

Mr. H.F.M. Hofhuis
oud-rechter

Aan: de Staatscommissie rechtsstaat
per e-mail: info@staatscommissierechtsstaat.nl

Den Haag, 14 juli 2023

Geachte leden van de Staatscommissie,

Met een brief van 23 mei 2023 heeft een van uw leden mij uitgenodigd een korte brief te schrijven die de analyse van uw commissie zou kunnen versterken. Met dit bericht, in briefvorm, voldoe ik aan deze uitnodiging. In mijn reactie beperk ik mij tot enkele gedachten over het onderwerp 'effectieve rechtsbescherming'.

Het bieden van rechtsbescherming – aan de burger in zijn verhouding tot overheden en tot andere private partijen – is een van de hoofdtaken van de rechter, individueel zowel als collectief. Daarvoor is de rechter gelegitimeerd en toegerust. Hij ontleent zijn legitimatie aan zijn (grond)wettelijke opdracht en is zo gezien ook democratisch gelegitimeerd. In ons staatsbestel berusten de positie en de bevoegdheden van de rechter immers op zijn wettelijk vastgelegde benoeming 'voor het leven', die onafhankelijkheid garandeert en de rechter onvatbaar maakt voor (her)verkiezingsgedrag. Andere systemen zijn denkbaar, maar in algemene zin functioneert het Nederlandse systeem goed en zijn aan alternatieven voor dit systeem naast mogelijke voordelen zeker ook grote risico's verbonden.

Tussen de staatsmachten – wetgever, bestuur en rechter – bestaat geen volstrekte hiërarchie. Ieder heeft zijn eigen taak en domein. De volksvertegenwoordiging vormt in zekere zin het 'hoogste orgaan' van de democratische rechtsstaat, een typering die ook tot uiting komt in het zogeheten 'primaat van de politiek'. Maar dit betekent niet dat bijvoorbeeld de wetgevende macht (d.w.z. regering en Staten-Generaal tezamen) rechterlijke oordelen naast zich neer kan leggen of in alle gevallen en zonder meer kan 'overrulen'. Wetten kunnen worden veranderd en internationale verdragen kunnen worden opgezegd, maar de beide elementen van het begrip 'democratische rechtsstaat' waarborgen (óók) dat voor een ieder effectieve toegang tot de rechter bestaat en dat de rechter effectieve rechtsbescherming moet kunnen bieden. De domeinen sluiten elkaar niet uit. Iets preciezer gezegd: zij kunnen elkaar overlappen. Wetgeving vergt altijd interpretatie, en dus ook door de rechter in de zaken die hem worden voorgelegd. Bovendien vraagt macht altijd om tegenmacht. Het recht is niet het definitieve, niet voor verdere uitleg vatbare, eindproduct van het oordeel van '50% plus één'.

Zoals gezegd: de rechter is *toegerust* om rechtsbescherming te bieden. Hij is daartoe bij uitstek geëquipeerd. Hij is onafhankelijk en heeft geen doel of agenda, anders dan dat hij deskundig en gewetensvol toepassing moet geven aan het recht (een begrip dat méér omvat dan het totaal van alle geschreven regels in wetten en andere algemene voorschriften, en bovendien niet statisch van aard is). Deze opdracht vormt een kernelement van het begrip democratische rechtsstaat, waarin de *rule of law* heerst. Uiteraard zijn ook politieke organen zoals de wetgever en het bestuur gebonden aan het recht, maar zij dienen veel méér belangen en missen de professionele gerichtheid op die 'rechtstoets'. Daarvoor is nu juist de rechter, als derde staatsmacht, bedoeld. Het maken en uitvoeren van algemene voorschriften is ook een andere taak dan het beoordelen of in een concreet geval (of in groepen van gevallen) de toepassing van regels onrecht oplevert. Voor het bieden van rechtsbescherming zijn de staatsmachten wetgever en bestuur niet toegerust. De meer recente ontwikkelingen in 'de politiek' versterken deze vaststelling. Denk – om enkele voorbeelden te noemen – aan de sterk toegenomen versnippering in de volksvertegenwoordiging, het uitbesteden van allerlei

vormen van vooroverleg in lastige kwesties aan ‘overlegtafels’ en de geringere beheersbaarheid van geautomatiseerde processen. Daardoor neemt de effectiviteit van de wetgevende en de uitvoerende macht af. Ook het ‘juridische geweten’ van deze andere staatsmachten verschaalt. Het is niet aan de rechter om de andere staatsmachten de maat te nemen, maar dergelijke ontwikkelingen maken de noodzaak van rechtsbescherming door de rechter klemmender. (Waarbij het overigens des te gênanter is dat de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State deze rechterlijke opdracht jarenlang heeft veronachtzaamd in de Toeslagenaffaire.)

De noodzakelijke onafhankelijkheid van de rechter en zijn organisatie (“de Rechtspraak”, een wonderlijke aanduiding voor het organisatorische geheel van de Raad voor de rechtspraak en de gerechten, nu de Hoge Raad en de Afdeling hierbuiten vallen) maken het hachelijk dat rechters deelnemen aan vormen van ‘professionele samenwerking van de staatsmachten’ en zich, als organisatie, uitspreken over knelpunten in wetgeving of uitvoering die rechters in hun dagelijkse werk signaleren. Rechters staan niet buiten de samenleving en het is nodig dat zij aanvoelen wat daar speelt, maar er moeten niet (als het ware) overlegtafels komen waaraan ook de rechter plaatsneemt. Het oude adagium dat de rechter (slechts) ‘door zijn vonnis spreekt’ heeft nog steeds goede zin, ook al kan het een houderige indruk wekken. De rechter is, als zodanig, geen deelnemer aan het maatschappelijke debat. Het is immers juist zijn taak om geschillen die daarbij ontstaan, op een deskundige maar tegelijk onbevangen manier op te lossen met gebruikmaking van zijn ‘gereedschap’, het recht. In gecoprimeerde versies van zijn uitspraken (in zogeheten voorleesteksten en in persberichten) kan hij de aandacht vragen voor waargenomen algemene tendensen of structureel onrecht. Maar dergelijke uitingen zijn steeds geënt op zijn hoofdtaak, het rechtspreken. De Raad van State toont zich in zijn Jaarverslag 2022 onder het kopje “Samenspel binnen de overheid” voorstander van “systematischer” terugkoppeling “naar regering en parlement” door rechters op grond van hun kennis van en ervaring met de manier waarop wetten en overheidsmaatregelen in de praktijk uitwerken. Ik ben daarvan geen voorstander.¹ Los van mijn principiële bedenking is het opvallend dat de Raad van State dit schrijft zo kort nadat in de Toeslagenaffaire aan het licht was gekomen dat de Afdeling is tekortgeschoten in haar zuiver rechtsprekende taak. Als de Afdeling in een vroeg stadium had ingegrepen in de manier waarop de Belastingdienst omging met het terugvorderen van toeslagen ook na mogelijk kleine onzorgvuldigheden, was die affaire waarschijnlijk niet zo groot geworden.

In Nederland bestaat een traditie van grote terughoudendheid van de rechter bij het bieden van rechtsbescherming waardoor direct of indirect kan worden ingegrepen in (de gevolgen van) wetgeving in formele zin. Dat is terecht, want zoals het bieden van rechtsbescherming een hoofdopdracht is van de rechter, behoren het beraadslagen over en het vaststellen van wetgeving tot de kerntaak van de wetgevende macht. Maar daarmee is het laatste woord over de soms ingewikkelde verhouding tussen deze domeinen niet gezegd. Louter als voorbeeld noem ik het soms ontbreken van adequate rechtsbescherming bij gemeentelijke herindelingen, die bij gewone wet tot stand komen. Het standaardarrest van de Hoge Raad in de zaak van de gemeente Tegelen tegen de provincie Limburg² is nog steeds leidend.³ De poging van particulieren om een uitspraak van de rechter te krijgen over – in hun ogen – onrechtmatig feitelijk handelen binnen de provincie Groningen voordat de Staten-Generaal het wetsvoorstel tot wijziging van de gemeentelijke herindeling hadden aanvaard, liep stuk op het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet. Volgens het hof Arnhem-

¹ Zie ook: Herman Hermans en Hans Hofhuis, Kennis delen met de samenleving?, *Trema* 2010, nr. 2, p. 50 e.v.

² Hoge Raad 19 november 1999, ECLI:NL:HR:AA1056, *NJ* 2000, 160 m.nt. TK.

³ Zie bijvoorbeeld Hof Arnhem-Leeuwarden 23 mei 2017, ECLI:NL:GHARL:2017:4366, over de gemeentelijke herindeling van Groningen, Ten Boer en Haren.

Leeuwarden onttrekken ook voorbereidingshandelingen – in dit geval van de provincie – in het kader van en in de aanloop naar het herindelingsadvies van provinciale staten binnen de wettelijke herindelingsprocedure, zich aan beoordeling door de rechter. Ik heb geen eigen oordeel over de juistheid van de bezwaren van de eisers in deze zaak, maar meen dat het uit het oogpunt van rechtsbescherming ongelukkig is dat de rechter helemaal buitenspel staat. De vertegenwoordigende lichamen zijn – ik herhaal het – niet toegerust om rechtsbescherming te bieden. Ik breng in herinnering wat de annotator T. Koopmans in zijn *NJ*-noot heeft geschreven: “Bovendien gaat het omdopen van de voorfase tot deel van het wetgevingsproces misschien wel nodeloos ver: als in het adviseringsproces ongelukken gebeuren, is het wel eens goed dat er nog rechters zijn.” Even verderop betoogt Koopmans dat een “andere redenering” (dan die van de Hoge Raad) “mogelijk [zou] zijn geweest”. Uw commissie is niet gebonden aan de beantwoording van een bepaalde rechtsvraag door de Hoge Raad en zou zich kunnen laten inspireren door deze woorden van Koopmans. Er zit iets ongerijms in het huidige systeem. Enerzijds vertrouwt het, terecht, als gevolg van het ingrijpende karakter van gemeentelijke herindelingen voor de positie van de burger, de beslissing toe aan het hoogste democratische orgaan, de centrale wetgever. Anderzijds neemt het echter voor lief dat de rechtsbescherming voor de burger in handen ligt van datzelfde orgaan, dat daarvoor niet is toegerust. Hier manifesteert zich een rechtstekort.

Voor het geven van een nadere toelichting op deze brief ben ik beschikbaar.

Met vriendelijke groet,

Hans Hofhuis