke toetsing. Het past in onze consensusdemocratie om vreemd aan te kijken tegen mensen en instellingen die zich onafhankelijk opstellen. In de Nederlandse cultuur past het meer dat iedereen meedoet. In die consensuscultuur wordt echter onzichtbaar dat een democratische rechtsstaat gebaseerd is op beperking van – politieke – macht door verdeling van macht. Wanneer regering en parlement uit het oogpunt van macht één zijn geworden – en daarvan is sprake in de huidige tijd – is er iets mis met de machtenscheiding. In die situatie is het onvermijdelijk dat een andere staatsmacht, bij voorbeeld de rechter een ander geluid laat horen dan regering en parlement. Dat andere geluid verstoort het rustige voortkabbelen van de consensusdemocratie, en dat is maar goed ook.

Literatuur

- Brenninkmeijer, A.F.M., 1983, *Kernenergie, rechtstaat en democratie*, Zwolle.
- Brenninkmeijer, A.F.M., 1987, *De toegang tot de rechter*, diss. Tilburg.
- Corstens, G.J.M. (red.), 1990, *Herziening rechterlijke organisatie*, Zwolle.
- Eindrapport van de Staatscommissie Herziening Rechterlijke Organisatie, 1989-1990, ‘Naar een nieuwe structuur van de rechterlijke organisatie’, *Kamerstukken II 1989-1990, 21.206*.
- Rechter en Politiek, 1992, *Ars Aequi*, november.
- Rood, M.G. (red.), 1993, *Rechters en Politiek*, Zwolle.