

## Een onderzoekagenda voor de rechtsstaat

### *Taakomschrijving staatscommissie*

Een goed functionerende democratische rechtsstaat is gebaat bij heldere terminologie, een duidelijke taakafbakening tussen verschillende instituties, maar ook een logisch en overzichtelijk geheel van instituties. Op dat gebied valt er nog wel wat te verbeteren. Met name zou kritisch gekeken moeten worden naar *checks and balances* tussen instituten die dezelfde functie vervullen. Zijn die echt nodig, of verzwakken ze het systeem, omdat het voor de burger minder overzichtelijk wordt én vooral omdat het afbreuk doet aan het gezag van één van die instituties, of beide ?

In de taakomschrijving voor de commissie staat het begrip “staatsmachten” nogal centraal. In de toelichting op de website is toegelicht dat het hierbij gaat om *functies*: de wetgevende macht, de uitvoerende macht en de rechtsprekende macht. Dat is een klassieke driedeling, die inmiddels nogal gedateerd is en belangrijke beperkingen heeft. Zo ontbreekt de functie van het ontwikkelen van beleid. Tezamen met de uitvoerende functie noemen we die functies tegenwoordig “bestuur”.

Kenmerk van staatsmachten, opgevat als functies, is dat ze vaak door verschillende instituties uitgeoefend worden. Wetgeving door regering en Staten-Generaal gezamenlijk, waarbij de Staten-Generaal nog weer opgesplitst zijn in twee afzonderlijke instituties – de Tweede en de Eerste Kamer – die hoogst zelden met elkaar samenwerken. En als de Eerste Kamer een wetsvoorstel verwierpt, wordt daardoor de indruk gewekt dat de Tweede Kamer niet goed heeft nagedacht. Slecht voor het aanzien van de Tweede Kamer. Een nogal kras dat dit teweeg gebracht kan worden door een instituut dat een veel zwakkere legitimatie heeft dan de Tweede Kamer.

Ook de rechterlijke functie wordt uitgeoefend door verschillende instituties, in het bijzonder hogere en lagere gerechten, waarvan de meeste wel, maar sommige niet deel uitmaken van het overkoepelende instituut “rechterlijke macht”. En bij een deel van de uitoefening van de rechterlijke functies, de strafrechtspraak, zijn er naast de verschillende gerechten, twee duidelijk van elkaar te onderscheiden instituties actief die beide veel macht uitoefenen: het openbaar ministerie en de rechters. Waarbij, om het wat ingewikkelder te maken, officieren van justitie en advocaten-generaal wel geacht worden lid te zijn van de rechterlijke macht als instituut, maar anders dan rechters niet onafhankelijk zijn van het bestuur c.q. de uitvoerende macht.

En dan is er nog de Raad voor de Rechtspraak, waaraan de minister van Justitie aanwijzingen kan geven op het gebied van de bedrijfsvoering, die ook gevolgen voor de praktijk van de rechtspraak kunnen hebben (bijvoorbeeld de beschikbaarheid van voldoende rechters en mede daardoor de tijdigheid van uitspraken).

Vroeger werd ook wel gesproken van een “vierde macht”: de ambtelijke dienst. Dat is wat in onbruik geraakt, maar dat is gelet op één van de aanleidingen voor het instellen van de staatscommissie – de toeslagenaffaire – misschien toch wat aan herwaardering toe. In het bijzonder waar het gaat om één van de twee onderdelen van wat ik hierboven de bestuursfunctie noemde en waarop wonderwel het klassieke etiket “uitvoerende macht” opnieuw zou kunnen passen. De daarmee corresponderende instituties zijn de verschillende uitvoeringsinstanties van de (rijks)overheid. Daaronder nemen de zelfstandige bestuursorganen een bijzondere plaats in: veel macht, maar weinig democratische controle.

Dat neemt niet weg dat de andere helft van de ambtelijke dienst, die welke zich bezig houdt met beleidsontwikkeling, niet minder belangrijk is. Daar zie ik als grootste punten van zorg de heersende cultuur van maakbaarheid van de samenleving door middel van ingewikkelde, bestuursrechtelijke wetten en de afkeer van openbaarheid van bestuur.

Ik bepleit meer focus op instituties die staatsmacht uitoefenen dan op functies. Het zijn instituties die al dan niet goed functioneren. Die al dan niet professioneel met elkaar samenwerken en voldoende informatie uitwisselen. En daarbinnen zijn het met name de bestuursorganen die zich voor de rechter moeten verantwoorden als burgers (bestuursrechtelijke) bescherming zoeken.

Maar laten we niet vergeten dat ook de burgerlijke rechter als “restrechter” bescherming biedt aan de burger. Het instituut dat dan meestal de gedaagde is, is de Staat der Nederlanden. Welke functie van de staat daarbij in het geding is, is niet onbelangrijk, maar in beginsel kan die rechter – voor zover de Grondwet dat toelaat en er geen bevoegde andere rechter is – de rechtmatigheid van al het handelen van de staat beoordelen.

### *Legitimatatie van staatsmachten*

De meest fundamentele vraag die gesteld kan worden, als het gaat om de rechtsstaat, is waar de legitimatie van de staatsmachten, verstaan als functies én als instituten, vandaan komt. In eerste instantie lijkt het antwoord daarop in onze democratische rechtsstaat nogal eenvoudig: die komt van de Grondwet. Maar dat is alleen maar het formele antwoord. Er zal nog wat dieper gegraven moeten worden.

Binnen het grondwettelijk stelsel is duidelijk dat de helft van de wetgevende macht, de Staten-Generaal, is gelegitimeerd door het volk, de kiezers. Voor de andere helft, de regering, is het wat minder duidelijk. Gelet op de procedure voor de benoeming van ministers, bij koninklijk besluit, en door het ontbreken van een vertrouwensvotum vóór hun benoeming, lijkt hun legitimatie minstens voor een deel van de Koning te komen. Tot 2012 kwam daar nog bij dat de Koning een actieve rol had in de kabinetsformatie. Maar daarna nam de Tweede Kamer het heft in handen en raakte de Koning, en daarmee ook zijn legitimerende rol, meer op de achtergrond.

Niettemin is de regering als institutie, dankzij haar grondwettelijke positie, een tamelijk zelfstandige macht in de staat. Weliswaar is haar voortbestaan afhankelijk van het vertrouwen van de volksvertegenwoordiging, maar dat is niet in de Grondwet vastgelegd.

Bij het tot stand komen van wetgeving speelt de regering een belangrijke rol. Als het gaat om wetten samen met de Staten-Generaal, maar bij gedelegeerde wetgeving alleen. Bij de afkondiging van door de Tweede en de Eerste Kamer aangenomen wetten wordt echter een doorzichtige poging gedaan om de beeldvorming van de legitimatie te laten kantelen in het voordeel van de Koning: Hij heeft in overweging genomen dat er een wet moest komen, en waarom, en Hij heeft, weliswaar in overleg met de Staten-Generaal, goedgevonden dat die wet als volgt komt te luiden.

De rechterlijke macht is in de Grondwet duidelijk een *institut*, belast met de functie van het berechten van burgerrechtelijke geschillen en strafbare feiten. Bestuursrechters die niet tot de rechterlijke macht behoren – waaronder (een afdeling van) de Raad van State – moeten het doen met een wat minder sterke legitimatie: een wet.

Daarbovenuit ging tot 1983 de klassieke legitimatie van de rechtspraak: er wordt recht gesproken namens de Koning. Nu is dat beperkt tot de tenuitvoerlegging van vonnissen (door deurwaarders). Boven de “grosse” staat nog steeds “In naam van de Koning”. Ook hangt nog steeds boven iedere rechter een statieportret van de koning. Helpt dat, voor het gezag en de onafhankelijkheid van de rechter, of werkt het verwarrend? Want als de Koning iets met de rechtspraak te maken heeft, hoe zit het dan met de ministeriële verantwoordelijkheid? Is het rijkswapen niet goed genoeg?

Belangrijk is de benoemingsprocedure voor rechters: bij koninklijk besluit. Dat lijkt op een koninklijke legitimatie van de rechtspraak. Maar in de praktijk brengt het met zich mee dat de met de rechtspraak belaste bewindspersoon op het minister van Justitie en Veiligheid de beslissingen tot het doen van een voordracht neemt. Een politicus. Dat is riskant. Er zijn genoeg buitenlandse voorbeelden van strategieën van politici met on-rechtstatelijke opvattingen. Eén daarvan is het benoemen van hen welgezinde rechters.

Toch is, historisch gezien, de Koning niet de enige bron van legitimatie voor de rechtspraak. Oorspronkelijk was in het Karolingische rijk sprake van volksgerechten, waarin het recht gevonden wordt in een vergadering van vrije mannen. Het aantal van die vrije mannen werd om praktische redenen wel al snel beperkt tot een beperkt aantal schepenen. De landsheer, de graaf, had namens de koning een rol bij de executie van vonnissen, maar kreeg die ook bij zaken die geacht werden de bevoegdheid van de volksgerechten te boven te gaan. Dan was hij de rechter of nam het voorzitterschap van het gerecht op zich. Maar veel ging hij overlaten aan een ambtenaar: de schout. Ook in de Staatsregeling van 1798 zien we nog dat de vrederechters door de volksvertegenwoordiging worden benoemd. De leden van de rechtbanken werden door het departementaal bestuur benoemd. De Grondwetten van 1814 en 1815 voorzien in koninklijke benoemingen van de leden van de Gerechtshoven op voordracht van Provinciale Staten.

In sommige democratische rechtsstaten in het buitenland is de oorspronkelijke democratische legitimatie van de rechtspraak nog goed zichtbaar in de betrokkenheid van leken bij de rechtspraak: juryrechtspraak. En in betrokkenheid van de volksvertegenwoordiging of een rechtstreeks gekozen bestuurder bij de benoeming van (de hoogste) rechters. Ook in onze Grondwet zijn daarvan sporen te vinden, met name in de benoemingsprocedure van de leden van de Hoge Raad. Ook daaraan zijn risico's verbonden.

Een andere is betrokkenheid van de Tweede Kamer bij het vervolgen wegens ambtsmisdriven van leden van de Staten-Generaal, ministers en staatssecretarissen. Het bij de tijd brengen van deze verouderde regeling heeft inmiddels de aandacht van de regering. Dat zou gepaard moeten gaan met aandacht voor de inhoud van de betrokken bepalingen in het Wetboek van Strafrecht. Ook die zijn hopeloos verouderd.

Onze Grondwet kent meer instituties, die een zelfstandige rol spelen in het geheel van *checks and balances* van onze democratische rechtsstaat. Daarbij valt te denken aan Hoge Colleges van Staat als de Raad van State, de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman. Van deze drie heeft de Nationale ombudsman duidelijk een democratische legitimatie: hij wordt benoemd door de Tweede Kamer.

De Algemene Rekenkamer wordt nu benoemd bij koninklijk besluit, dus feitelijk door de regering, op voordracht van de Tweede Kamer. Maar omdat de taken van de Rekenkamer een grote mate van zelfstandigheid vereisen en in het verlengde liggen van het parlementaire budgetrecht, zou het beter zijn als ook dit college een sterkere democratische legitimatie zou krijgen. Dat vergt benoeming door de Tweede Kamer.

Vreemd is het gesteld met de Raad van State. De leden daarvan worden niet alleen benoemd bij koninklijk besluit, de Koning is ook nog eens hun voorzitter. Niet in de praktijk, maar er gaat wel de *schijn* van een belangenverstrengeling vanuit tussen het (politieke) belang van de regering en de idealiter daarvan onafhankelijke deskundigheid van de Raad van State; niet alleen op het gebied van de wetgeving, maar ook op dat van de (hoogste) bestuursrechtspraak. Iedere bestuurder en ambtenaar weet inmiddels dat hij dit soort schijn te allen tijde moet vermijden, maar in het geval van de Raad van State lijkt dit niet te gelden. Toch moet ook hier de vraag gesteld worden: stel dat de Koning en de vermoedelijke troonopvolger geen lid meer zouden zijn van de Raad van State, zou dat dan het gezag van de Raad als onafhankelijke wetgevingsadviseur en bestuursrechter versterken of verzwakken?

Kan de rechtspraak ook zonder een democratische of monarchale legitimatie? Is het genoeg om te verwijzen naar de onmisbare functie die de rechtspraak vervult, het belang van onafhankelijkheid daarbij en de staat van dienst van de Nederlandse gerechten, mede dankzij de wijze waarop rechters geselecteerd en benoemd worden: coöptatie? Ik denk het wel, maar dan moet wel voortdurend aandacht gegeven worden aan de vraag of de organisatie van de rechtspraak nog bij de tijd en

efficiënt is en of de rechtspraak voldoende middelen krijgt om zijn belangrijke werk te doen. En daarbij moeten vooral geen methodieken gebruik worden uit de bedrijfskunde. Rechtspraak is een unieke overheidstaak, die onvergelijkbaar is met bij andere overheidstaken en bedrijfsactiviteiten. Rechtspraak is geen dienstverlening, vonnissen zijn geen product en eisers en gedaagden zijn geen cliënten.

Er is een vergelijking te maken met de positie van de monarchie. De Koning verschaft in ons staatsbestel legitimatie door handelingen als het bekrachtigen van wetten het nemen van koninklijke besluiten, maar dat neemt niet weg dat regelmatig ook de vraag naar de legitimatie van de monarchie zelf wordt gesteld. Voor bevindelijk gereformeerden is dat duidelijk: die komt van God (Romeinen XIII). Maar dat is slechts een zeer beperkt deel van de Nederlandse bevolking. Voor het overgrote deel daarvan moet de legitimatie voor het systeem van erfopvolging gezocht worden in traditie en beeldvorming die verwijst naar de geschiedenis, de band tussen het Huis van Oranje en de Nederlandse natie en het voortreffelijke functioneren van alle koningen en koninginnen die door het Huis van Oranje zijn voortgebracht.

Beide, de rechterlijke macht en de monarchie, moeten het dus hebben van een legitimatie die het onmiddellijk overtuigende karakter van de democratie ontbeert, maar uiteindelijk toch niet zo veel minder stevig hoeft te zijn.

Beide zijn ook wel kwetsbaar. De monarchie hangt af van één persoon, aan wie zijn misstappen meestal wel worden vergeven, maar het moet niet te gek worden. In de rechtspraak komen soms gerechtelijke dwalingen voor, en er is wel het besef dat die nooit helemaal kunnen worden voorkomen, maar ook die moeten er niet te vaak zijn, ze moeten zo mogelijk (snel) hersteld worden en er moeten lessen uit getrokken worden. Zou deze overeenkomst in legitimatieperikelen voor de rechtspraak een reden kunnen zijn om steun te zoeken bij de monarchie? Ik noemde al de portretten en de aanhef van grossen. Ik denk dat er betere methoden zijn.

De vraag mag gesteld worden waarom, als de Algemene Rekenkamer en de Nationale ombudsman in de Grondwet zijn opgenomen als Hoge Colleges van Staat, die status niet voor de Raad voor de Rechtspraak weggelegd zou mogen zijn. Ik zie daarvoor geen goede reden. Zo'n status zou prima in ons grondwettelijke systeem passen en een goede mogelijkheid bieden om de benoeming van rechters bij de regering weg te halen en zodoende de onafhankelijke positie van de rechtspraak te versterken. Dan moet de minister van Justitie en Veiligheid uiteraard ook geen aanwijzingen over de bedrijfsvoering aan de Raad kunnen geven. Dat kan de minister van BZK ook niet aan de Staten-Generaal en de Raad van State. En idealiter komt dan ook de hele bestuursrechtspraak als deel van de rechterlijke macht onder de Raad voor de Rechtspraak te vallen. Dán zijn we echt bezig de *checks and balances* in onze rechtstaat te versterken.

### *Juridische cultuur*

Juristen zijn een behoudend volkje. Nu hebben wel meer beroepsgroepen dat – een eigen taal, gebruiken en tradities – maar innovatie zit bij juristen niet in hun DNA. Het beste voorbeeld daarvan leverde tot voor kort de taal van de rechtspraak. Nog tot heel ver in de twintigste eeuw bleven rechters en advocaten een soort van negentiende-eeuws Nederlands schrijven. Inmiddels is er op dat gebied, althans bij rechters, veel ten goede veranderd. Maar waarom kon dat niet eerder, bijvoorbeeld in de jaren zestig van de vorige eeuw, toen op veel terreinen vernieuwingen plaats vonden?

Een tweede voorbeeld is de gehechtheid van juristen aan oude wetboeken. De Algemene wet bestuursrecht is betrekkelijk modern. Het Burgerlijk Wetboek is één keer, ruwweg na een eeuw, geheel herzien. Maar het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering sinds 1828 nog nooit. Dat lijkt nu eindelijk wel ooit te gaan gebeuren met het Wetboek van Strafvordering. Maar het Wetboek van Strafrecht is sinds 1881 nog nooit helemaal herzien. Er staan nog tal van verouderde artikelen in, maar in de wereld van het strafrecht is de cultuur: laat maar staan, je weet nooit waar het nog eens

goed voor is. Ondertussen blijven juristen wel uitgaan van de fictie dat iedereen geacht wordt de wet te kennen. Wat, omdat een fictie geen feit is, weer wel heel prettig is voor het verdienmodel van de advocatuur.

Dit conservatisme wordt als het ware gelegitimeerd door de het belang van de rechtsstaat. Dat is zó wezenlijk, dat veranderingen daarin al bijna per definitie bedreigingen of verslechtingen lijken. De kunst is echter om te onderscheiden welke veranderingen verslechtingen zijn, en welke wellicht toch – na passende deliberatie en onderzoek – verbeteringen zouden kunnen opleveren. Dat vergt een onderzoekagenda voor de rechtsstaat.

Mijn hypothese is, dat met name door vernieuwingen in het procesrecht – en dan denk ik in de eerste plaats aan het burgerlijk procesrecht, maar ook aan het bestuursrecht – belangrijke verbeteringen mogelijk zijn, die kunnen leiden tot grotere efficiency en kortere doorlooptijden. Helaas komt het er zelden of nooit van; hoogstens op wat deelgebieden.

### *Hoger beroep*

Waarom bestaat er eigenlijk hoger beroep? Welke gedachten liggen eraan ten grondslag? Wat was er eerder: de gedachte dat er altijd hoger beroep mogelijk moet zijn, omdat anders niet goed recht gedaan kan worden, of een rechterlijke organisatie waarin er nu eenmaal altijd lagere en hogere gerechten bestonden? Inderdaad bestonden er vanouds feodale hoven, die enerzijds een terrein hadden waarop zij uitsluitend bevoegd waren, maar anderzijds ook optraden als appelrechter tegen uitspraken van de landgerechten. De landsheren lieten dit werk al gauw, op enkele uitzonderingen na, over aan door hem aangestelde ambtenaren. Van de juridische kwaliteit van deze rechtspraak moeten we ons niet veel voorstellen, maar de mogelijkheden voor kwaliteitsverbetering waren aan de hoven wel veel groter dan bij de landgerechten. Op den duur waren er dus twee argumenten voor het bestaan van hoger beroep: de hogere kwaliteit van de rechtsvinding bij het Hof en de omstandigheid dat het Hof dicht bij de landsheer stond en daardoor steviger gelegitimeerd was. Begrijpelijk in een feodaal georganiseerde standenmaatschappij.

Maar hoe ligt dat nu? Moet de kwaliteit van lagere rechters nog steeds lager worden geacht dan die van hogere rechters? Of is het alleen maar een kwestie van “nieuw spel, nieuwe kansen”? Of gaat het in de tegenwoordige tijd ook een beetje om aandacht, althans in zaken waarin natuurlijke personen procespartij zijn? Eindelijk eens een gewichtig persoon die naar je luistert: in eerste instantie vaak maar één, maar in hoger beroep wel drie!

De gedachte van “nieuw spel, nieuwe kansen” ligt het dichtst bij het verdienmodel van de advocatuur. Maar dat mag geen rol spelen bij het nadenken over verbeteringen in de rechtstaat. Wel mag, en moet, het een rol spelen in het strafrecht. Daar worden zó ingrijpende beslissingen genomen over verdachten, en daardoor zijn gerechtelijke dwalingen zó fataal, dat de mogelijkheid van hoger beroep daar onmisbaar is. Ook bestuursrechtelijke besluiten kunnen soms zeer ingrijpend zijn. Dan gaat, als het natuurlijke personen betreft, de vergelijking met het strafrecht op. Dan zou ook het aandacht-motief een rol kunnen spelen.

Bij het civielrecht kan hoger beroep wellicht worden gemist, tenzij de kwaliteit van de rechtspraak in hoger beroep (en cassatie) onmiskenbaar groter is. Maar als dat níet zo is, verzwakt (feitelijke) rechtspraak in twee instanties het gezag van de eerste instantie. Dat is slecht voor het aanzien van de rechter in eerste aanleg én van de rechterlijke macht als geheel. Rechtspraak zonder de mogelijkheid van hoger beroep wordt ook minder een speeltuin voor juristen – “nieuw spel, nieuwe kansen” – en ook zou de toegankelijkheid van de rechtspraak er eerlijker door worden; namelijk minder afhankelijk van financiële draagkracht: “hoe vaker (dure) inzetten, des te hoger de kansen”.

Eigenlijk zijn er maar drie goede redenen voor hoger beroep.

Ten eerste, als er in eerste aanleg recht is gesproken door een alleen zittende rechter. Daar kunnen bij eenvoudige zaken goede redenen voor zijn, maar het blijft wel een magere rechtsbedeling. De kans dat die rechtsbedeling *béter* wordt als drie rechters in raadkamer met elkaar in gesprek gaan over het te wijzen vonnis, is groot. Daarom zal er altijd hoger beroep tegen een vonnis of uitspraak van een alleen zittende rechter mogelijk moeten zijn.

Ten tweede, als het rechterlijk college in hoger beroep *écht* beter is dan dat in eerste aanleg. Dat kan een gevolg zijn van langere ervaring en vooral van specialisatie. Dat is nu nog vaak taboe bij rechtbanken, maar heel gewoon bij bestuursrechtelijke beroepscolleges.

En ten derde als het gaat om natuurlijke personen en mogelijk voor hen zeer ingrijpende beslissingen. Dan is een tweede instantie nuttig voor het voorkomen van dwalingen én om de menselijke maat niet uit het oog te verliezen.

### *Specialisatie*

Strafrecht is een apart vak. Juristen die op dat terrein werkzaam zijn moeten naast het strafrecht verstand hebben van tal van hulpwetenschappen: criminologie, forensische psychiatrie, penologie, en forensische onderzoeksmethoden (waaronder dna-onderzoek). Dat kun je echt niet goed doen naast het bestuursrecht en het civielrecht.

Ook civielrecht is een erg breed vakgebied. Als je in één rechtersleven goed thuis raakt in het ondernemingsrecht, intellectueel eigendom, erfrecht en verzekeringsrecht, ben je uitzonderlijk knap. Daarnaast óók nog verstand willen hebben van omgevingsrecht en vreemdelingenrecht moet worden afgeraden.

En ten slotte het bestuursrecht. In oorsprong een afsplitsing van het civielrecht – en juristen die bij de overheid werken zouden van beide rechtsgebieden de hoofdzaken moeten kennen, anders kunnen ze niet creatief zijn bij het ondersteunen van beleidsambtenaren – maar voor de rechtspraak geldt dat niet.

Er is veel te zeggen voor het – vooral in het begin van hun carrière – laten rouleren van rechters tussen verschillende juridische specialisaties. Maar dat kan ook uitstekend binnen het civielrecht en het bestuursrecht. En vrijwilligheid zou hierbij het uitgangspunt moeten zijn. Onderzocht zou moeten worden of het verplicht moeten rouleren tussen ten minste twee van de drie rechtsgebieden – civielrecht, bestuursrecht en strafrecht – het rechtersvak niet onnodig onaantrekkelijk maakt voor op zich uitstekende kandidaten, die daar toch geen zin in hebben.

### *Rechterlijke organisatie*

Wat is het verband tussen deze overwegingen en de organisatie van de rechterlijke macht, met elf rechtbanken, vier gerechtshoven plus drie gespecialiseerde hoger beroep-bestuursrechters en één Hoge Raad? Waarom moet je voor een hoger beroep eigenlijk naar een ander instituut, meestal op verdere reisafstand dan de rechter in eerste aanleg? Als dat een gespecialiseerd rechterlijk college is, waarvan er in het hele land maar één bestaat, is dat logisch. Maar in de andere gevallen? Kan het hoger beroep dan niet beter binnen de rechtbank worden georganiseerd?

Spelen hierbij rechtspositionele aspecten een rol, met name de doorgroeimogelijkheden voor de meest getalenteerde rechters? Als ik mij niet vergis zit er geen verschil tussen de bezoldiging van (senior)rechters in een rechtbank en (senior)raadsheren in een gerechtshof. Dan staat er dus niets aan in de weg om het hoger beroep te organiseren binnen de rechtbanken.

Het grote voordeel daarvan is, dat het beeld “raadsheren bij het Hof zijn betere juristen dan rechters bij de rechtbank en daarom is het goed dat de mogelijkheid van hoger beroep bestaat” kan worden afgebroken. Dat beeld is schadelijk voor het aanzien van de rechtspraak. Alleen specialisatie van rechters en het bijeen brengen van gespecialiseerde rechters in een gespecialiseerd gerecht kan een goede reden zijn voor het in stand houden van een instantie voor hoger beroep: in het civielrecht, het strafrecht en het belastingrecht de Hoge Raad voor cassatie en in het bestuursrecht afzonderlijke

rechtscolleges voor zaken op speciale rechtsgebieden. In andere gevallen zou, als er goede redenen zijn om hoger beroep mogelijk te maken, het organiseren daarvan binnen de rechtbank het uitgangspunt moeten zijn.

Die goede redenen zijn er in ieder geval bij het *strafrecht*. Bovendien bestaan er geen gespecialiseerde rechterlijke instanties voor bepaalde strafzaken. Alle rechters die strafzaken doen zouden gespecialiseerd moeten zijn; in het strafrecht. Hoger beroep is hier vooral een kwestie van een tweede blik, door andere rechters, op dezelfde zaak, in het belang van een zo goed mogelijke rechtsbedeling voor verdachten.

Het hoger beroep organiseren binnen de rechtbank zou ook kunnen helpen bij het opruimen van een van de raarste ondoelmatigheden in het strafrechtelijk procederen: de gewoonte van het O.M. om in geval van hoger beroep niet langer gebruik te maken van de kennis die de behandelend officier van justitie heeft van het dossier, maar een nieuwe ambtenaar, een advocaat-generaal, zich daarin te laten inwerken.

Bij *civiele* zaken zou het algemene beeld binnen de rechtbanken als volgt kunnen zijn. Er wordt onderscheid gemaakt tussen zaken waarbij een natuurlijk persoon betrokken is, als eiser of gedaagde, en zaken waarbij alleen rechtspersonen betrokken zijn. Dat zal waarschijnlijk meestal overeenkomen met het onderscheid tussen eenvoudige en gecompliceerde zaken. Maar het nadeel van dat criterium is, dat de keuze dan gemaakt moet worden door de rechtbank. Een formeel criterium is beter, want dat biedt duidelijkheid vooraf.

Zaken waarbij een natuurlijk persoon betrokken is worden in eerste instantie behandeld door een alleen zittende rechter. Tegen zijn vonnis is hoger beroep mogelijk op een meervoudige kamer. Dat kan binnen de rechtbank.

De andere zaken worden behandeld door een meervoudige kamer, waarbij géén hoger beroep mogelijk is. Tenzij er een gespecialiseerd college voor hoger beroep is, maar dat is er nu meestal niet.

Anders dan in het civielrecht is in het *bestuursrecht* hoger beroep bij een gespecialiseerd rechtscollege de regel. Daarnaast zijn er ook gespecialiseerde rechtbanken, maar ook van hun uitspraken is hoger beroep op een (kennelijk nóg beter) gespecialiseerd rechtscollege mogelijk. Dat is dubbelop; en vreemd. Daarnaast gaat in het bestuursrecht meestal een bezwaarfase vooraf aan het beroep.

Een bijzonderheid van het bestuursprocesrecht is ook dat procesvertegenwoordiging niet verplicht is. Dat heeft mede geleid tot misbruik door commerciële *no-cure-no-pay*-bureaus. Overwogen zou moeten worden of niet ook in het bestuursrecht procesvertegenwoordiging door een advocaat regel zou moeten worden.

Het bezwaar heeft zich al onmiddellijk vanaf het begin ontwikkeld van een goedbedoeld streven naar heroverweging tot een semi-gerechtelijke procedure. Dat kwam doordat bestuursorganen daarvoor bezwaarcommissies konden instellen. Die gingen rechtertje spelen. Bestuursorganen durfden hen zelden te corrigeren.

We zullen terug moeten naar het begin. Hoofregel zou moeten worden dat in beginsel bij ieder besluit dat een bestuursorgaan neemt jegens een natuurlijke persoon die bij het bestuursorgaan bekend is, het voorgenomen besluit aan de belanghebbende wordt toegezonden. Met een uitnodiging aan die belanghebbende om, als hij het er niet mee eens is, te worden gehoord door de behandelend ambtenaar, vergezeld van niet-betrokken ambtenaar. Daarbij kán de belanghebbende een adviseur meenemen. Maar het is niet de bedoeling dat hij zelf wegblijft en alleen een adviseur als zijn vertegenwoordiger stuurt. Wel mag hij altijd, in plaatst van zich te laten horen, schriftelijk reageren op het voorgenomen besluit (en daarbij al dan niet een derde inschakelen).

Als de belanghebbende mondeling of schriftelijk te kennen heeft gegeven dat hij bezwaar heeft tegen het voorgenomen besluit, moet het mandaatbesluit van het bestuursorgaan erin voorzien dat

het besluit op ten minste twee niveaus hoger in de organisatie wordt genomen dan dat van de behandelend ambtenaar.

Tegen een besluit, zowel als het gericht is tot een natuurlijke persoon als tegen een rechtspersoon, is beroep mogelijk bij de rechtbank. Tegen de uitspraak is hoger beroep mogelijk als er daarvoor een gespecialiseerd rechtscollege is. Dat is nu vrijwel altijd het geval. Vraag is wel in hoeverre dat zo moet blijven.

### *Gespecialiseerde hoger beroep-colleges in het bestuursrecht*

Hierboven zagen we dat de salariëring van de raadsheren bij de gerechtshoven op het eerste gezicht geen grond geeft voor de gedachte dat bij hen sprake is van grotere kennis en kunde op specifieke rechtsgebieden, vergeleken met rechters in de rechtbank. Dat zou, nu de rechtspositie van leden van het College van Beroep voor het bedrijfsleven en van de Centrale Raad van Beroep nagenoeg gelijk is aan die van de gerechtshoven, ook voor die twee beroepscolleges kunnen gelden. Toch ligt het wat anders. Want deze colleges hebben een beperkt, samenhangend taakgebied en daardoor bestaat binnen deze colleges een mate van specialisatie die hen bij uitstek geschikt maakt voor hoger beroepszaken.

Dat geldt ook voor de leden van de Vreemdelingenkamer en de Omgevingskamer van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State. Daar komt nog bij dat zij meer dan hun collega's bij het College van Beroep voor het bedrijfsleven en van de Centrale Raad van Beroep kunnen beschikken over ambtelijke bijstand op hoog niveau.

Nadere aandacht verdient wel de Algemene kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak. Die behandelt onder andere zaken op het gebied van onderwijs, subsidie, toeslagen, schade en openbaarheid van documenten. Die hebben onderling niet zo veel overeenkomsten met elkaar dat je van een specialisme zou kunnen spreken. De vraag rijst, of hoger beroep op deze terreinen niet even goed binnen de rechtbanken georganiseerd zou kunnen worden. Ik denk dat dat goed mogelijk zou kunnen zijn, tenzij het gaat om zaken op een terrein dat verwantschap heeft met de zaken die door een bestaand gespecialiseerd college van hoger beroep worden behandeld. Dat zou met name het geval kunnen zijn bij toeslagen. Die hebben een behoorlijke verwantschap met zaken die behoren tot het terrein van de Centrale Raad van Beroep. En voor zover nog niet alle subsidies die vooral gericht zijn op bedrijven vallen onder het taakgebied van het College van Beroep voor het bedrijfsleven, zouden beroepszaken op dat terrein ook door dat college behandeld moeten worden.

Ook op een wat breder terrein dan het bestuursrecht zou gezien kunnen worden of niet nog wat andere aanpassingen nuttig kunnen zijn. Zo zijn er onderdelen van de civiele rechtspraak waarin niet twee natuurlijke personen of rechtspersonen tegenover elkaar staan, maar eerder sprake is van een of meer natuurlijke personen tegenover een overheidsinstantie. Ik denk daarbij met name aan kinderbeschermingsmaatregelen. Die zouden moeten worden benaderd zoals ik hiervoor voor het bestuursrecht heb bepleit: in eerste instantie een alleen zittende rechter, maar altijd hoger beroep mogelijk; in dit geval binnen de rechtbank.

### *Naar gespecialiseerde gerechtshoven?*

Al hetgeen hiervoor is geschetst brengt uiteraard organisatorische veranderingen met zich mee. Daar zitten organisaties die al zuchten onder te weinig personeel, een groeiende instroom van zaken en ontoereikende budgetten meestal niet op te wachten. Toch is het mijn veronderstelling dat de combinatie van eenvoudiger (civiel) procesrecht, meer specialisatie van rechters, verplichte rechtsbijstand in het bestuursrecht, beperking van de mogelijkheid van hoger beroep en, tenzij er daarvoor gespecialiseerde rechtscolleges zijn, organisatie van hoger beroep binnen de rechtbank, kan leiden tot een betere en snellere rechtsbedeling. En wellicht voor hetzelfde geld. Dat zou uiteraard wel onderzocht moeten worden.



Daarbij zou dan ook gezien moeten worden in hoeverre een kwalitatief goede rechtsbedeling in het civielrecht gebaat zou zijn bij hoger beroep op gespecialiseerde gerechtshoven, steeds voor ieder rechtsgebied waarop dat wenselijk en mogelijk is één voor het hele land. Ongeveer zoals dat nu gebruikelijk is in het bestuursrecht.

Een laatste stap zou dan kunnen zijn het afronden van de reorganisatie van de rechterlijke macht, waarbij de gespecialiseerde bestuursrechtelijke colleges voor hoger beroep als onderdeel van de rechterlijke macht een plaats krijgen in het stelsel van gerechtshoven. Die zouden dan ieder een gespecialiseerd beroepscollege worden op een bepaald onderdeel van het privaatrecht én het bestuursrecht. Het College van Beroep voor het bedrijfsleven zou op kunnen gaan in het Gerechtshof Den Haag. De Centrale Raad van Beroep zou een nevenvestiging van het Hof Arnhem-Leeuwarden kunnen worden. De Vreemdelingenkamer van de Afdeling rechtspraak zal zich prima thuis voelen bij de Leeuwardense vestiging van het Hof Arnhem-Leeuwarden, zo prettig dicht bij Ter Apel. Iets dergelijks zou ook gelden voor de Omgevingskamer van de Afdeling rechtspraak, als die de kloof tussen de Randstad en het platteland zou overbruggen en onderdeel van het Hof 's-Hertogenbosch zou worden.

### *De overheid als procespartij*

De slechtste reden voor de overheid om in hoger beroep te gaan tegen een voor de overheid negatieve rechterlijke uitspraak is de gedachte dat zo'n uitspraak gepaard zou gaan met negatieve *beeldvorming* voor het betrokken overheidslichaam of bestuursorgaan. En dat dit tot iedere prijs moet worden voorkomen. Tot iedere prijs betekent in dit geval: over de rug van de betrokken burger of organisatie. In deze steeds wijder verspreide gedachtewereld gaat positieve beeldvorming samen met een overheid die altijd gelijk heeft én dat ook krijgt. Na verlies in eerste instantie is afzien van hoger beroep dan ondenkbaar: nieuw spel, nieuwe kansen.

De Nationale ombudsman heeft al eens geadviseerd om, met name als het gaat om civiele zaken met een betrekkelijk gering belang, niet te snel in hoger beroep te gaan. Dat past ook bij wat meer in het algemeen in de "Behoorlijkheidswijzer" van de Nationale ombudsman wordt opgemerkt: "De overheid benadert schadeclaims van burgers vanuit een coulante opstelling, waarbij wordt gezocht naar mogelijk heden om tot een passende oplossing te komen. Dit geldt ook in gevallen waarin een burger onevenredig is benadeeld door een maatregel die in het algemeen belang is genomen."

Bijzondere aandacht verdient in dit verband het *openbaar ministerie*. Het O.M. speelt in de rechtsstaat een zeer belangrijke rol en beschikt daarbij over zeer ingrijpende bevoegdheden tegenover burgers. Niet alleen waar het gaat om vervolgen-of-niet en hoger beroep instellen-of-niet, maar ook bij het inzetten van bijzondere opsporingsmethoden, zoals kroongetuigen en infiltratie. Die brengen zéér ingrijpende inbreuken op de persoonlijke levenssfeer van betrokkenen met zich mee. Daarbij kan de burger het slachtoffer worden van misleunen, nalatigheid of machtsmisbruik door het O.M. En falen van het O.M. daarbij kan, zoals helaas is gebleken, leiden tot moorden en zelfmoorden. Dat vraagt om effectieve *checks and balances*. Die kunnen voor een deel komen van de rechter, maar lang niet altijd. Ook de minister van Justitie en Veiligheid heeft hierbij een rol te spelen. In wezen is het O.M. een ambtelijke dienst, voor het functioneren waarvan de minister van Justitie en Veiligheid verantwoordelijk is.

Het O.M. is een staatsorgaan waarvan het bestaan grotendeels gebaseerd is op emotie: geschokt zijn door inbreuken op onze rechtsorde, empathie met slachtoffers en wraak op de daders. Dat brengt risico's met zich mee. Daarbij komt nog het risico dat alle staatsinstellingen tegenwoordig lopen: oneigenlijke invloed op het eigen functioneren door een overmatige bekommernis om hun imago. Bij het O.M. kan dat niet alleen leiden tot het té hardnekkig najagen van positieve beeldvorming voor het O.M. zelf, maar het kan ook gepaard gaan met het orkestreren van negatieve beeldvorming van – of zelfs karaktermoord op – verdachten, nog voordat ze zijn veroordeeld. Er mag niet zonder meer

vanuit gegaan worden dat een “magistratelijke houding” van het O.M. voldoende is om tegenwicht te bieden tegen deze risico’s. De leden van het O.M. zijn nu eenmaal geen rechters, maar ambtenaren van het ministerie van Justitie en Veiligheid. Het is de taak van de minister om hen aan te sturen; zo veel als nodig en zo terughoudend als verstandig is.

Het instrument dat de verantwoordelijke minister ten dienste staat om ontsporingen te voorkomen is het geven van aanwijzingen. In de eerste plaats algemene, maar als het gaat om zeer ingrijpende opsporingsmethoden ook bijzondere. Waaronder ook de mogelijkheid om het inzetten van bepaalde opsporingsmethoden in een concreet geval afhankelijk te maken van toestemming van de minister. In de Wet op de Rechterlijke Organisatie is dit alles nogal rudimentair geregeld. Zo is onduidelijk wat de verhouding is tussen de door de minister aan het O.M. te geven algemene aanwijzingen of beleidsregels en de aanwijzingen, beleidsregels, richtlijnen en instructies die het College van PG’s op grond van artikel 130 RO zelf bedenkt. Kunnen algemene aanwijzingen van de minister ook gaan over richtlijnen voor de strafvordering? En als zowel de minister als het College algemene aanwijzingen mogen geven, ligt het dan niet voor de hand dat in de wet iets wordt geregeld over de verhouding tussen die twee?

Het O.M. moet zijn werk kunnen doen met een grote mate van zelfstandigheid, maar dat betekent niet dat de voor het O.M. verantwoordelijke minister van Justitie en Veiligheid altijd afzijdig moet blijven. Een actievere rol van de minister, binnen de grenzen van de Wet RO, kan van groot belang zijn voor de rechtsstaat. Daarvoor moet nog wel eens goed naar die wet worden gekeken. Daarbij ligt het voor de hand om te bezien in hoeverre regels uit de Kaderwet zelfstandige bestuursorganen bruikbaar zijn voor het regelen van de verhouding tussen de minister van Justitie en Veiligheid en het O.M.

In strafzaken gaat het enerzijds om de vraag of het ten laste gelegde bewezen en strafbaar is en anderzijds om de strafmaat. Welk rechtstatelijk belang zou het O.M. ertoe kunnen dwingen om hoger beroep in te stellen, nadat de rechter in eerste instantie heeft vrijgesproken? Nieuw spel, nieuwe kansen? Is dat een houding die de overheid past? Het voorkomen van een rechterlijke dwaling? Is de hogere rechter beter in het vaststellen van de feiten dan de lagere? Waaruit blijkt dat? En als de straf lager is uitgevallen dan het O.M. heeft geëist? Waarom zou zo’n uitspraak niet door het O.M. moeten worden geaccepteerd? Het O.M. mag misschien meer verstand hebben van vergelding, de rechter heeft meer verstand van rechtvaardigheid. Respecteer dat en leg je erbij neer. Dat vragen we van de hele samenleving. Waarom niet ook van het O.M.? Iedere keer dat het O.M. dat níet doet, ondermijnt het O.M. het aanzien van de rechtspraak. Alleen als de rechter heeft ontslagen van rechtsvervolging kan er een goede reden zijn voor hoger beroep of liever: cassatie. In het belang van de rechtsontwikkeling. Maar zorg er dan voor dat dit niet extra leed toevoegt aan de verdachte. Dat kan door af te zien van hoger beroep en cassatie in het belang van de wet in te stellen.

#### *Advocatuur, notariaat en deurwaarders*

Als het gaat om de machten in de (rechts)staat, moeten we het tot slot ook nog even hebben over hindermacht. Daarmee doel ik op de macht van juridische beroepsgroepen om veranderingen in wetgeving tegen te houden, als die nadelig zouden kunnen uitpakken voor hun verdienmodel. Hoe groot die macht precies is kan in het midden blijven, als we er maar alert op zijn om onderscheid te maken tussen échte rechtstatelijke bijdragen aan het debat en hoofdzakelijk economische bedrijfsbelangen.

Zo zal de *advocatuur* ongetwijfeld ernstige rechtstatelijke bezwaren hebben tegen het vereenvoudigen van het burgerlijk procesrecht, maar het invoeren van verplichte procesvertegenwoordiging in het bestuursrecht een weldaad vinden voor de rechtsstaat.

Het probleem met het *notariaat* is in wezen, dat het nog bestaat. Uitgevonden in een tijd waarin slechts een kleine minderheid van de mensen kon lezen, probeert het nu zijn positie te behouden door beeldvorming: de notaris als onmisbare, onkreukbare en eigenlijk ook onfeilbare schakel in het rechtsverkeer.

Dat zij zorgvuldiger zouden werken dan andere juristen is een mythe, in stand gehouden door de potsierlijke rol die hen nog steeds door de media gegeven wordt als er iets te loten valt. Notarissen hebben geen verstand van de apparatuur die daarbij gebruikt wordt en hebben ook geen enkele ervaring met het voorkomen en opsporen van fraude. Behalve uiteraard de paar rotte appels in de mand die zich zélf op het pad van de fraude begeven.

Onderdeel van de mythevorming is ook hun gewoonte om hun producten op te stellen in 19<sup>de</sup>-eeuws Nederlands én daarbij de indruk te wekken dat het echt niet anders kan. Rechters hebben allang bewezen dat het wél anders kan. Het Burgerlijk Wetboek is beter leesbaar dan de gemiddelde akte van een notaris.

En in die aktes zitten regelmatig fouten. Bijvoorbeeld bij het rentepercentage dat in een (model)hypotheekakte moet worden ingevuld. Notarissen zouden verplicht moeten worden om hun cliënten uitdrukkelijk uit te nodigen om dat te controleren. Dat is nodig, want zonder zo'n uitdrukkelijke uitnodiging zal de cliënt, beïnvloed door de beeldvorming van de onfeilbare notaris, zich niet zetten aan het lezen van het onappetijtelijke Nederlands, waarin de akte is opgesteld. Soms zitten er zelfs fouten in de modelaktes zelf. Tussen maart 2015 en medio 2016 gebruikten notarissen een model voor een levenstestament waarin euthanasie werd verward met een behandelverbod. Daardoor werd dat levenstestament onbegrijpelijk en onbruikbaar.

En hoe onmisbaar is eigenlijk de rol van de notaris met betrekking tot de overdracht van onroerend goed? Waarom zou die rol niet door het Kadaster gespeeld kunnen worden? Dat moet dan uiteraard tegen een kostendekkende vergoeding, maar die zal ongetwijfeld lager zal uitvallen dan wat notarissen er nu voor in rekening brengen.

En wat is eigenlijk hun meerwaarde bij testamenten? Die lijkt vooral gelegen te zijn op het gebied van het bewaren van testamenten. Onduidelijk is echter of het Centraal Testamentenregister een overheidsinstelling is of een dienst van de KNB en hoe e.e.a. gefinancierd wordt. Notarissen wekken graag de indruk dat zij er een belangrijke rol in spelen. Dat iedere burger bij het register kan opvragen of een overledene een testament heeft opgemaakt, is te weinig bekend. En waarom zouden bijvoorbeeld advocaten hun cliënten niet mogen ondersteunen bij het opmaken van testamenten?

Kijkend naar de rechtsgebieden waarop notarissen werkzaam zijn, zou het ondenkbaar moeten zijn dat zij geheel zelfstandig, in een eigen kantoor, los van een vast samenwerkingsverband met andere juristen – zoals advocaten, fiscalisten en deskundigen op het gebied van het ondernemingsrecht – hun werkzaamheden verrichten. Zonder bijstand van dergelijke deskundigen kunnen zij hun klanten niet goed adviseren over testamenten, huwelijkse voorwaarden en (de oprichting van) rechtspersonen. Ze zouden zelfs niet de indruk moeten mogen wekken dat ze dat wél kunnen.

Met betrekking tot de *deurwaarders* zou eens onderzocht moeten worden of hun activiteiten niet haaks kunnen staan op het overheidsbeleid met betrekking tot armoede en schuldsanering. En of hun wettelijke en hun commerciële activiteiten elkaar niet ongepast beïnvloeden.

Meer in het algemeen zou het niet zo gek zijn als pakweg eens in de tien jaar het functioneren van de advocatuur, het notariaat en de deurwaarders geëvalueerd zou worden. Door een onafhankelijke instelling, uiteraard.