

Westelbeers 28 mei 2023

Betreft: brief aan de Staatscommissie Rechtsstaat

Geachte leden van de Staatscommissie. U heeft mij gevraagd te reflecteren op voorstellen of maatregelen ter bevordering van de 'rule of law' en de rechtsstatelijke cultuur, indachtig de opdracht van de commissie. Ik beperk me tot uw opdracht in art. 2, lid 1, onder a van uw instellingsbesluit: "De rechtsstatelijke balans tussen professionele samenwerking van de staatsmachten en voldoende distantie ten opzichte van elkaar." In dat kader is van belang dat art. 2, lid 1, onder a, van uw instellingsbesluit uitgaat van een impliciete aanname, namelijk: dat er iets mis is met de rechtsstatelijke balans en de samenwerking tussen de staatsmachten. Die aanname lijkt me juist. Een van de problemen is dat het denken in rechtsstatelijke waarborgen de afgelopen eeuw geen gelijke tred heeft gehouden met nieuwe ontwikkelingen in de samenleving, zoals het groeiende belang van het EU-recht, de doorwerking van het EVRM en andere supranationale verdragen, maar ook de opkomst van internationale financiële netwerken, Internet platforms, algoritmische besluitvorming enz. In dat kader is het betreurenswaardig dat het staatsrechtelijke debat in ons land nog altijd sterk uitgaat van een visie op de trias politica (verhouding wetgever, bestuur en rechter) die stamt uit vervlogen tijden toen er geen supranationale instituties bestonden, geen politieke partijen, geen Internet enz. Ik bevind mij in goed gezelschap wanneer ik als uitgangspunt neem dat het vooral denken in termen van (slechts) drie "co-equal branches of government" achterhaald is en dat we rechtsstatelijk gezien nieuwe wegen moeten durven inslaan.<sup>1</sup> Ik noem hierna kort een aantal ideeën die mij een nadere overweging waard lijken.<sup>2</sup>

Om te beginnen moeten we afstand durven nemen van de traditionele invulling van het primaat van de (nationale) wetgever, waarbij de wetgever in formele zin alle belangrijke politiek relevante besluiten neemt die rechten of plichten voor burger met zich brengen en louter technische (uitvoerings)kwesties mag overlaten aan het bestuur. Inmiddels geldt namelijk dat zo'n driekwart van onze regelgeving op rijksniveau, gedelegeerde regelgeving betreft, waarbij parlementaire medebetrokkenheid in de praktijk vaak geen rol speelt en waarvan het alleen al statistisch gezien onwaarschijnlijk is dat het daarbij louter om technische kwesties gaat. Het primaat van de wetgever wordt bovendien eveneens uitgehold door "delegatie" van regelgevende taken naar EU-instellingen. Daarbij kiest de EU-wetgever steeds vaker voor de figuur van verordeningen in plaats van voor richtlijnen die omzetting in nationale wetgeving behoeven. Ook dat beperkt de keuzeruimte van nationale wetgevers. Zelfs wanneer het om EU-richtlijnen gaat, zien we bovendien met enige regelmaat het gebruik van zogeheten kaderrichtlijnen die qua materiële normen zelf tamelijk leeg zijn, maar vervolgens tot veel latere uitvoeringswetgeving leiden vanwege de Europese Commissie. Hierbij speelt het Europees Parlement in de praktijk soms nauwelijks nog een rol. Deze kaderrichtlijnen worden nationaal bovendien opnieuw vaak geïmplementeerd via gedelegeerde regelgeving waardoor er een dubbel democratisch deficit dreigt te ontstaan: geen Europese noch nationale parlementaire medebetrokkenheid.<sup>3</sup>

Op bestuurlijk niveau zien we, zowel nationaal als internationaal, zelfstandige bestuursorganen (quango's) met regelgevende, bestuurlijke en soms ook geschilbeslechtende taken. Daarnaast treffen we binnen ons openbaar bestuur steeds vaker een nauwe verwevenheid tussen

---

<sup>1</sup> B. Ackerman, Good-bye, Montesquieu, in: S. Rose-Ackerman, P. Lindseth, and B. Emerson (Eds), Comparative Administrative Law (Second Edition), Research Handbooks in Comparative Law series: Cheltenham: Edward Elgar 2017, p. 38-43.

<sup>2</sup> Zie eerder ook al: R.A.J. van Gestel, 'De rechtsstaat in discussie', *RegelMaat* 2020-4, p. 261-274.

<sup>3</sup> Zie R.A.J. van Gestel en A. Vleugel, Herijking van het primaat van de wetgever: de betekenis van kaderwetgeving en delegatie, Rapport in opdracht van de Raad van State, Den Haag 2012 (<https://www.raadvanstate.nl/publish/library/13/rapport-kaderwetgeving-vgestel-vleugel.pdf>).

publiekrechtelijke en privaatrechtelijke beleidsarrangementen (co-regulering, PPS, akkoorden enz.) waardoor het klassieke onderscheid tussen publiek- en privaatrecht vervaagt. Wat dit laatste betreft is het derhalve niet zo vreemd dat supranationale rechterlijke instanties als het HvJEU en EHRM zich weinig gelegen laten liggen aan nationale onderscheidingen tussen publiek- en privaatrecht en pragmatisch op zoek gaan naar effectieve rechtsbescherming. Onze nationale hoogste rechters lijken daarin steeds vaker mee te gaan, vooral wanneer de toepasselijkheid van deze hybride regels op de onderlinge rechtsverhoudingen door procespartijen niet wordt betwist.

Zowel nationaal als internationaal blijft de rechtsvormende taak van de rechter bovendien al lang niet meer beperkt tot wetsinterpretatie en individuele geschillenbeslechting. Steeds vaker zien we dat de rechter te hulp wordt geroepen om in te grijpen om problemen op te lossen die nationale en internationale regelgevers (teveel) laten liggen. Het meest bekende voorbeeld in eigen land is het Urgenda arrest, maar ook in andere landen en op supranationaal niveau zien we een opmars van de rechter op initiatief van burgers en belangenorganisaties om “legislative paralysis” te doorbreken waar het bijvoorbeeld gaat om migratievraagstukken, genderongelijkheid, historisch onrecht, desinformatie op social media en ga zo maar door. Burgers en belangenorganisaties lijken zich in toenemende mate te realiseren dat de speelruimte voor nationale wetgevers is gekrompen en dat ze voor effectieve bescherming van hun belangen en rechten vaak meer van de rechter te verwachten hebben dan van de wetgever in een gepolariseerd en gefragmenteerd politiek landschap.

In plaats van voortdurend te blijven aandringen op een terugkeer naar oude vertrouwde verhoudingen, zoals de Raad van State in zijn jaarverslagen vaak pleegt te doen, zouden we veel meer “out of the box” moeten durven denken. Ik heb daartoe o.a. een poging gedaan in een preadvies over de toeslagenaffaire<sup>4</sup>, waarbij ik een lans gebroken heb om uitvoeringswetgeving, zoals we die in het toeslagendossier hebben gezien, niet langer via de “democratic transmission belt theory” van de gedelegeerde regelgeving tot stand te laten komen<sup>5</sup>, maar via een soort uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure waarbij alle belanghebbende partijen rechtstreeks invloed kunnen uitoefenen op de inhoud en waarbij openbaarheid, inspraak en rechtsbescherming algemeen geregeld worden in bijvoorbeeld de Algemene wet bestuursrecht (Awb). Door het openen van de mogelijkheid voor belangenorganisaties deze regelgeving vervolgens via de rechter via een collectieve actie te laten toetsen aan de procedurele vereisten in de Awb en aan hogere (internationale) regelgeving kan bovendien een rechtsstatelijke controlemogelijkheid op het democratische besluitvormingsproces worden ingevlochten. Dit is een volslagen andere wijze van denken dan de huidige dominante wijze van het krampachtig proberen te versterken van de parlementaire medebetrokkenheid bij uitvoeringswetgeving via voor- en nahangprocedures, waarbij voorbijgegaan wordt aan de vraag of ons parlement eigenlijk nog wel zo geïnteresseerd is in medewetgeven. Die vraag is relevant, omdat de praktijk al jarenlang op het tegendeel lijkt te wijzen. Ongetwijfeld zitten er ook nadelen en risico’s aan het op deze wijze tot stand brengen van uitvoeringswetgeving, maar het opent ook nieuwe denkramen voor het op rechtsstatelijk verantwoorde wijze regelgeven. Zolang we niet bereid zijn om die voor- en nadelen te onderzoeken en te vergelijken met de status quo vrees ik dat we niet echt veel verder komen.

Soortgelijke opmerkingen zijn te maken over de rechtsvormende taak van onze hoogste rechter(s). Waar de kritiek van parlementariërs en staatsrechtwetenschappers op het civielrechtelijke Urgenda-arrest – dat in feite gaat over de doorwerking van grondrechten – overwegend betrekking had op het vermeendelijk door de rechter “op de stoel van de wetgever” gaan zitten, lijkt de kritiek op de rol van de hoogste bestuursrechter in de toeslagenaffaire juist te zijn dat de rechter veel te lang blind de wet is blijven toepassen en eerder een evenredigheidstoets had moeten durven doorvoeren op terugvorderingsbesluiten en desnoods de wet contra legem had moeten uitleggen. Staats- en

---

<sup>4</sup> R.A.J. van Gestel, Een ongekend parlement: Over de toeslagenaffaire en de Trias. In J. Goossens, J. de Poorter, G. van der Schyff, T. Geldof, & C. van Orsouw (Eds.), *Rechtsvorming in een hypercomplexe Samenleving*, Nijmegen: Wolf Legal Publishers (WLP) 2022, p. 61-104.

<sup>5</sup> Zie daarover eerder: R.B. Stewart, ‘The Reformation of American Administrative Law’, *Harvard Law Review* 1975, Vol. 88, p. 1667.

bestuursrechtjuristen wijzen daarbij bovendien op het feit dat vanwege het feit dat er geen collectieve actiemogelijkheden bestonden, de Afdeling bestuursrechtspraak te lang onvoldoende zicht had op de omvang van de problemen bij terugvordering van toeslagen. Hierbij geldt echter dat je niet vóór collectieve acties en een substantiële rechtsvormende taak zijn van de rechter kunt zijn als het je toevallig uitkomt en er tegen als de belangen waarvoor wordt opgekomen of de beslissingen van de rechter je niet bevallen. Rechtsvergelijkend onderzoek heeft mij intussen bovendien geleerd dat er elders vaak behoorlijk anders over de rechtsstatelijke en rechtsvormende rol van de rechter in algemeenbelangzaken wordt gedacht dan bij ons. In India is het bijvoorbeeld zelfs mogelijk dat de rechter suo moto – dat wil zeggen op eigen initiatief – een public interest zaak start en dan een amicus curiae aanwijst om als eisende partij op te treden. Ook in Zuid-Afrika wordt doorgaans niet de vraag gesteld welke personen een belangenorganisatie die een algemeenbelangactie bij de rechter aanhangig maakt precies vertegenwoordigt. Dat komt, omdat men public interest litigation niet beschouwt als een kwestie van bundeling van individuele claims, maar veeleer als het in rechte opkomen voor stemloze of anderszins niet vertegenwoordigde belangen.<sup>6</sup>

Ook qua onderzoeks- en uitspraakbevoegdheden zijn er elders grote verschillen. In India kan het Supreme Court bijvoorbeeld wetenschappelijke commissies instellen om onderzoek te laten verrichten naar de oorzaken van onrechtmatig overheidsoptreden, maar ook naar mogelijk remedies om een einde aan dat optreden te maken. En binnen ons eigen Koninkrijk had de rechter op Curacao recentelijk geen moeite met het Nederlandse verbod voor de rechter om een bevel tot wetgeving uit te vaardigen. In een procedure tussen Clean Air Everywhere en het Land Curacao over de uitstoot van zwaveldioxide en fijnstof door de lokale ISLA- olieraffinaderij op het eiland met ernstige gezondheidsschade voor omwonenden, oordeelde de rechter niet alleen dat er sprake was van strijd met artikel 8 EVRM.<sup>7</sup> Hij besliste ook dat zolang het Land niet over adequate luchtkwaliteitswetgeving beschikt, het zich niet achter z'n eigen falen om wetgeving tot stand te brengen kan verschuilen. Minstens zo interessant is dat de rechter oordeelde dat in de tussenliggende tijd de WHO-richtlijnen voor uitstoot van zwaveldioxide en fijnstof door het Land Curacao in acht moeten worden genomen, omdat deze gezien mogen worden als een weergave van de wetenschappelijke “state of the art” van wat uit gezondheidsoogpunt minimaal noodzakelijk is. Een creatieve oplossing, waarbij de rechter het probleem – jarenlang wegstijgen van bestuur en wetgever van desastreuze gezondheidsgevolgen van de uitstoot van schadelijke stoffen door de raffinaderij – aanpakt, maar de wetgever tegelijkertijd een nieuwe kans geeft om zijn huiswerk te doen.

Varianten op dit laatste zien we ook in landen als Zuid Afrika, India en de VS, waarbij een combinatie van het open houden van zaken (“continuing mandamus”) nadat een rechterlijk oordeel is geveld om de naleving van de uitspraak te monitoren en zonodig bij te sturen via “interim orders” bestaat. Daarnaast kennen sommige common law landen verschillende typen “structural injunctions”.<sup>8</sup> Dat zijn rechterlijke bevelen, waarbij tegemoet gekomen kan worden aan eisen van democratische legitimatie, doordat de rechter bijvoorbeeld een opdracht aan de wetgever of het bestuur geeft om binnen een bepaalde periode zelf een plan te maken om de onrechtmatige situatie op te heffen. Dat plan moet dan vervolgens terug voorgelegd worden aan de rechter welke dan – desnoods met inbreng van deskundigen en belanghebbende partijen – beoordeelt of het plan geschikt is om (tijdig) een einde te maken aan de onrechtmatige situatie. Degelijke vormen van “constitutional dialogue” kennen wij in Nederland (nog) niet of nauwelijks. Maar waarom zouden we ons daar niet eens in verdiepen in plaats van dezelfde debatten te blijven herhalen over verboden stoelendansen tussen de staatsmachten?<sup>9</sup> Waarom zouden we verder niet eens onder ogen zien dat rechters die rechtsvormend optreden onvermijdelijk ook beleidskeuzes maken. Het erkennen daarvan maakt het namelijk mogelijk om meer

---

<sup>6</sup> Het verschil qua legitimatiegrondslag wordt heel mooi uitgelegd door R. Stolk, De algemeenbelangactie in strijd met het algemeen belang?, NJB 2023, Afl. 14, p. 1064-1071.

<sup>7</sup> GEA Curaçao 26 augustus 2019, ECLI:NL:OGHAC:2019:172 en GHVJ 1 juni 2021, ECLI:NL:OGHACMB:2021:167.

<sup>8</sup> S. Sturm, A Normative Theory of Public Law Remedies, 79 GEO. L. J. 1355 (1991).

<sup>9</sup> F. Halsema & W. van de Camp e.a., Stoelendansen met de macht, Verslag van de conferentie over de Trias Politica, Den Haag: Tweede Kamer 2006.

aandacht te schenken aan ex ante evaluatie van de macro-effecten van die keuzes.<sup>10</sup> Welke geschikte methoden bestaan daarvoor en hoe zou de rechter die het beste kunnen gebruiken?<sup>11</sup> We zouden met andere woorden de toekomst van de rechtsstaat wat minder met de rug tegemoet kunnen treden. Rechtsstatelijke beginselen mogen daarbij uiteraard niet opgeofferd worden, maar die beginselen kunnen in een meergelaagde rechtsorde misschien ook best vaker met behulp van andere eisen en middelen gewaarborgd worden dan thans het geval is.<sup>12</sup>

#### Enkele concrete suggesties:

- Dring aan op een andere wijze van afdoen van klachten over bevoegdheidsoverschrijdingen door EU-instellingen en/of het HvJEU, waarbij deze klachten beoordeeld gaan worden door een combinatie van rechters uit het HvJEU, rechters van nationale Supreme Courts en rechters uit het EHRM, zodat een meer objectieve en evenwichtige beoordeling kan plaatsvinden van vermeende bevoegdheidsoverschrijdingen door EU-instellingen.<sup>13</sup>
- Bepleit een Europese Senaat, waarin om toerbeurt Kamerleden uit de nationale parlementen zitting hebben en die de kwaliteit van (de voorbereiding van) EU-wetgeving kan bewaken en die een bijzondere rol krijgt bij het beoordelen van bijvoorbeeld de subsidiariteit van EU-wetgevingsvoorstellen.<sup>14</sup>
- Ben zo verstandig om geen constitutioneel hof in te voeren, maar biedt alle rechters in Nederland de mogelijkheid om wetten zowel aan de Grondwet als aan eenieder verbindende verdragsbepalingen te toetsen. Dat is beter vanuit het behoud van “checks and balances” tussen rechterlijke colleges en voorkomt politisering van één “allerhoogste” nationale constitutionele rechter.
- Laat het primaat van de (nationale) wetgever als dogma los en ontwikkel een nieuw constitutioneel kader voor de totstandkoming van wetgeving in formele zin, waarbij de vertaling van beleid naar wetgeving wordt weggehaald bij de verschillende vakdepartementen en wordt ondergebracht in een speciale wetgevingsunit die op meer afstand van de vakdepartementen wordt gezet, maar versterk tegelijkertijd de ex ante evaluatie van wetsvoorstellen door een betere samenwerking tussen de Raad van State en andere hoge colleges van staat die kritisch onafhankelijk onderzoek doen naar de “evidence-base” van voorgenomen wetgeving in formele zin. Versterk verder de wetgevingsfunctie van de Tweede Kamer, maar laat de parlementaire medebetrokkenheid bij gedelegeerde regelgeving los.
- Hef zo snel mogelijk het verbod op het toetsen van algemeen verbindende voorschriften in de Awb op, aangezien zo ongeveer alle deskundigen daar inmiddels voorstander van lijken en ontwerp een uitgebreide openbare voorbereidingsprocedure voor de totstandkoming voor (gedelegeerde) bestuurswetgeving, waarin kwaliteitswaarborgen voor het maken van bestuurswetgeving zijn opgenomen, zoals een “notice and comment” procedure.

---

<sup>10</sup> Daarmee bedoel ik de feitelijke en rechtsgevolgen die verder reiken dan de rechtsverhouding tussen procespartijen.

<sup>11</sup> In een nog te verschijnen boek n.a.v. een internationale conferentie over courts and scientific evidence pleit A. Dyeve bijvoorbeeld voor het vaker gebruik maken door de rechter van randomized controlled trials (RCT's) wanneer het gaat om rechtsvormende uitspraken waarbij het van belang is om vooraf inzicht te hebben in de effecten daarvan.

<sup>12</sup> Zie daarover reeds M. Scheltema, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), De rechtsstaat herdacht, Zwolle 1989, p. 11-25.

<sup>13</sup> Zie ook reeds: <https://eulawlive.com/op-ed-the-eu-judiciary-after-weiss-proposing-a-new-mixed-chamber-of-the-court-of-justice-by-daniel-sarmiento-and-j-h-h-weiler/#>.

<sup>14</sup> R.A.J. van Gestel, The 'Deparliamentarisation' of Legislation: Framework Laws and the Primacy of the Legislature. Utrecht Law Review 2013, 9(2), p. 106-122.

- Stel een public interest kamer in bij de Hoge Raad die verantwoordelijk wordt gemaakt voor alle collectieve (algemeenbelang)acties tegen overheden.<sup>15</sup>
- Schaf de representativiteitseis af voor Stichtingen of Verenigingen die een algemeenbelangactie willen voeren, maar zorg er tegelijkertijd voor dat deze organisaties geen schadevergoeding kunnen vorderen in dit soort procedures, maar louter (verschillende) vormen van “injunctief relief” kunnen eisen.
- Denk erover om het aantal onderzoeksbevoegdheden en remedies uit te breiden voor de rechter waar het gaat om algemeenbelangacties en laat je daarbij inspireren door buitenlandse ervaringen.
- Ontwikkel in samenwerking tussen rechterlijke macht en wetenschap een methode die geschikt is om de macro-effecten van rechtsvormende oordelen van de nationale hoogste rechter “door te rekenen”.

---

<sup>15</sup> R.A.J. van Gestel, The Supreme Court’s Public Interest Chamber, in: R.A.J. van Gestel & J.B.M. Vranken (red.), *Recht en rechtspraak vanaf 2040*, Den Haag: Boom Juridisch 2021, p. 87-103.