**DE RECHTER EN DE POLITIEK: EEN DRIELUIK**

In deze bundel gaat het over de rolverdeling tussen de rechter en de politiek. Die rolverdeling geeft aanleiding tot twee vragen. De eerste vraag is, hoe ver de rechter mag gaan bij zijn toetsing van overheidshandelen. Gaat de rechter daarbij niet teveel op de stoel van de politiek zitten? De andere vraag is, of de politiek niet teveel invloed aan het krijgen is op de rechtspraak? Onmiddellijk dringt zich de derde vraag op: ‘te veel*‘* veronderstelt dat er een duidelijke grens is, maar waar loopt die grens dan en wie bepaalt dat? Het onderwerp dwingt dus tot nadenken over de vraag wat de rol van de rechter is, wat de rol van de politiek is en vooral hoe zij zich onderling tot elkaar moeten verhouden. In deze bijdrage zal ik het vooral hebben over de rol van de rechter, maar daarbij ontkom ik er niet aan tegelijkertijd heel veel te zeggen over de rol van de politiek. De twee vragen kunnen niet los van elkaar behandeld worden, en daarom is het een gelukkige keuze om in deze bundel *beide* vragen aan de orde te stellen.

**A. De theorie**

Over de vraag of de rechter niet teveel op de stoel van de politiek is gaan zitten, wordt al decennia lang onvoorstelbaar veel geschreven. Altijd vallen dan de woorden Trias Politica en, in recentere jaren, ‘het primaat van de politiek*’*. De andere vraag, of de politiek zich niet teveel begeeft op het terrein van de rechter, wordt veel minder vaak gesteld, en dat lijkt me niet terecht. Ik sluit me in ieder geval graag aan bij de Werd[[1]](#footnote-1). Die schreef: ‘Bovendien staat nog te zeer centraal de vraag of de rechter zich niet te ver begeeft op het terrein van wetgever en bestuur. Het omgekeerde: de vraag of wetgever en bestuur zich niet opdringen aan de rechtspraak, is naar mijn overtuiging een veel nijpender kwestie, die echter veel minder belangstelling krijgt.’

Als gezegd: over de rol van de rechter ten opzichte van de politiek is al ontzettend veel geschreven, en het dominante perspectief lijkt te zijn dat sprake is van een ‘oprukkende rechter’. In die literatuur wordt steevast een beroep gedaan op de ‘Trias Politica’ van Montesquieu die een strikte machtenscheiding zou eisen met als consequentie dat de rechter zich niet op het terrein van de politiek mag begeven. Diverse schrijvers hebben er al op gewezen dat dit een onjuiste en vertekende weergave is van het gedachtegoed van Montesquieu.

Montesquieu gebruikt de woorden Trias Politica bijvoorbeeld nergens. Wel is het zo dat Montesquieu opmerkt dat in het overheidsgezag – dat in zijn tijd grotendeels verenigd en belichaamd was in één almachtige koning – drie functies onderscheiden kunnen worden, namelijk de bevoegdheid om wetten vast te stellen, de bevoegdheid om het land te besturen, en de bevoegdheid om recht te spreken. Montesquieu waarschuwt ervoor om deze drie bevoegdheden in de hand van één persoon of één instelling te leggen. Hij schrijft: ‘ *.. maar de ervaring van alle tijden leert dat iedereen die macht heeft, geneigd is daar misbruik van te maken; zo iemand gaat door tot hij op een grens stuit. Hoe vreemd het ook klinkt, zelfs de deugd heeft behoefte aan grenzen. Machtsmisbruik kan worden voorkomen wanneer de zaken zodanig zijn geregeld dat de macht de macht tot staan brengt.*’[[2]](#footnote-2)
Zeker de Nederlandse lezer moet zich daarbij realiseren, dat het Franse ‘pouvoir’ niet alleen ‘macht’ betekent maar ook en in dit kader vooral ‘bevoegdheid’. Het gaat dus om de wetgevende bevoegdheid, de rechtsprekende etc. Deze opdeling en verspreiding van de overheidsmacht in drie onderling afhankelijke functionaliteiten in een stelsel van ‘checks and balances’ heeft bij Montesquieu als einddoel de burger te beschermen tegen al te grote staatsmacht. Bijvoorbeeld: ‘*er is geen vrijheid wanneer de wetgevende en uitvoerende macht in dezelfde persoon of in hetzelfde bestuursorgaan zijn verenigd, want in zo’n geval valt te vrezen dat één en dezelfde vorst, of een en dezelfde senaat, tirannieke wetten zal uitvaardigen om ze vervolgens op tirannieke wijze toe te passen*’. [[3]](#footnote-3)

Deze gedachte is vervolgens leidend geweest voor de opstellers van de Amerikaanse constitutie. Zo schreef James Madison in de Federalist Papers no. 51: ‘*Ambition must be made to counteract ambition*’. Montesquieu beschouwde de rechtsprekende bevoegdheid daarbij als verreweg de zwakste van de drie. Alexander Hamilton in de Federalist Papers no. 78 verwoordt dat het mooist, met verwijzing naar Montesquieu als hij over ‘the judiciary’ schrijft: *‘It may truly be said to have neither FORCE nor WILL, but merely judgment; and must ultimately depend upon the aid of the executive arm even for the efficacy of its judgements (…)*. *It proves incontestably, that the judiciary is beyond comparison the weakest of the three departments of power; that it can never attack with success either of the other two; and that all possible care is requisite to enable it to defend itself against their attacks.’*

Het lijkt me goed om deze opmerking van Hamilton goed te laten doordringen: de macht van de rechter is beperkt tot het geven van een oordeel.
De tenuitvoerlegging van dat oordeel ligt niet in zijn macht. Dat oordeel is bovendien gebaseerd op en gebonden aan het recht dat niet hijzelf maar de wetgever heeft gecreëerd.
De gedachte dat rechters in en door de uitoefening van hun rechterlijke functie (het geven van een oordeel) op ondemocratische wijze regeermacht naar zich toe zouden kunnen trekken – de rechter als dictator – lijkt mij onhoudbaar en voornamelijk retoriek. Als het oordeel van de rechter in een bepaalde kwestie de wetgever niet aanstaat, staat het de wetgever bovendien vrij om een andere wet vast te stellen waarmee de rechter in een volgend, soortgelijk geval aan een ander oordeel wordt gebonden.

Als er binnen de Trias Politica een primaat is aan te wijzen, dan is dat het primaat van de wet en zijn zowel de uitvoerende macht als de rechtsprekende macht uiteindelijk gebonden aan de wet. Maar ‘de wet’ is iets anders dan ‘de politiek’.

Primaat van de wet betekent niet, en betekende ook bij Montesquieu al niet, dat de rechter slechts een letterknecht is, de mechanische spreekbuis van de wet. Montesquieu bedoelde zijn boek ‘Over de geest van de wetten’ als een wetgevingsleer; hoe men goede en verstandige wetten moest maken. Zijn belangrijkste punt was dat wat een goede wet is, bepaald wordt door de staatsvorm, door wat past bij de fysieke omstandigheden van het land, bij het soort leven dat het volk leidt, bij de mate van vrijheid die het staatsbestel kan verdragen, bij de religie van de bewoners, bij hun voorkeuren, hun welstand, hun aantal, hun zeden en gewoonten, en bij het doel van de wetgever. Met andere woorden: Montesquieu stelt dat er een natuurlijke orde en natuurlijke verhoudingen van billijkheid bestaan die hij ‘de geest van de wetten’ noemt die vooraf gaan aan de positieve rechtsregels en die richtsnoer dienen te zijn voor de wetgever die de positieve rechtsregels geeft. [[4]](#footnote-4) ‘*Voordat er zelfgemaakte wetten waren, waren er mogelijke rechtvaardige verhoudingen. Wie beweert dat er geen recht of onrecht is buiten wat in het positieve recht wordt opgelegd of verboden, die beweert eigenlijk dat niet alle stralen gelijk waren voordat de eerste cirkel was getrokken.*’[[5]](#footnote-5)
Met andere woorden: verhoudingen van billijkheid gaan vooraf aan positieve rechtsregels en niet andersom. [[6]](#footnote-6)

Dat het recht meer is dan het positieve recht, is wat mij betreft natuurlijk niet zonder consequenties voor de rol van de rechter, die immers ‘recht’ moet spreken. Dat is geen vrijbrief voor de rechter om zichzelf los te zingen van de wet, maar het betekent wel dat de rol van letterknecht hem niet past. Dat begint er al mee dat de wet onvolmaakt is: niet omdat zij slecht is, maar omdat zij algemeen is. De taak van de rechter is bij uitstek om voor elk individueel aan hem voorgelegd geval te oordelen, hoe deze zich verhoudt tot de algemene regel, bijvoorbeeld als hij de algemene regel moet interpreteren. Montesquieu schreef al: ‘*als er in een wet precieze formuleringen staan, dan neemt de rechter die in acht; is de wet niet expliciet genoeg, dan probeert de rechter in de geest ervan te handelen’*. [[7]](#footnote-7)
Zo gelezen – maar Montesquieu is niet altijd eenduidig of consistent – stelt Montesquieu dat zowel de wetgever als de rechter zich zouden moeten richten naar de geest van de wetten, en dat de taak van de wetgever daarbij is dit te doen bij wijze van reglement of algemene regel en dient de rechter dit te doen door het geven van een rechtsoordeel in het individuele geval aan de hand van die algemene regel.

Duidelijk lijkt het mij wel dat in het gedachtegoed van Montesquieu, de rechter ten opzichte van de wetgevende en uitvoerende machten een zelfstandige taak vervult. [[8]](#footnote-8)
Juist die gedachte is ook voor de Amerikaanse constitutie leidend geweest, en daarom wordt daar de rechtsprekende macht ook gezien als een ‘co-equal branche’ van het overheidsgezag, náást de politieke tak van het overheidsgezag die de wetten vaststelt, en náást de politieke tak van het overheidsgezag die het bestuur uitoefent.

In de vorige zin heb ik in feite geïmpliceerd dat de wetgevende macht en de bestuurlijke macht in handen zijn van ‘de politiek’. De vraag is dan, hoe dit zich verhoudt tot de noodzaak van machtsevenwicht. Ik herhaal wat Montesquieu schreef: ‘*er is geen vrijheid wanneer de wetgevende en uitvoerende macht in dezelfde persoon of in hetzelfde bestuursorgaan zijn verenigd.* ‘[[9]](#footnote-9) Hij voegt daar iets verderop in hetzelfde hoofdstuk aan toe dat in Venetië de macht weliswaar in theorie verdeeld is over drie verschillende staatsinstellingen, maar dat die organen bestaan uit bestuurders die allen afkomstig zijn uit dezelfde groepering waardoor de macht uiteindelijk vrijwel één is. Montesquieu kijkt dus niet alleen naar hoe de machtsverdeling op papier is geregeld, maar vooral naar de werkelijkheid die achter de schone façade schuilgaat. Hoe zit dat in Nederland?

In Nederland hebben we op papier het parlement c.q. een gekozen volksvertegenwoordiging die de wetten vaststelt, en een door de koning benoemde regering die het land bestuurt. In dit model dient de politieke wil van de regering om macht uit te oefenen zich dus te voegen naar, en binnen, het kader van de wetten die het volk heeft vastgesteld en daarmee aan zichzelf maar ook aan de koning en diens regering heeft opgelegd: de wet heerst over allen. [[10]](#footnote-10) Maar dat is allang niet meer de werkelijkheid. De wetgevende macht en de uitvoerende macht zijn inmiddels vrijwel geheel met elkaar versmolten. Al in 1990 schreven Burkens c.s.[[11]](#footnote-11) dat door zeer uitvoerige, gedetailleerde regeerakkoorden enerzijds en strikte fractiediscipline anderzijds, nauwelijks meer sprake is van controle door het parlement op de regering. In dezelfde zin Kortmann[[12]](#footnote-12): ‘*Niettemin kan de binding, voortvloeiend uit het regeerakkoorden, excessief zijn. De regeringsmeerderheid verwordt dan tot een applausmachine, zo men wil ‘stemvee’ van het kabinet en staat als het ware met het kabinet tegenover de ‘maatschappij’’*. In soortgelijke bewoordingen Elzinga c.s.[[13]](#footnote-13): *‘Met name bestaan er nogal wat bezwaren tegen de zeer gedetailleerde regeerakkoorden, die kabinet en geestverwante fracties tot elkaars gevangenen maken en de oppositie buitenspel zetten’*. De conclusie moet zijn dat het parlement de machtsuitoefening door de regering zou moeten controleren en in toom houden, maar dat die functie in de praktijk nauwelijks meer wordt uitgeoefend en dat de regering zich vrijwel verzekerd weet van de steun van het parlement voor alles wat zij wil.

In de praktijk blijkt bovendien dat het parlement alleen in naam nog wetgever is. In de praktijk gaat het initiatief voor wetgeving altijd uit van de regering. De regering maakt de wet die zij zichzelf wenst of die zij nodig denkt te hebben om het door haar gewenste politieke beleid te kunnen voeren. Haar wetsvoorstel wordt vervolgens vrijwel zeker goedgekeurd en aangenomen door het parlement, dat gedomineerd wordt door de regeringspartijen die daarin een meerderheid vormen en zich via het regeerakkoord en fractiediscipline gecommitteerd hebben aan het beleid dat de regering wil voeren. Witteveen maakte zich zorgen over deze ontwikkeling. Waar de wet bedoeld was om grenzen te stellen aan de politieke wil tot machtsuitoefening, is zij geworden tot een instrument van machtsuitoefening door de politieke wil. [[14]](#footnote-14) Het feit dat Witteveen bij leven deel uitmaakte van het politieke systeem (als PvdA senator) en het systeem dus van binnen kent, geeft wat mij betreft extra gezag aan zijn woorden.

Witteveen was niet de enige en zeker ook niet de eerste met deze zorg. Zie bijvoorbeeld Burkens c.s.: [[15]](#footnote-15) *‘Evenwel kan betwijfeld worden of het huidige wetgevingsproces nog wel altijd voldoende garanties biedt voor het rechtsgehalte van de wet. Het zwaartepunt van de wetgevende activiteiten ligt niet bij het parlement, maar bij regering en departement, waar de bestuurlijk- instrumentalistische optiek overheerst, hetgeen leidt tot uit rechtstatelijk oogpunt zwakkere regelgeving. Een en ander wordt versterkt door de omstandigheid dat parlementariërs zich veelal niet als volks- maar als partijvertegenwoordiger opstellen, door de monistische verhouding tussen regering en parlementaire meerderheid en door het gebrekkig functioneren van de ministeriële verantwoordelijkheid.*‘

De conclusies die ikzelf aan het voorgaande zou willen verbinden, zijn deze. De woorden Trias Politica en machtenscheiding worden te vaak en te gemakkelijk gebruikt als hapklare ‘soundbite’ die kennelijk geen enkele verdere toelichting of inhoudelijke argumentatie meer nodig heeft om kritiek te leveren op een rechterlijk oordeel dat de politiek onwelgevallig is. Politieke welgevalligheid lijkt me echter bij uitstek het criterium waarmee rechtelijke uitspraken niet beoordeeld zouden mogen worden. Los van het feit dat het begrip Trias Politica zeer verschillend wordt uitgelegd en er dus nauwelijks enige normerende werking vanuit gaat[[16]](#footnote-16) en los van het feit dat ‘*niet kan worden volgehouden dat ons staatsrecht van meet af aan heeft gekoerst op een principiële en heldere gebiedsafbakening tussen rechter en andere staatsmachten*’ [[17]](#footnote-17)lijkt me dat het gedachtengoed van Montesquieu niet eindpunt maar juist beginpunt zou moeten zijn van het debat. Dat debat zou volgens mij dan moeten gaan over de vraag, welke rol de rechter zou *moeten* vervullen binnen het huidige tijdsgewricht en gegeven de verschuivingen die plaats hebben gevonden in het machtsevenwicht dat bedoeld was om de burger te beschermen tegen te grote machtsconcentratie binnen het overheidsgezag. Baart die verschuiving zorgen (ik schrijf dit in januari 2017 terwijl de wereld met verbijstering en grote zorg gadeslaat wat er, mét democratische legitimatie, in Amerika gaande is) en heeft de rechter dan de rol om wat meer tegenwicht te bieden om het evenwicht te herstellen, indien en voor zover dat nodig is voor de bescherming van de burger?

Hiermee heb ik het decor proberen te schetsen dat ik wil gebruiken als achtergrond voor een paar gedachten die bedoeld zijn als aanzet voor die discussie over de rol van de rechter in het huidige tijdsgewricht. Ik doe dat in de eerste plaats met een historisch perspectief. Mark Twain zei ooit: ‘History does not repeat itself but it does rhyme’. Ik hoop te laten inzien hoe wáár dat is. Daarnaast wil ik, en dat is dan een rechtsvergelijkend perspectief, de vraag voorleggen of de rol van de rechter ten opzichte van de politiek, in het burgerlijk recht anders is dan in het bestuursrecht. Ik ga eerst naar het verleden.

**B: De burgerlijke rechter en de politiek**

In 1832 werd het Nederlands Burgerlijk Wetboek vastgesteld dat tot 1992 heeft gegolden. In die periode is de Nederlandse samenleving onvoorstelbaar veranderd. Het Burgerlijk Wetboek heeft al die veranderingen kunnen faciliteren en in goede banen kunnen leiden. Dat zegt iets over de flexibiliteit van de wetten in ons BW. Enerzijds dwingend en sturend, maar tegelijkertijd ook flexibel.

Het begin van de 20e eeuw was voor Nederland een tijd van zeer grote veranderingen, met name als gevolg van de industrialisatie die hier vrij laat was begonnen. Er ontstonden nieuwe problemen, waar het bestaande aansprakelijkheidsrecht niet goed op aansloot. In een tijdsbestek van 5 jaar, namelijk tussen 1914 en 1919, heeft de Hoge Raad toen 3 arresten gewezen die het bestaande aansprakelijkheidsrecht fundamenteel hebben veranderd en waar we nu nog steeds op voortbouwen. Daar kwam geen wetswijziging door de wetgever aan te pas, sterker nog: 2 van de 3 uitspraken betroffen sterk gepolitiseerde onderwerpen. Het waren wat je noemt ‘*politieke zaken*’ waar de Hoge Raad zich mee bemoeide. Dat maakt deze 3 uitspraken actueel en relevant voor mijn onderwerp. Ik neem ze met u door.

Omdat artikel 1275 BW (oud) bepaalde dat alle verplichtingen zich oplosten in een verplichting tot schadevergoeding, werd aangenomen dat de rechter alleen kon veroordelen tot schadevergoeding en dus niet tot nakoming kon bevelen, of een verbod kon opleggen. In 1914, in het arrest Kieft/Otjes q.q. (HR 13 november 1914, NJ 1915/98), besliste de Hoge Raad echter dat als iemand onrechtmatig had gehandeld, de rechter bij wijze van sanctie ook een verbod kon opleggen voor toekomstige schendingen en dat artikel 1275 BW daarvoor geen beletsel was. In het arrest Kieft/Otjes werd dus de eerste steen gelegd voor *preventieve* rechtsbescherming. In 1944 (in zijn arrest Alkmaar/Noordholland NJ 1944/45, 598) bouwde de Hoge Raad dit verder uit: *dreigend* onrecht was op zichzelf al voldoende om van de rechter een verbod te kunnen krijgen. En zo veranderde de rechter eigenmachtig het belangrijkste doel van het aansprakelijkheidsrecht. Dat was niet langer ‘*schadevergoeding wegens ondergaan onrecht*’ maar veel breder: *‘algehele bescherming tegen onrecht*’. Van Nispen[[18]](#footnote-18) noemde in zijn proefschrift deze jurisprudentie van even groot belang als Lindenbaum/Cohen, ook al wordt ze zelden als zodanig herkend.

In 1915 wees de Hoge Raad het arrest Noordwijkerhout/Guldemond (HR 31 december 1915, NJ 1916/407). In dat arrest gaat het rechtstreeks en op het scherp van de snede over de verhouding rechter en politiek. Tot 1871 toetste de rechter overheidshandelen niet anders of terughoudender dan het handelen van burgers. De politiek had het daar soms moeilijk mee. Vanaf 1871 begon de Hoge Raad een nieuwe leer te volgen, namelijk dat de overheid in het geheel niet aansprakelijk was als zij in haar publieke hoedanigheid handelde, want daar ging de politiek over en niet de rechter. De Trias Politica kreeg als het ware waterdichte schotten. Wellicht speelde voor de Hoge Raad mee dat de regering bezig was met een wetsvoorstel voor een administratieve rechter die exclusief over al het overheidshandelen zou moeten oordelen. Dat wetsvoorstel stagneerde omdat het politiek zeer omstreden was. In 1915 wijst de Hoge Raad dan Noordwijkerhout/Guldemond. Daarin legt hij artikel 165 Grondwet in stellige en zeer principiële overwegingen aldus uit, dat de rechter bevoegd is om ook over typisch overheidshandelen te oordelen zolang de burger zich maar beroept op aantasting van een burgerlijke recht.

Drie aspecten van deze uitspraak wil ik uitlichten. In de 1e plaats, dat de Hoge Raad er niet voor terugdeinsde om een beslissing te nemen in wat wij nu een ’*politieke zaak*’ zouden noemen. In de 2e plaats, dat de Hoge Raad eigenmachtig besliste dat het terrein van de politiek ook het terrein van de rechter is. Niks geen primaat van de politiek, dus. Daar spreekt een grote mate van constitutionele zelfbewustheid en autonomie uit. Het 3e punt is dat de noodzaak om burgers adequate rechtsbescherming te geven, ook hier – net als in het arrest Kieft/Otjes - de motor achter de uitspraak is geweest.

De derde uitspraak is natuurlijk Lindenbaum/Cohen (HR 31 januari 1919, NJ 1919/161). Bij iedereen bekend maar dat geldt misschien niet voor de context. Het was de tijd van het liberalisme. De overheersende politieke ideologie was dat als iedereen zoveel mogelijk vrij is om zijn eigenbelang na te jagen, dit zal leiden tot het grootste nut voor de samenleving als geheel. De ‘*invisible hand*’ van Adam Smith, het utilitarisme van Bentham. De overheid mocht daarom alleen de hoogst noodzakelijke regels stellen. Er bestond een zeer legistische wetsopvatting. Zolang je geen inbreuk maakte op andermans eigendom was alles toegestaan, tenzij het uitdrukkelijk bij wet was verboden en zelfs in dat laatste geval bestond alleen schuldaansprakelijkheid, d.w.z. er moest sprake zijn van morele verwijtbaarheid.

Dit aansprakelijkheidsregime leidde zowel in Nederland als in het buitenland tot extreem oneerlijke concurrentie. Daarnaast bleek dat door de mechanisering en industrialisatie zich steeds meer en steeds ernstiger schadegevallen voordeden, zonder dat een duidelijk moreel verwijtbare gedraging kon worden aangewezen. Het mocht dus allemaal en niemand was aansprakelijk.

Velen wensten daarom een verruiming van het aansprakelijkheidsrecht, maar – ik citeer uit het proefschrift van Sieburgh[[19]](#footnote-19) - dat stuitte op politiek verzet. Ruime aansprakelijkheid zou volgens de heersende liberale ideologie remmend werken op economische initiatieven, de Nederlandse concurrentiepositie in gevaar brengen, en tot een ‘gesel van het maatschappelijk verkeer’ leiden. Ruime vrijheid en beperkte aansprakelijkheid daarentegen zouden goed zijn voor de economische groei.
De ideologische tegenstellingen in de politiek leidden tot een verlamming van de wetgever. Ook Van Nispen[[20]](#footnote-20) heeft het in zijn proefschrift over inertie van de wetgever in deze periode.

In deze, politiek-ideologisch sterk geladen maatschappelijke context, wees de Hoge Raad Lindenbaum/Cohen. Hij besliste dat het woord ‘onrechtmatig’ uit artikel 1401 BW een ruimere betekenis heeft dan alleen maar ‘strijdig met een door de wetgever opgeschreven wet’. Ter verduidelijking wat onder ‘onrechtmatig’ moet worden verstaan introduceerde de Hoge Raad vervolgens de aansprakelijkheidsnorm van de maatschappelijke zorgvuldigheid.

De Hoge Raad zei in feite dat alleen maar de wet van de wetgever naleven niet goed genoeg is. Je moet *ten allen tijde* ook een béétje fatsoenlijk met de belangen van een ander omgaan. De *rechter* eist dat. De Hoge Raad plaatst zichzelf daarmee *naast* de wetgever als vormgever van de rechtsorde. Lindenbaum/Cohen is daardoor ook van grote *constitutionele* betekenis voor de rolverdeling tussen rechter en politiek bij de inrichting van onze rechtsorde en onze samenleving.

Uitbreiding van de reikwijdte van het aansprakelijkheidsrecht was, als gezegd, destijds politiek uiterst controversieel. Net zoals in Nederland momenteel ook de aanpak van, ik noem maar wat, klimaatverandering[[21]](#footnote-21) politiek uiterst controversieel is en de tegenwerpingen van 100 jaar geleden (concurrentiepositie, vrije baan voor economische activiteiten en marktwerking) worden ook nu weer in stelling gebracht.
In de politiek mocht uitbreiding van het aansprakelijkheidsrecht destijds weliswaar controversieel zijn geweest, maar dat neemt niet weg dat Lindenbaum/Cohen een uitspraak was waar velen in de samenleving naar hadden uitgezien, die de voorpagina’s haalde en door velen met gejuich werd ontvangen.

Wiarda bijvoorbeeld vertelde[[22]](#footnote-22) later hoe zijn vader bij de tram stond te wachten, toen iemand hollend en opgewonden zwaaiend met een krant op hem af kwam lopen: ‘Mijnheer Wiarda, heeft U de krant al gelezen, het arrest van de Hoge Raad over de onrechtmatige daad…” Het onderwerp leefde sterk. Molengraaff, die in zijn noot onder het arrest óók de constitutionele dimensie daarvan onderkent, eindigt: “Er is door ons hoogste rechtscollege zelden een arrest gewezen, waarvan zoo heilzame invloed op ons rechtsleven mag worden verwacht.”

De rechtsontwikkeling heeft na 1919 natuurlijk niet stilgestaan.

Hirsch Ballin[[23]](#footnote-23) maakte in 1988 een analyse van de rechtspraak van de Hoge Raad sinds 1951, en constateerde dat zich een verschuiving had voorgedaan van toepassingsjurisdictie naar belangenjurisdictie. In hun essay ‘De Hoge Raad en het parket, 175 jaar bijdrage aan de samenleving’, NJB 18 oktober 2013, aflevering 36, p. 2496 wordt door de President van de Hoge Raad Corstens en procureur generaal bij de Hoge Raad Fokkens naar deze analyse van Hirsch Ballin verwezen, met de toevoeging dat deze ontwikkeling door de wetgever niet als een verkeerde ontwikkeling beschouwd is.

Bij toepassingsjurisdictie vinkt de rechter als het ware af wat de toepasselijke regel is, en vinkt daarna af tot welke uitkomsten die regel leidt. Het is een tamelijk mechanische toepassing van de wet die sterk leunt op de letter van de wet.

Dat model van rechtsspreken voldoet minder goed in een complexe samenleving waarin sprake is van een grote vervlechting van het maatschappelijk verkeer. In één en dezelfde rechtsbetrekking spelen in zo een complexe samenleving vaak meerdere belangen die botsen. Een conflict heeft dan meerdere dimensies en een ééndimensionale simpele regel die dat conflict bevredigend oplost, is er niet. De wetgever is daarom in toenemende mate gebruik gaan maken van open normen, vage begrippen en algemene rechtsbeginselen, zoals de goede trouw, de redelijkheid en billijkheid en uiteraard de maatschappelijke zorgvuldigheid. Dat soort open normen zijn door de wetgever uitdrukkelijk bedoeld om aan de rechter ruimte te geven voor een op het geval toegesneden afweging van *alle* betrokken belangen en beginselen – vandaar de term ‘belangenjurisdictie’.

Hirsch Ballin waarschuwt dat deze ontwikkeling niet betekent dat de burgerlijke rechter zich heeft losgemaakt van zijn gebondenheid aan het recht. Zijn conclusie is dat de gebondenheid van de rechter is uitgebreid tot een gebondenheid aan onze rechtsorde, en niet slechts aan de wetten. De rechter grijpt terug op de achter wettelijke regels gelegen belangenafwegingen van de wetgever, om verantwoordelijk handelen van de partijen te kunnen eisen. Daarbij baseert de rechter zich op rechtsbeginselen, voorrangsregels en afbakening van verantwoordelijkheden.
In de terminologie van Montesquieu: De rechter is de mond ‘van de *geest* van de wetten’. Zie ik het goed, dan ligt dit alles niet ver af van de analyse van Dworkin, dat jurisprudentie moet worden gezien als een coherente voortzetting van het verhaal van het recht: de best mogelijke interpretatie van de wet in het licht van de fundamentele principes die aan de wet ten grondslag liggen.

Bij toepassingsjurisdictie wordt de uitkomst van het conflict dus gedicteerd door de regel, oftewel door de wetgever. Als de rechter tot een afwijkende uitkomst komt, heeft hij in feite de wetgever zelf op zij gezet. Maar rechtsbeginselen werken heel anders. Rechtsbeginselen zijn ethische overtuigingen die sterk in een bepaalde richting wijzen en eisen dat aan hen een bepaald gewicht wordt toegekend. Rechtsbeginselen *tenderen* naar een uitkomst, maar *dicteren* die niet. Een afwijkende uitkomst, aldus Hirsch Ballin, betekent niet dat het rechtsbeginsel door de rechter opzij is gezet; het betekent slechts dat in dit specifieke voorliggende geval een andere tendens of een ander belang zwaarder moest wegen.

Rechtsbeginselen spelen een grote rol in een andere rechtsontwikkeling, namelijk dat Internationaal recht een steeds belangrijkere rol is gaan spelen in de Nederlandse rechtsorde. *Al* het internationale recht waaraan de *nationale* politiek zich heeft gecommitteerd, maakt namelijk in beginsel deel uit van de Nederlandse rechtsorde. Rechtstreeks werkende verdragsbepalingen hebben daarbij een zo sterke werking, dat ze zelfs de *eigen* wetten van de *nationale* politiek, opzij kunnen zetten. De Nederlandse rechtsorde is in toenemende mate een meerlagige rechtsorde geworden.

Een belangrijk onderdeel van de internationale rechtsorde zijn de mensenrechtenverdragen. Die mensenrechtenverdragen zijn geformuleerd als zeer breed en algemeen geformuleerde *rechtsbeginselen* met een zeer zware ethische lading. Het zijn geen regeltjes die slechts voor een paar specifieke situaties gelden, maar kunnen zich in principe in elk soort rechtsverhouding manifesteren en eisen dan dat aan hen veel gewicht zal worden toegekend. In de literatuur wordt deze doorwerking van fundamentele rechten en waarden ook wel de *constitutionalisering* van het privaatrecht genoemd.

Deze ontwikkeling heeft wel tot gevolg, dat de Nederlandse politiek in ieder geval in haar eigen perceptie steeds minder te vertellen heeft over hoe de Nederlandse rechtsorde er uitziet. Op het moment dat de Nederlandse politiek besloten heeft toe te treden tot een verdrag wordt in feite de rechtsorde van dat verdrag binnengehaald die zich daarna betrekkelijk autonoom en los van de nationale politiek ontwikkelt. Aan Verdragsrecht is immers inherent dat het niet eenzijdig door de Nederlandse wetgever kan worden gewijzigd. De toepassing en uitleg van de mensenrechten en andere verdragsbepalingen is daardoor vooral rechterswerk.

De nationale politiek wordt echter wel geconfronteerd met de consequenties die deze rechtsontwikkeling heeft voor de manoeuvreer-ruimte van de nationale politiek, en het is telkens de nationale rechter die aan de nationale politiek komt vertellen dat het feest niet door gaat.

De rol van de nationale rechter in de Nederlandse meerlagige rechtsorde lijkt te groeien terwijl die van de nationale politiek lijkt af te nemen. Zoals De Werd al zei, bij zijn oratie in december 2015: degenen die sterk hechten aan de nationale soevereine Staat en het primaat van de politiek daarbinnen, zullen het moeilijk hebben met deze ontwikkeling. Ikzelf ben dit met hem eens, en mijn indruk is dat dit sentiment vandaag de dag binnen de Nederlandse politiek sterker leeft dan het weleens gedaan heeft. Het verzet tegen de EU en het wetsvoorstel Taverne noem ik als voorbeelden.

Een andere ontwikkeling die past bij het huidige internationale neoliberale klimaat, is dat in brede Nederlandse politieke kringen de gedachte leeft dat de verzorgingsstaat te ver is doorgeschoten en bovendien onbetaalbaar is. De overheid moet terugtreden en niet meer voor alles verantwoordelijk willen zijn. De overheid moet daarom niet meer besturen, maar nog slechts aansturen. Van “bestuur” naar “governance”.

Bij de ontwikkeling van een besturende overheid naar een aansturende overheid past, dat de politiek aan burgers en burger-organisaties een sterke onrechtmatige daadsactie in handen wil geven. Die moeten daarmee zélf de gewenste maatschappelijke ontwikkelingen vorm gaan geven, in plaats van telkens naar de overheid te kijken. De open rechtsnorm van de ‘maatschappelijke zorgvuldigheid’ wordt daarvoor bijzonder geschikt gevonden. Maar deze door de politiek zelf gewenste ontwikkeling keert zich soms tegen diezelfde politiek: voor sommige ontwikkelingen heb je namelijk echt de overheid nodig en dan kan het zomaar gebeuren dat de burgers die krachtige onrechtmatige daadsactie gaan gebruiken om hun eigen inerte overheid aan te spreken, aldus Hartlief onlangs in het NJB.

Wat al deze ontwikkelingen met elkaar gemeen hebben, is dat ze de rol en vooral ook de autonomie van de rechter ten opzichte van de nationale politiek vergroot hebben. Met name als de rechter moet oordelen over de rechtmatigheid van overheidshandelen, wordt de wijziging van de onderlinge verhoudingen zichtbaar.
Waar de rechter in het verleden er vooral op toezag dat ook de nationale politiek zèlf, zich hield aan de rechtsorde van haar eigengemaakte regels, ziet de rechter er nu op toe dat de nationale politiek zich houdt aan een nationale rechtsorde die voor een belangrijk deel bestaat uit regels die *niet* door de nationale politiek zelf zijn gemaakt. Erger nog, vaak zijn het niet eens regels maar beginselen, die iets vaags en ongrijpbaars hebben maar wel overal aanwezig zijn en dan ook nog eens dominant willen zijn. Als gezegd: dat roept binnen de politiek af en toe irritaties op.

Kent de Nederlandse rechter inderdaad te veel gewicht toe aan deze van buiten komende elementen? Of is het zo dat de Nederlandse politiek in een fase verkeert dat zij weinig tegenspel meer verdraagt en op hoge toon het primaat opeist omdat zij democratisch gelegitimeerd zou zijn en dat de rechter haar dus niet voor de voeten mag lopen. Ik kom daar later op terug.

Ikzelf denk dat er geen algemene regel kan worden gegeven hoe ver de rechter mag gaan bij zijn toetsing van het nationale politieke beleid. Het hangt er van af. ‘Belangen-jurisdictie’. Welke belangenwaarderingen en belangenafwegingen gaan er schuil *achter* de toepasselijke regels en beginselen, en hoe verhouden die zich tot de belangen die in het voorliggende geval concreet aanwezig zijn. Daar scharniert het om, denk ik.

Maar de Hoge Raad heeft wel een lange traditie hoog te houden als het gaat om de ‘rechtsbescherming’ van de burger tegen gevaar en bedreigingen van de fysieke veiligheid. Dan stelt de burgerlijke rechter grenzen aan zelfs de grootst mogelijke politieke beleidsvrijheid van de Staat.
In zijn noot onder Lindenbaum/Cohen schrijft Molengraaff bijvoorbeeld, dat de Hoge Raad zelfs in zijn streng-legistische periode soms toch arresten heeft gewezen, bijvoorbeeld in 1883, waarin hij een niet op enige wet rustende rechtsplicht aannam met betrekking tot het recht op leven en de persoonlijke veiligheid der ingezetenen. En in 1950 bijvoorbeeld wilde de Staat een paar duizend oud-KNIL-militairen niet in Nederland opnemen, maar afvloeien en vervoeren naar Ambon. De Hoge Raad (HR 2 maart 1951, NJ 1951, 217), overwoog dat de Staat weliswaar een zeer ruime vrijheid heeft bij zijn buitenlands beleid, maar dat de gevaren voor deze Ambonezen zo serieus waren, dat het voorgenomen regeringsbeleid onrechtmatig was. In de Srebrenica-zaak van 2013 (HR 6 september 2013, ECLI:NL:HR:2013:BZ9225, rov 3.18.3) verhinderde ook een wel zeer ruime beleidsvrijheid voor militaire beslissingen niet de aansprakelijkheid van de Staat voor een beleidsbeslissing die ernstig gevaar voor de betrokkenen opleverde.
Wat mij betreft, maar ik ben niet onbevooroordeeld, past ook het klimaatvonnis van de Haagsche rechtbank in de Urgenda-zaak in *die* traditie van rechterlijk ingrijpen als het gaat om grote gevaren.

**C: De bestuursrechter en de politiek**

Tijd om naar het bestuursrecht te kijken.

Ik had het over de flexibiliteit van de wetten van ons BW en de daarin ‘ingebouwde’ nadere afwegingsruimte voor de rechter. In onze moderne bestuurswetgeving echter lijkt alles er juist op gericht te zijn geen enkele afwegingsruimte meer open te laten. Vergunningenstelsels – waarbij vergunningverlening plaatsvindt na een deskundige toetsing op maat en waarbij afwegingsruimte bestaat - worden afgeschaft en vervangen door een woud van zeer gedetailleerdere regels die alle denkbare situaties willen bestrijken. De regelgeving kan daardoor zo complex worden dat er soms software nodig is om inzicht in de rechtspositie van de burger te krijgen: het ‘Omgevingsloket’.

Is dit een vorm van rechtseenheid die voorspelbaarheid en dus rechtszekerheid biedt en beschermt tegen willekeur, of is dit de eenheidsworst van de manager die volledige controle (een eufemisme voor macht) wil hebben en wantrouwen heeft tegen een eigen afwegingsruimte voor anderen dan hijzelf?

*Als* er in bestuurswetgeving al eens ergens een open ruimte is ‘ingebouwd’, dan is dat niet voor een ‘nadere afweging’ door de rechter maar gaat het meestal om beleidsvrijheid voor het bestuur waarbij alle beleidskeuzes geheel open liggen. Die beleidsruimte is dan bedoeld als het exclusieve domein van het politieke bestuur waar de rechter zich niet of nauwelijks op begeven mag.

Dat woud van zeer gedetailleerde regels en subregels wordt bovendien in toenemende mate vastgesteld door het bestuur zelf, buiten het parlement om. Er is dus weinig democratische controle. De bestuurswetten die het parlement vaststelt hebben namelijk in toenemende mate slechts een procedureel karakter. Ze zijn slechts het kader voor nadere uitvoeringswetgeving, zoals AMvB’s en Ministeriele Regelingen. AMvB’s gaan lang niet altijd en Ministeriele Regelingen gaan nooit langs het parlement. En juist die ministeriele regelingen bevatten zeer gedetailleerde gedragsnormen. Ik citeer als voorbeeld een recent commentaar op het wetsontwerp Omgevingswet: ‘De wet bevat zelf geen duurzaamheidsdoelstellingen, maar biedt bestuursorganen wel de mogelijkheid tot het opstellen daarvan[[24]](#footnote-24).’ Hier wordt dus een blanco cheque gegeven aan het bestuur, zonder enige inhoudelijke sturing, beperking of controle door het parlement. Het bestuur krijgt door deze ontwikkeling een zeer grote, bijna ongecontroleerde doordruk-macht voor de eigen politieke agenda, want het mag zijn eigen regels opstellen, in plaats van te moeten opereren binnen de regels van het parlement. In de woorden van Witteveen: de wet kadert niet het bestuur in, maar faciliteert het zonder enige inhoudelijke normering.

Deze instrumentele wetsopvatting leidt er toe dat bij elk incident of elke verandering van politiek inzicht, de wet – de Ministeriele Regeling - wordt gewijzigd. Witteveen noemde dit verschijnsel wegwerp-wetgeving. Donner, in zijn hoedanigheid van vicevoorzitter van de Raad van State, in het jaarverslag 2015[[25]](#footnote-25) van de Raad van State, bekritiseerde eveneens het tempo waarin regelingen veranderen. De overheid is grillig en een onbetrouwbare partner geworden, niet een stabiele factor. Ook Donner heeft, net als Witteveen, een belangrijke rol vervuld als politicus in de politieke takken van het overheidsapparaat: dat geeft extra gewicht aan zijn kritiek op het politiek functioneren daarvan.

Ook in het bestuursrecht is de tendens van ‘besturen’ naar ‘governance’ merkbaar. Het wordt ook wel de horizontalisering van het bestuur genoemd. Buiten het parlement om wordt door de Minister met maatschappelijke partners onderhandeld over het beleid en een convenant overeengekomen. De Minister meldt vervolgens aan het parlement dat hij zeer hecht aan maatschappelijk draagvlak en verzoekt het parlement (gedomineerd door de fractiediscipline van de regeringspartijen) om te tekenen bij het kruisje en daarmee in te stemmen met flankerende regelgeving. Het Energie-akkoord is een sprekend voorbeeld, waarin geheel buiten het Parlement om het Nederlands energiebeleid tot 1923 is vastgelegd, maar soortgelijke convenanten zijn ook gesloten over het sociaal beleid, de pensioenen, de zorg, en wonen en onderwijs.

Deze ontwikkeling is in het tijdschrift RegelMaat warm besproken[[26]](#footnote-26) als het ideaal van ‘de inclusieve wetgever’. *“Dat is, kort geformuleerd een wetgever die alle bestaande opvattingen en belangen in beschouwing neemt en afweegt alvorens te besluiten. Het ideaal van de inclusieve wetgever is in de eerste plaats te beschouwen als een democratisch ideaal, volgens welke niet alleen de opvattingen van de meerderheid de aandacht van de wetgever verdienen, maar ook die van minderheden.”*

In hetzelfde themanummer zijn twee onderzoekers[[27]](#footnote-27) heel wat minder positief. Uit hun onderzoek blijkt dat sinds Rutte I er een wezenlijk andere politieke ‘mindset’ is ten aanzien van rechtsstatelijkheid en de rol van de Raad van State, Tweede Kamer, Eerste Kamer, en rechtspraak als de traditionele waakhonden van de rechtsstaat. Er wordt sindsdien gesproken over ‘uitwassen van de rechtsstaat’ wat je vroeger nooit hoorde. Wetgeving wordt volgens de geïnterviewde wetgevingsjuristen gebruikt als een soort APV en het wetgevingsproces is instrumenteel geworden, gericht op het omzeilen van obstakels en vertragers.
Door aanvullend raadplegen van maatschappelijke organisaties, internetconsultaties en zelf gecreëerde adviescommissies wordt door het bestuur een veelheid aan uiteenlopende adviezen verzameld. Het van oudsher zeer zwaarwegende wetgevingsadvies van de Raad van State kan vervolgens worden afgedaan als ‘ook maar een van de vele adviezen’ en kan dus gemakkelijker genegeerd worden. Toeval of niet, parallel met deze ontwikkeling blijkt het aantal negatieve wetgevingsadviezen van de Raad van State toe te nemen. En waar de geproduceerde hoeveelheid wetten en AMvB’s weinig veranderd is, laten de recente kabinetten een explosie zien van het aantal Ministeriele Regelingen.

In het jaarverslag van de Raad van State over 2015 toont Donner zich ook over deze ontwikkelingen bezorgd.

Dat alles brengt mij op de vraag, hoe de bestuursrechter zijn rol ziet in dit geheel.

Dan begin ik met de vaststelling dat de bestuursrechter moet functioneren in een fundamenteel ander systeem van rechtsbescherming dan de burgerlijke rechter.
Ik bedoel dit: als je een systeem van rechtsbescherming ontwerpt met als vertrekpunt dat de rechter geen inhoudelijk oordeel mag uitspreken over de gedraging waarover hij een oordeel moet uitspreken, dan krijg je de Algemene wet bestuursrecht.

De Awb-rechter toetst of het bestuur wel beslissingsbevoegd was, of het bestuur niet vooringenomen was, of de voorgeschreven procedure is gevolgd, of de relevante feiten voldoende in kaart zijn gebracht, of het besluit correct bekend is gemaakt, of op alle klachten netjes is gereageerd, en of de overheid een enigszins plausibele toelichting heeft gegeven op haar beslissing. Allemaal buitenkant, allemaal procedureel. Het werk van de bestuursrechter is daarmee in belangrijke mate het afvinken van formele criteria. Toepassings-jurisdictie dus, geen belangenjurisdictie. Uitsluitend als het besluit ‘kennelijk onredelijk’ is, vernietigt de bestuursrechter op inhoudelijke gronden. ‘Gewoon’ onredelijk is daarvoor nog niet erg genoeg. Het moet zo onredelijk zijn dat elk zinnig mens niet tot deze beslissing kan komen.

Waar de burgerlijke rechter een resultaat-speler is, is de bestuursrechter dus eerst en vooral een procedure-speler. De burgerlijke rechter toetst overheidshandelen op een aanvaardbare *uitkomst*, en toetst daarbij met enige terughoudendheid. Hoe terughoudend precies, hangt af van de belangen die in het geding zijn. Daar heb ik het al over gehad. Maar in de Awb is het hele systeem van rechtsbescherming gebouwd op het dogma van zeer grote terughoudendheid van de bestuursrechter.

Dit verschil in de wijze van toetsen is door Schutgens onlangs[[28]](#footnote-28) mooi geïllustreerd aan de hand van twee uitspraken waarbij burgerlijke rechter en bestuursrechter in een nagenoeg identiek geschil inderdaad tot heel verschillende uitkomsten komen. Het is maar één enkel voorbeeld en Schutgens schrijft terecht dat je moet oppassen met er verstrekkende conclusies aan te verbinden, maar het voorbeeld illustreert zo duidelijk wat ik bedoel met het verschil in toetsing en hoe dit de uitkomst beïnvloedt, dat ik er graag gebruik van maak. [[29]](#footnote-29)

Het ging om twee uitspraken die allebei betrekking hadden op het Oekraïne referendum. Zowel de gemeente Oldenzaal als de gemeente Son en Breugel openden veel minder stembureaus dan voor reguliere verkiezingen, en het kwam beide gemeenten op een proces te staan. Door onduidelijkheid over het besluitkarakter van de beslissingen van deze gemeentes, kwam de zaak Oldenzaal (71% minder stembureaus dan gewoonlijk) voor de bestuursrechter en de zaak Son (70% minder dan anders) voor de burgerlijke rechter.

De bestuursrechter in de zaak ‘Oldenzaal’ begint met de bepaling uit de referendumwet die bepaalt dat het College van elke gemeente één of meer stembureaus moet instellen. De wet gaat dus kennelijk uit van het absolute minimum en het College had volgens de bestuursrechter dus veel vrijheid om te besluiten hoeveel stembureaus er eventueel méér zouden moeten komen. Daarom toetst de bestuursrechter of het College van Oldenzaal het in redelijkheid bij 5 stembureaus had kunnen laten. Vanwege het belang van kostenbesparing, de verwachte lage opkomst en de kortere rijen (omdat je tussen ja en nee sneller kiest dan tussen tientallen kandidaten) acht de Zwolse bestuursrechter de vermindering van het aantal stembureaus inderdaad niet onredelijk.

Het College van Son en Breugel beriep zich bij de burgerlijke rechter in Den Bosch ook op een lagere opkomst, snellere stemming en kostenbesparing. Het mocht niet baten. Volgens de burgerlijke rechter zat het college van Son en Breugel ‘naar de letter van de wet’ niet fout, maar blijkt uit de parlementaire geschiedenis dat de toegang tot het stemmen van groot maatschappelijk gewicht is. Bovendien hebben andere gemeenten het aantal stembureaus veel minder gereduceerd. Gemeentelijke ‘servicegerichtheid’ naar de kiezer is dus een breed gedeelde maatschappelijke norm. Dat stáát er niet, maar: ‘niet alles behoeft in de wet te staan om toch geldend recht te kunnen zijn’. Bovendien leidden minder stembureaus tot een lagere opkomst, hetgeen de geldigheid van het referendum kan beïnvloeden. De burgerlijke rechter acht het daarom in strijd met de maatschappelijke zorgvuldigheidsnorm om het aantal stemlokalen met 70% te reduceren. Tot zover het voorbeeld van Schutgens.

Het punt dat ik wil maken is, dat het verschil in uitkomst niet wordt veroorzaakt doordat twee rechters er verschillende persoonlijke, subjectieve opvattingen op na houden, maar dat dit verschil vooral moet worden teruggevoerd op het verschil in rechtssystemen waarbinnen zij hun oordeel moeten vormen. Het bestuursrecht is naar zijn aard en dus structureel vriendelijker voor de overheid en verlangt van de bestuursrechter ook een attitude van terughoudendheid. Er kunnen wat mij betreft goede redenen zijn om van de rechter terughoudendheid te vragen als hij overheidshandelen moet beoordelen, maar die redenen zouden dan wel per geval aannemelijk gemaakt moeten worden.

De vraag is namelijk of zo een grote stelselmatige en geïnstitutionaliseerde terughoudendheid van de bestuursrechter en de eis van effectieve rechtsbescherming niet met elkaar op gespannen voet staan.

In het NJB van 25 maart 2016 stonden de uitkomsten van een onderzoek door Marseille en Wever. Uit hun onderzoek blijkt dat, zowel bij de Afdeling Bestuursrechtspraak als bij de Centrale Raad van Beroep, het bestuursorgaan uiteindelijk in 80% van de gevallen als winnaar uit de gehele procedure komt. De burger wint dus maar in 20% van de gevallen. Uit het onderzoek is mij niet duidelijk geworden of dit betekent dat de burger in 20% van de gevallen ook echt inhoudelijk zijn zin krijgt. Het zou namelijk ook nog kunnen zijn dat in die 20% het bestuursorgaan ongelijk krijgt omdat het zijn *procedurele* huiswerk beter had moeten doen en dus een nieuw besluit moet nemen, dat *inhoudelijk* echter best hetzelfde besluit mag zijn. Dan winnen bestuursorganen dus nóg vaker.

Ik heb mij wel eens afgevraagd of dit soort succes-scores de reden zijn dat binnen de politiek kennelijk de gedachte leeft dat in het bestuursrecht de rechtsbescherming van de burger te ver is doorgeschoten. Immers, in het overgrote deel van de gevallen blijft het overheidsbesluit uiteindelijk recht overeind staan en was er dus eigenlijk nooit iets mis met het besluit als zodanig. Toch? Het enige wat dan mis is, is dat door de klagende burgers de politieke besluitvorming veel tijdrovender en stroperiger is geworden. De hindermacht van de burgers is dus te groot geworden, want hij frustreert de doordruk-macht (c.q. de doorzet-macht dan wel de slagkracht) van de politiek.

Het is in ieder geval opvallend dat binnen het bestuursrecht, ondanks deze successcores, sprake is van een tendens om het aantal beroepsgerechtigden te beperken, het aantal beroepsgronden dat iemand met succes kan aanvoeren te beperken (relativiteitsbeginsel) en tegelijkertijd de mogelijkheden te verruimen voor het bestuursorgaan om nog tijdens de procedure bepaalde gebreken aan het besluit te herstellen (denk aan de bestuurlijke lus).
Het lijkt er haast op, dat de inhoudelijk zeer terughoudende rechtsbescherming door de bestuursrechter, paradoxaal genoeg leidt tot een verder terugdringen van de bestuursrechtelijk rechtsbescherming van de klagende burger tegen een steeds machtiger wordend bestuur.

Men zou mij kunnen tegenwerpen dat de Nieuwe Zaaksbehandeling inmiddels veel verbetering heeft gebracht. Ik twijfel daaraan. De Nieuwe Zaaksbehandeling heeft geleid tot een versnelling van de procedure: ze is er op gericht om de stroperigheid uit het proces te halen. Maar daarmee wordt juist en vooral de doordrukmacht van de overheid geaccommodeerd door de bestuursrechter. Mijn kritiekpunt is, dat de bestuursrechter minder rechtsbescherming lijkt te bieden aan de burger dan de burgerlijke rechter doet en dat de bestuursrechter te weinig indringend het overheidshandelen toetst. Als de Nieuwe Zaaksbehandeling er toe leidt dat de burger er nu sneller en eerder achter komt dat de overheid van de bestuursrechter altijd gelijk krijgt, dan is dat niet een weerlegging van het punt dat ik wil maken.

Hirsch Ballin heeft in 2015 een pre-advies geschreven voor de VAR dat precies gaat over de rol van de bestuursrechter in het licht van de geschetste maatschappelijke en politieke ontwikkelingen. Zijn conclusie is dat de traditionele terughoudendheid van de bestuursrechter dogmatisch gefundeerd is op de democratische legitimatie van het bestuurshandelen, maar dat de werkelijkheid inmiddels heel anders is. Onjuist vindt hij dat de bestuursrechter er van uit gaat dat de feitenbeoordeling van het bestuur correct is en deze dus niet ‘vol’ toetst. Onjuist vindt hij ook dat de bestuursrechter de beleidskeuzes van het bestuur, omdat die exclusief het terrein van de politiek zouden zijn, eveneens nauwelijks meer toetst en die beleidskeuzes vaak zelfs promoveert tot zijn eigen toetsingskader voor het aangevallen besluit. Hirsch Ballin, eveneens oud-Minister die net als Witteveen en Donner als politicus het politieke systeem van binnen kent, bepleit dan ook een indringender, intensere wijze van toetsen van de politieke besluitvorming door de bestuursrechter waarbij dan meer sprake is van een belangenafweging. Hij schrijft – ik parafraseer – dat de angst van de politiek dat de bestuursrechter te veel op de stoel van de politiek zou gaan zitten er toe geleid heeft dat de rechter te veel bij de politiek op schoot is gaan zitten (p.46).

Hirsch Ballin staat bovendien bepaald niet alleen in zijn kritiek. Van der Feltz [[30]](#footnote-30) plaatste de volgende bepaald kritische kanttekening aan het eind van zijn recensie van een opstellenbundel die aangeboden werd aan Van Ravels bij diens vertrek naar de Afdeling Bestuursrechtspraak. ‘*… geen onvertogen woord in deze bundel, ook niet over de rechtsbescherming tegen besluiten van de overheid. Als advocaat van niet alleen overheden zie ik wel reden voor wat meer dwarsigheid. Voor een recente kritische beschouwing verwijs ik naar Damen in een bijdrage ter gelegenheid van 20 jaar JB (…). Besturend Nederland lijkt de schok van BAB, AROB, TwK en Awb te boven en – Elverding
 (*‘sneller en beter’) *ten spijt – met keurige toepassing van procedurele regels weer dicht bij het beginpunt te zijn beland: in het belang van de B.V. Nederland is bij de ontvangst van zienswijze of bezwaren alles hier op gericht: hoe verplaats ik lastige vragen achter de onneembare muren van beleids- en beoordelingsruimte en schrijf ik de rest zo efficiënt mogelijk weg? Dat is toch een ‘vroeger’ waar niemand naar zou moeten verlangen.’*

Kritische woorden ook in de opstellenbundel ‘behoorlijk bestuursprocesrecht’ die aan B.W.N. de Waard in 2015 werd aangeboden. Een paar voorbeelden. Ranchordas schrijft in die bundel (p. 41) dat de Nederlandse bestuursrechter nog steeds gehecht is aan een perceptie van het evenredigheidsbeginsel die dichterbij de traditionele Engelse toets ligt van ‘een te grote onredelijkheid’ dan bij het Duitse stappenplan van proportionaliteit dat in afgelopen jaren de jurisprudentie van de meeste landen heeft beïnvloed. In diezelfde bundel schrijft De Moor-Van Vugt (p. 147): ‘*deze relativering van de rechtsbescherming ten gunste van de slagvaardigheid van het bestuur is kenmerkend voor de wijze waarop in Nederland de discussie over de aanpassingen in het bestuursprocesrecht is gevoerd. Voorop stond het efficiënt verloop van de procedure. Er werd wel aandacht besteed aan fundamentele uitgangspunten, maar deze werden steeds ‘weg gerelativeerd’: ofwel werd ontkend dat zij in gevaar waren, ofwel werd gesteld dat dat nu eenmaal de prijs van efficiency was’*. Van der Veen (p. 222) schrijft dat het relativiteitsvereiste de toegang tot de bestuursrechter duidelijk heeft beperkt, maar dat dit een rechtspolitieke keuze is die nu eenmaal gemaakt is. Schlössels schrijft (p. 233): *‘de wetgever stapelt in het bestuursprocesrecht aanpassing op aanpassing. De productiedruk is hoog en de aandacht is de laatste jaren eenzijdig gericht op snelheid en finale afdoening. Anders dan het beginsel van hoor en wederhoor is het zogenaamde ‘finaliteitsbeginsel’ zelfs wettelijk gecodificeerd’.* Hij schrijft verderop (p. 243) dat de bestuursrechter geen doortastende materiële waarheidsvinder is en niet geneigd is zelf ambtshalve te graven in de feitenvaststelling die het bestuur aan hem presenteert. Hij constateert dat de Nieuwe Zaaksbehandeling de nadruk op finaliteit lijkt te hebben versterkt en alle goede voornemens met betrekking tot maatwerk niet goed uit de verf zijn gekomen en concludeert (p. 249) dat het beeld oprijst dat het beginsel van hoor en wederhoor op punten onder druk staat.

Ik wil daarmee maar zeggen: het bestuur heeft met behulp van een weinig kritisch parlement, het bestuursrecht zo ingericht en verfijnt dat nog steeds, dat de bestuursrechter een wijze van beoordeling opgedrongen lijkt te krijgen die leidt tot een grotere doordrukmacht van het bestuur ten koste van de rechtsbescherming van de burger. Tegelijkertijd laat Hirsch Ballin in zijn pre-advies zien, dat de bestuursrechter daarin misschien ook wel wat te gemakkelijk meegaat, door niet zo indringend te toetsen als binnen dat wettelijke kader toch wel degelijk mogelijk is. De door mij aangehaalde kritiek is te wezenlijk, komt uit te veel monden en is te veel unisono om te kunnen negeren, lijkt mij. Bovendien raakt die kritiek aan de rol en taakopvatting die de rechter zelf heeft over zijn functioneren binnen de constitutionele verhoudingen in een dynamische, veranderende samenleving.

Ik sluit deze bijdrage af met de constatering dat de rechtsbescherming aan weerszijden van ‘de magische lijn’ tussen publiek- en privaatrecht, nogal verschilt.
Met name als het gaat om de rol van de rechter ten opzichte van de politiek, lijken privaatrecht en publiekrecht zich in tegengestelde richtingen te ontwikkelen.
De bestuursrechter zou daardoor volgens een niet onbelangrijk aantal rechtsgeleerden het politieke beleid inmiddels te weinig indringend toetsen, en de burgerlijke rechter zou soms juist te veel op de stoel van de politiek gaan zitten.

Ligt de waarheid in het midden of in dit geval niet? Is het erg om een nationale rechtsbescherming van twee snelheden te hebben? Hoe ver moeten Hoge Raad en Raad van State gaan in hun gezamenlijk streven naar rechtseenheid, als hun taakopvatting en systematiek zo wezenlijk verschilt? Kunnen wij ons permitteren ons systeem van ‘checks and balances’ sluipend te ontmantelen, omdat het bestuur nu eenmaal slagkracht en doordrukmacht nodig heeft om te kunnen doen wat de kiezer wil, althans volgens datzelfde bestuur? Is het de rol van de rechter om extra tegenwicht te bieden als de Trias Politica uit het lood hangt of mogen dat soort beleidsmatige – of beter wellicht: constitutionele - overwegingen geen rol spelen bij rechterlijke beslissingen?

Ik denk dat wij daar *dringend* iets van moeten gaan *vinden*.

1. Mr. M.F.J.M. de Werd, de constitutionele taak van de rechter, in: Grenzen aan de Rechtspraak? Political question, akte de Gouvernement en rechterlijk interventionisme, staatsrecht conferentie 2004, publicaties van de staatsrechtconferenties, nummer 9, Kluwer, 2004, p. 71.’ [↑](#footnote-ref-1)
2. Montesquieu, Over de geest van de wetten, 1748, Ned. vert. Jeanne Holierhoek, Uitgeverij Boom, 2006, Boek XI, hoofdstuk 4. [↑](#footnote-ref-2)
3. Montesquieu, a.w. Boek XI, hoofdstuk 6. [↑](#footnote-ref-3)
4. Montesquieu, a.w. Boek I, hoofdstuk 3 [↑](#footnote-ref-4)
5. Montesquieu, a.w. Boek I, hoofdstuk 1. [↑](#footnote-ref-5)
6. Aldus ook Lucas van den Berge, Montesquieu en marginale toetsing in het bestuursrecht, in: Montesquieu, enigmatisch observator, Kinneging e.a. Uitgeverij Vrijdag, 2016, p. 137. [↑](#footnote-ref-6)
7. Montesquieu, a.w. Boek VI, hoofdstuk 3. [↑](#footnote-ref-7)
8. Lucas ten Berge, a.w., p. 136, met verwijzing naar K.M. Schönfeld en diens dissertatie ‘Montesquieu, Bouche de la Loi’ uit 1979. [↑](#footnote-ref-8)
9. Montesquieu aangehaald werk, Boek XI, hoofdstuk 6 [↑](#footnote-ref-9)
10. Willem Witteveen, de wet als kunstwerk, Boom, 2015, p. 20 [↑](#footnote-ref-10)
11. Burkens, Kummeling, Vermeulen, Beginselen van de Democratische rechtstaat, Tjeenk Willink, 1990, p. 111. [↑](#footnote-ref-11)
12. C.A.J.M. Kortmann, constitutioneel recht, Deventer, 2012, p. 150 [↑](#footnote-ref-12)
13. Elzinga, De Lange, Hoogers, Van der Pot Handboek van het Nederlandse staatsrecht, 16e druk, Kluwer 2014, p. 531 [↑](#footnote-ref-13)
14. Witteveen, a.w. p. 20 en ook p. 423 [↑](#footnote-ref-14)
15. Burkens c.s., a.w. p. 74 [↑](#footnote-ref-15)
16. Zie Geerten Boogaard, Over de ondraaglijke leegheid van de Trias Politica, Ars Aequi 2016, 1 januari 2016, AA 20160026 [↑](#footnote-ref-16)
17. De Werd, a.w. p. 92 [↑](#footnote-ref-17)
18. C.J.J.C. van Nispen, het rechterlijk verbod en bevel, Kluwer, 1978, p. 1. Deze hele alinea ontleent veel aan dat proefschrift, met name aan de paragrafen 1, 10, 11, 14, 18 t/m 23 en 31 van dit proefschrift [↑](#footnote-ref-18)
19. C.H. Sieburgh, toerekening van een onrechtmatige daad, Kluwer 2000, p. 114-115. [↑](#footnote-ref-19)
20. Van Nispen, a.w. paragraaf 24. [↑](#footnote-ref-20)
21. *Full disclosure:* e*en* van de aanleidingen voor deze bundel was het Urgenda-vonnis dat de rechtbank Den Haag op 24 juni 2015 heeft gewezen en ook wel het klimaatvonnis wordt genoemd. Het feit dat ik in die zaak optrad als advocaat van stichting Urgenda zal ongetwijfeld de reden zijn geweest mij uit te nodigen voor deze bijdrage. [↑](#footnote-ref-21)
22. Ontleend aan G.E. van Maanen, ‘Lindenbaum/Cohen’ ArsAequi 2009, nr 07, p. 79 [↑](#footnote-ref-22)
23. Hirsch Ballin, staatsrechtelijke aantekeningen over de plaats en functie van de Hoge Raad in de Nederlandse rechtsorde, uit: *de plaats van de Hoge Raad in het huidige staatsbestel.* De veranderingen in de rol van de Hoge Raad als rechtsvormer (symposiumbundel ter gelegenheid van het 150 jarig bestaan van de Hoge Raad), Zwolle 1988 p.p. 211-237. De volgende alinea’s ontlenen veel aan Hirsch Ballin.
 [↑](#footnote-ref-23)
24. S. Van ‘t Foort en J. Kevelam, Tijdschrift voor Omgevingsrecht, 2015, nr 1 Aldaar eveneens: “Ook moet op deze plaats worden opgemerkt dat de uitvoeringsregelgeving (AMvB’s, Ministeriele Regelingen) die voor een goed begrip van de gevolgen van het wetsvoorstel noodzakelijk is, nog niet bekend is.” [↑](#footnote-ref-24)
25. P. 12, p. 14-15 [↑](#footnote-ref-25)
26. P.J.P.M. van Lochem, De inclusieve wetgever als groeiend ideaal, RegelMaat Tweemaandelijks tijdschrift voor wetgevingsvraagstukken, 2015 (30) 4, p. 291 [↑](#footnote-ref-26)
27. C.F. van den Berg en G.S.A. Dijkstra, Wetgevingsjuristen ten prooi aan New Political Governance? Een inventarisatie (2002-2015), RegelMaat Tweemaandelijks tijdschrift voor wetgevingsvraagstukken, 2015 (30) 4, p. 247-266. [↑](#footnote-ref-27)
28. Roel Schutgens, Juridische experimenten, column in Mr., 2016, 5, p.33 [↑](#footnote-ref-28)
29. De volgende alinea’s zijn vrijwel letterlijk overgenomen van Schutgens. [↑](#footnote-ref-29)
30. O&A 2015/57 [↑](#footnote-ref-30)