

Prof. mr. P.P.T. Bovend'Eert

Onderwijseditie Rechter, rechterlijke organisatie en rechtspraak

in de democratische rechtsstaat

Speciale onderwijseditie met hoofdstukken 1, 2, 3, 4 (ten dele), 10 en 11 (ten dele) uit de 3e druk van 2022

Tweede druk

VOORWOORD

Dit boek beschrijft vanuit een staatsrechtelijke invalshoek de positie van de rechter, de rechterlijke organisatie en de functie rechtspraak in het Nederlandse staatsbestel. Centraal staat de vraag welke eisen de democratische rechtsstaat stelt aan de samenstelling, inrichting en het functioneren van de rechtsprekende macht in de staat.

In deze tweede druk zijn de meeste hoofdstukken grotendeels herschreven. Naast de verwerking van actuele ontwikkelingen in de rechtspleging is in deze druk ruim aandacht besteed aan de jurisprudentie van het EHRM en van het Hof van Justitie EU. Deze jurisprudentie is meer en meer bepalend geworden voor de inrichting en werkwijze van de rechtsprekende macht. Elk hoofdstuk wordt afgesloten met een conclusie, waarin het perspectief van de rechter in de rechtsstaat in het bijzonder aan bod komt.

Deze speciale onderwijseditie bevat een selectie van hoofdstukken in aansluiting op het onderwijs over de rechterlijke macht in het vak staatsrecht. Aangezien de hoofdstukken 4 en 11 maar gedeeltelijk zijn opgenomen, zijn de conclusies daarvan ingekort.

Veel dank gaat uit naar Maud Heldens die snel en vaardig een berg werk verzet heeft voor het gereedmaken van de teksten van het manuscript.

Paul Bovend'Eert
Nijmegen, juni 2022

INHOUDSOPGAVE

Voorwoord / V

Lijst van afkortingen / IX

HOOFDSTUK 1

De rechterlijke macht als gelijkwaardige staatsmacht. Machtenscheiding en rechtsstaatprincipe / 1

- 1.1 Inleiding / 1
- 1.2 De functie rechtspraak / 1
- 1.3 De rechterlijke macht als gelijkwaardige staatsmacht / 5
- 1.4 Machtenscheiding / 9
- 1.5 Rechtsstaat / 14
- 1.6 Rechtsstaat in de Raad van Europa en de Europese Unie / 18
- 1.7 Conclusie / 23

HOOFDSTUK 2

Rechterlijke onafhankelijkheid / 25

- 2.1 Inleiding / 25
- 2.2 Algemeen. Rechterlijke onafhankelijkheid in het positieve recht / 26
- 2.3 Rechtspositionele onafhankelijkheid / 31
- 2.4 Functionele onafhankelijkheid / 43
- 2.5 Institutionele onafhankelijkheid / 53
- 2.6 Conclusie / 57

HOOFDSTUK 3

Rechterlijke onpartijdigheid / 61

- 3.1 Inleiding / 61
- 3.2 Subjectieve en objectieve onpartijdigheid / 63
- 3.3 Wraking en verschoning / 79
- 3.4 Andere wettelijke voorschriften over onpartijdigheid / 85
- 3.5 Conclusie / 86

HOOFDSTUK 4

Rechterlijke organisatie: opbouw en inrichting van de rechterlijke macht / 89

- 4.5 De Hoge Raad / 89
- 4.5.1 Algemeen / 89
- 4.5.2 De Hoge Raad als cassatierechter / 90
- 4.5.3 Prejudiciële vragen aan de Hoge Raad / 95
- 4.5.4 Inrichting en werkwijze / 97
- 4.5.5 Reservisten in de Hoge Raad: tribunal established by law? / 102
- 4.5.6 De Hoge Raad en dissenting opinions / 109
- 4.5.7 Bestuur en beheer bij de Hoge Raad / 113
- 4.5.8 Het parket bij de Hoge Raad / 115
- 4.6 Uniforme rechtstoepassing in de rechterlijke macht: rechtersregelingen / 118
- 4.7 Zaakstoedeling binnen de gerechten van de rechterlijke macht / 134
- 4.11 Conclusie / 140

HOOFDSTUK 10

De beheers- en bestuursstructuur van de rechterlijke macht / 143

- 10.1 Inleiding / 143
- 10.2 Historische ontwikkeling van de bestuursstructuur van de rechterlijke macht / 143
- 10.3 Samenstelling, taken en bevoegdheden van het gerechtsbestuur / 145
- 10.4 Samenstelling, taken en bevoegdheden van de Raad voor de rechtspraak / 148
- 10.5 Taken en bevoegdheden van de Minister van Justitie en Veiligheid / 154
- 10.6 Ontwikkelingen in de praktijk / 158
- 10.7 Beoordeling vanuit een rechtsstatelijk perspectief / 167
- 10.8 Conclusie / 174

HOOFDSTUK 11

Rechtspraak / 179

- 11.1 Inleiding / 179
- 11.2 Rechtspraak, ongeschreven recht en precedentwerking / 179
- 11.3 Rechtsvorming in de rechtsstaat / 193
- 11.4 Rechtsvorming en machtscheiding. Political question / 201
- 11.9 Conclusie / 211

HOOFDSTUK 1

De rechterlijke macht als gelijkwaardige staatsmacht. Machtenscheiding en rechtsstaatprincipe

1.1 Inleiding

De staat oefent macht uit over zijn burgers. Deze overheidsmacht is in Nederland, zoals te doen gebruikelijk in westerse staten, in hoofdzaak verdeeld over drie staatsinstellingen, te weten de wetgever, het bestuur en de rechter. Voor een goed begrip van de plaats van de rechter in het staatsbestel is het nuttig na te gaan welke positie de rechter in het algemeen ten opzichte van de beide andere staatsmachten (rechtens) inneemt. Voor een analyse van dit vraagstuk is op de eerste plaats de positiefrechtelijke regeling van de rechterlijke organisatie en van rechterlijke bevoegdheden in de Grondwet, de wet en verdragen van belang. Daarnaast verschaft een tweetal constitutionele uitgangspunten of 'rechtsbeginselen'¹ in het bijzonder een normatief kader voor de plaats van de rechter in het staatsbestel, namelijk het machtenscheidingsprincipe en het rechtsstaatprincipe.

In dit eerste hoofdstuk ligt de nadruk op de betekenis van deze twee constitutionele uitgangspunten voor de plaats van de rechter in de staat. Daarbij komen enkele kernbepalingen van constitutioneel recht aan de orde. De daaropvolgende hoofdstukken geven meer in detail inzicht in de rechterlijke organisatie en rechterlijke bevoegdheden.

1.2 De functie rechtspraak

Allereerst moet aan de orde gesteld worden, wat de functie rechtspraak vergeleken met de twee andere overheidsfuncties inhoudt, en waarin het rechterlijk ambt zich onderscheidt van de wetgever en het bestuur.

Over de aard en inhoud van de rechterlijke functie bestaat tegenwoordig – anders dan bij wetgeving en bestuur – weinig verschil van inzicht, al blijft het lastig deze functie positiefrechtelijk te omschrijven. De Grondwet biedt in hfdst. 6, getiteld 'Rechtspraak', enige aanknopingspunten. Op de eerste plaats blijkt daaruit dat rechtspraak een overheidsfunctie

1 A.K. Koekkoek (red.), *De Grondwet: een systematisch en artikelsgewijs commentaar*, Deventer: W.E.J. Tjeenk Willink 2000, p. 24; P.P.T. Bovend'Eert, 'Het rechtsbeginsel van de machtenscheiding. Ontwikkelingen rond een taai constitutioneel beginsel', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *In beginsel. Over aard, inhoud en samenhang van rechtsbeginselen in het bestuursrecht*, Deventer: Kluwer 2004, p. 243 e.v.

is naast wetgeving en bestuur (hfdst. 5). Daarnaast volgt uit de tekst van en de toelichting op hfdst. 6 dat rechtspraak in beginsel betrekking heeft op de bevoegdheid geschillen te beslissen (art. 112 Gw) en strafbare feiten te berechten (art. 113 Gw). In dit hoofdstuk regelt art. 122 Gw weliswaar tevens de bevoegdheden gratie of amnestie te verlenen, maar het is duidelijk dat deze bevoegdheden niet als rechtspraak moeten worden beschouwd.² De in art. 118, tweede lid, Gw vervatte bijzondere bevoegdheid van de Hoge Raad tot cassatie van rechterlijke uitspraken is daarentegen zonder twijfel wel als rechtspraak te beschouwen. Voor het overige stelt hfdst. 6 Grondwet in hoofdzaak regels inzake de organisatie van de rechtspraak.

De Wet algemene bepalingen (Wet AB) bevat voorts enkele nadere voorschriften inzake de aard en inhoud van de rechterlijke functie. De rechter moet volgens de wet rechtspreken; hij mag de innerlijke waarde of billijkheid der wet niet beoordelen (art. 11 Wet AB). De rechter mag daarnaast niet '(...) *bij wege van algemene verordening, dispositie of reglement*' uitspraak doen in zaken die aan zijn beslissing zijn onderworpen (art. 12 Wet AB).

Concrete beslissing van een geschil of berechting van een strafbaar feit

Uit deze grondwettelijke en wettelijke voorschriften volgt dat rechtspraak ziet op concrete beslissingen die in beginsel betrekking hebben op een aan een overheidsinstantie voorgelegd geschil of strafbaar feit. Daarmee onderscheidt de rechterlijke functie zich wezenlijk van wetgeving, nu daarmee het stellen van algemene regels wordt beoogd. Het verschil met bestuur – of: uitvoering – is minder pregnant. Ook de bestuursfunctie kan betrekking hebben op een concrete beslissing. Voor beide geldt dat het betrokken ambt gehouden is de wet toe te passen bij het nemen van de beslissing. Bovendien kan de uitoefening van de bestuurlijke functie onder omstandigheden een beslissing van een geschil inhouden. Men denke aan de beslissing van een bestuursorgaan op bezwaar of in administratief beroep (art. 6:1 e.v. Awb). Niettemin zijn er belangrijke verschillen tussen bestuur en rechtspraak. Het meest kenmerkende is dat rechtspraak uitsluitend een rechtmatigheidsoordeel inhoudt, terwijl in de uitoefening van de bestuursfunctie zowel een rechtmatigheids- als een doelmatigheidsbeslissing besloten ligt of kan liggen. Bij de bestuursfunctie staat het realiseren van politieke of beleidsdoelstellingen voorop, zulks met inachtneming van de wet. Bij rechtspraak is slechts de wet- en rechtmatigheid maatstaf van beslissing.³

Overigens moet niet de indruk worden gewekt dat rechtspraak louter en alleen een kwestie is van het uitspreken van een rechtmatigheidsoordeel. Minstens zo belangrijk bij de uitoefening van deze functie is het 'in rechte' vaststellen van de feiten in het geschil (of betreffende de verweten strafbare gedraging). In dat opzicht is de rechterlijke werkzaamheid tweeledig. Ten eerste beslist het met rechtspraak belaste ambt welke feiten aan het geschil (of de verweten strafbare gedraging) ten grondslag liggen. Deze beslissing komt tot stand in een bijzondere, voor rechtspraak kenmerkende, rechtsgang, waarin – afhankelijk van de aard van het geschil – bijzondere bewijsregels gelden voor de vaststelling van feiten. Vervolgens past het rechtsprekende ambt het recht toe op de feiten. De met bijzondere waarborgen omgeven rechtsgang en het rechtmatigheidsoordeel zijn aldus kenmerkend voor de functie rechtspraak.

2 Vgl. C.A.J.M. Kortmann, *De Grondwetsherzieningen 1983 en 1987*, Deventer: Kluwer 1987, p. 338.

3 Buiten beschouwing blijft hier dat de rechter ook andere dan rechtsprekende bevoegdheden kan uitoefenen, waarbij niet alleen recht-, maar ook doelmatigheid maatstaf van beslissing kan zijn.

Bindende beslissing

Daarnaast zijn de rechtsgevolgen van een rechterlijke beslissing ten principale verschillend van een beslissing van het bestuur. Rechterlijke uitspraken hebben verbindende kracht, in die zin dat zij noch door de wetgever noch door het bestuur kunnen worden gewijzigd of tenietgedaan.⁴ De rechterlijke beslissing is bindend, de rechter heeft bij de beslissing van een geschil het laatste woord.⁵ Bestuursbesluiten missen in beginsel deze rechtskracht.⁶

Uit het voorgaande volgt dat de overheidsfunctie rechtspraak in essentie ziet op een concrete en bindende beslissing van een geschil of de berechting van een strafbaar feit door een overheidsambt, dat daarbij de rechtens relevante feiten vaststelt en op grond van rechtmatigheidscriteria een oordeel uitspreekt.

Geschillen in art. 6 EVRM

Wat de functie rechtspraak inhoudt, is niet slechts uit de Grondwet en de wet af te leiden, maar ook uit het fundamentele recht op toegang tot de rechter van art. 6 EVRM. Vergelijkbare verdragsbepalingen zijn te vinden in art. 14 IVBPR en art. 47 Handvest Grondrechten EU (hierna: Handvest). Art. 6 EVRM spreekt niet, zoals art. 112 en 113 Gw, uitdrukkelijk over de berechting van geschillen of van strafbare feiten. In de authentieke Engelse tekst van art. 6 EVRM is sprake van '(...) *determination of his civil rights and obligations or of any criminal charge against him*'. De eveneens authentieke Franse tekst van art. 6 EVRM spreekt van '(...) *contestations sur ses droits et obligations de caractères civil, soit du bienfondé de toute accusation en matière pénale dirigée contre elle*'. In deze tekst komt het begrip 'geschillen' (*contestations*) aldus wel voor. De niet-authentieke Nederlandse vertaling spreekt van 'Bij het vaststellen van zijn burgerlijke rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde strafvervolgung (...)'.⁷

In zijn jurisprudentie gaat het EHRM niettemin ervan uit dat het grondrecht op toegang tot de rechter van art. 6 EVRM ook betrekking heeft op geschillen (*contestations/disputes*), zij het dat dit begrip niet formeel-juridisch, maar materieel moet worden uitgelegd. Het moet gaan om een verschil van mening tussen rechtssubjecten over een geclaimd recht.⁷ Het geschil dient daarbij juridisch van aard te zijn. Het heeft betrekking op de vraag of de (beweerde) aantasting van een recht onrechtmatig is.⁸ De omstandigheid dat het geschil een juridisch karakter heeft, betekent overigens niet dat het geschil uitsluitend op juridische vragen betrekking heeft. Volgens het EHRM kan het geschil over 'recht of feiten' gaan.⁹ Ten slotte eist het EHRM dat het geschil voldoende ernstig (*genuine/serious*) is.

4 Zie EHRM 19 april 1994, ECLI:NL:XX:1994:AD2090, nr. 16034/90, NJ 1995/462, m.nt. E.A. Alkema (*Van de Hurk t. Nederland*).

5 Zie overigens art. 122 Gw inzake de bevoegdheid van de regering tot gratie (kwijtschelding of vermindering van een opgelegde straf) of de bevoegdheid van de wetgever om amnestie te (doen) verlenen (achteraf ontnemen van de strafbaarheid aan een gepleegd strafbaar feit).

6 Er zijn de nodige uitzonderingen. Het besluit kan door het verstrijken van de bezwaar- of beroepstermijn formele rechtskracht hebben. Zie onder andere HR 16 mei 1986, ECLI:NL:HR:1986:AC9347, NJ 1986/723, m.nt. M. Scheltema (*Heesch t. Van de Akker*). Zie verder ook art. 8:2 e.v. Awb.

7 EHRM 23 juni 1981, ECLI:NL:XX:1981:AC7265, nrs. 6878/75 en 7238/75, NJ 1986/602 (*Le Compte, Van Leuven en De Meyere t. België*); M.L.W.M. Viering, *Het toepassingsgebied van artikel 6 EVRM* (diss. Nijmegen), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1994, p. 72 e.v.; K.G. Witteman, *Sdu Commentaar EVRM*, art. 6 EVRM, par. C.2.1, Den Haag: Sdu 2020, p. 261 e.v.

8 Viering 1994, p. 76 e.v.

9 Viering 1994, p. 78; Witteman 2020, p. 263.

Art. 6 EVRM maakt daarnaast evenals de Grondwet (art. 112 en 113 Gw) een onderscheid tussen rechtspraak die betrekking heeft op de berechting van strafbare feiten (beoordeling van de gegrondheid van een ingestelde strafvervolging) en rechtspraak die, zoals hiervoor bleek, betrekking heeft op de beslissing van bepaalde geschillen. De beslissing van het geschil, of het oordeel over de gegrondheid van een strafvervolging, door de (rechterlijke) instantie die daarmee is belast, moet bindend zijn, om te kunnen voldoen aan art. 6 EVRM.¹⁰

Het voorgaande leert dat de percepties van het begrip ‘rechtspraak’ in het nationale en internationale recht nauw op elkaar aansluiten. In beide gevallen ziet rechtspraak op een concrete en bindende beslissing van een geschil of de berechting van een strafbaar feit door een overheidsambt, dat daarbij de rechtens relevante feiten vaststelt en op grond van rechtmatigheidscriteria een oordeel uitspreekt.

Alle rechtsgeschillen van art. 17 Gw

In het verlengde van art. 6 EVRM moet nog gewezen worden op de betekenis van de nieuwe bepaling van art. 17 Gw, dat sinds de grondwetsherziening van 2022 evenals art. 6 EVRM een grondrecht op toegang tot de rechter bevat. Art. 17, eerste lid, Gw luidt als volgt: *“Ieder heeft bij het vaststellen van zijn rechten en verplichtingen of bij het bepalen van de gegrondheid van een tegen hem ingestelde vervolging recht op een eerlijk proces binnen een redelijke termijn voor een onafhankelijke en onpartijdige rechter.”* De bepaling beoogt een meerwaarde te geven ten opzichte van genoemde verdragsbepaling. Art. 17 Gw heeft, zoals de memorie van toelichting opmerkt, betrekking op alle rechtsgeschillen, dus ook op bepaalde categorieën geschillen die tot nu toe buiten de werkingssfeer van art. 6 EVRM vallen.¹¹ Voorts heeft de bepaling betrekking op een ingestelde strafrechtelijke vervolging.

De term ‘proces’ in de zin van art. 17 Gw is dus breed, en heeft betrekking op alle rechterlijke procedures, of het nu om een civielrechtelijk, bestuursrechtelijk of strafrechtelijk proces gaat.¹² Het kader van art. 17 Gw sluit overigens aan bij dat van art. 6 EVRM. Blijkens de toelichting betekent dit *‘dat de rechter beslist in een geschil over rechten en verplichtingen die een basis hebben in het geldende recht’*.¹³

Rechtspraak door rechterlijke instanties

Met voornoemde omschrijving van het begrip ‘rechtspraak’ is nog niet aangegeven welk ambt deze functie behoort uit te oefenen. De Grondwet draagt de bevoegdheid tot rechtspraak in eerste instantie op aan de rechterlijke macht en de gerechten die niet behoren tot de rechterlijke macht (art. 112 en 113 Gw). Maar de Grondwet sluit in hfdst. 6 niet uit dat andere dan rechterlijke ambten deze functie vervullen. Art. 115 Gw opent immers de mogelijkheid dat geschillen, die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan, in administratief beroep, dat wil zeggen door een bestuursorgaan, bindend worden beslist. Deze mogelijkheid is echter grotendeels achterhaald door art. 6 EVRM. In dit grondrecht op toegang tot de rechter is vastgelegd dat het vaststellen van burgerlijke rechten en

¹⁰ Zie EHRM 19 april 1994, ECLI:NL:XX:1994:AD2090, nr. 16034/90, NJ 1995/462, m.nt. E.A. Alkema (*Van de Hurk t. Nederland*).

¹¹ Denk aan geschillen over de toelating en uitzetting van vreemdelingen, fiscale procedures en bepaalde geschillen betreffende ambtenaren. Zie Witteman 2020, p. 275 e.v.

¹² *Kamerstukken II* 2015/16, 34 517, nr. 3, p. 17-18.

¹³ *Kamerstukken II* 2015/16, 34 517, nr. 3, p. 19.

verplichtingen en het bepalen van de gegrondheid van een ingestelde strafvervolging in laatste instantie zijn voorbehouden aan een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie.

Uit de jurisprudentie van het EHRM blijkt dat administratief beroep een rechtsgang bij de rechter niet mag uitsluiten.¹⁴ Voor de (meeste) geschillen die niet uit burgerlijke rechtsbetrekkingen zijn ontstaan (art. 112, tweede lid, Gw), heeft de burger recht op een bindende beslissing door een onafhankelijke en onpartijdige rechterlijke instantie.¹⁵ Art. 17, eerste lid, Gw gaat, zoals gezegd, nog een stap verder. Het spreekt in algemene termen van het recht van een ieder op een eerlijk proces door een onafhankelijke en onpartijdige rechter.

Het ligt aldus voor de hand om bij de omschrijving van de functie rechtspraak niet te volstaan met een omschrijving van de kenmerken van deze functie, maar om daarbij tevens het ambt te betrekken dat deze functie vervult. Rechtspraak is voorbehouden aan een onafhankelijk en onpartijdig overheidsambt.¹⁶ Art. 6 EVRM en art. 17 Gw vermelden het onafhankelijkheids- en onpartijdigheidsvereiste uitdrukkelijk. Maar ook uit bepalingen in de Grondwet en in de wet kan – zij het minder expliciet – worden afgeleid dat beide vereisten wezenskenmerken zijn voor instanties belast met rechtspraak. In de volgende hoofdstukken wordt nader stilgestaan bij deze kenmerken. Hier zij volstaan met de opmerking dat het onafhankelijkheids- en onpartijdigheidsvereiste het rechterlijke ambt in belangrijke mate onderscheidt van wetgevende en bestuurlijke ambten.

1.3 De rechterlijke macht als gelijkwaardige staatsmacht

Na deze omschrijving van de functie rechtspraak rijst de vraag of rechtspraak de facto en de iure eigenlijk wel op één lijn te stellen is met wetgeving en bestuur. Oefent de rechter een gelijkwaardige overheidsfunctie uit ten opzichte van de wetgever en het bestuur? Of moeten wij ervan uitgaan dat bijvoorbeeld de wetgever de hoogste macht is in de staat, of misschien het bestuur, ook wel aangeduid als '*de motor van ons staatsbestel*'?¹⁷

Nog afgezien van het feit dat het Nederlandse constitutionele recht geen hoogste – soevereine – macht in de staat onderscheidt, is er veel voor te zeggen om de rechter een gelijkwaardige plaats naast de beide andere staatsmachten toe te kennen.

In een ver verleden schreef Montesquieu '*la puissance de juger est en quelque façon nulle*'.¹⁸ Het is de vraag of Montesquieu dit serieus meende.¹⁹ In elk geval was rechtspraak, in de zin van het beslissen van geschillen tussen onderdanen en het berechten van strafbare

14 EHRM 23 oktober 1985, ECLI:NL:XX:1985:AC9055, nr. 8848/80, NJ 1986/102, m.nt. E.A. Alkema (*Bentham t. Nederland*).

15 Vgl. art. 8:1 e.v. Awb.

16 F.A.M. Stroink, *Rechterlijke organisatie en rechtspraak in beweging* (Handboeken staats- en bestuursrecht, deel V), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1993, p. 3-4; Th.G.M. Simons, *De rechterlijke organisatie in Nederland* (Studiepockets staats- en bestuursrecht, deel 28), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1996, p. 12; D.J. Elzinga, G. Hoogers & R. de Lange, *Van der Pot. Handboek van het Nederlandse staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2014, p. 605 e.v.; C.A.J.M. Kortmann, *Constitutioneel recht*, Deventer: Wolters Kluwer 2021, p. 276 e.v.

17 Zie onder andere *Kamerstukken II 1979/80*, 16 034 (R 1138), nr. 3, p. 1, waar in het kader van de grondwetsherziening 1983 de regering als '*motor van ons staatsbestel*' werd aangeduid.

18 Montesquieu, *De l'esprit des lois. Édition établie par Laurent Versini*, Parijs: Gallimard 1995, p. 330.

19 Zie J. Gijsels, 'De scheiding der machten', *Tijdschrift voor Bestuurswetenschappen en Publiekrecht* 1983, p. 567 e.v.

feiten, ook in zijn tijd al een belangrijke overheidsfunctie. Sinds de totstandkoming van moderne westerse constituties, eind achttiende en begin negentiende eeuw, is het belang ervan door de jaren heen sterk toegenomen.

Van wetstoepassing naar rechtsvorming

Als het gaat om de ontwikkeling van de Nederlandse constitutionele rechtsorde kan in het bijzonder gewezen worden op een tweetal factoren die hebben bijgedragen aan de ontwikkeling van de rechterlijke macht tot een gelijkwaardige staatsmacht naast de wetgever en het bestuur. Op de eerste plaats is het uitgangspunt van belang dat de rechter volgens de wet moet rechtspreken en de innerlijke waarde en billijkheid van de wet niet mag beoordelen (art. 11 Wet AB). Met dit uitgangspunt hangt het codificatiebeginsel samen, zoals verwoord in art. 107 Gw. Dit beginsel had van oudsher primair tot doel de belangrijkste onderdelen van het recht – het burgerlijk recht, het strafrecht, en het burgerlijke en strafprocesrecht – vast te leggen in algemene wetboeken, teneinde de burger rechtszekerheid te bieden omtrent zijn doen en laten in het rechtsverkeer.²⁰ Daarnaast lag oorspronkelijk – begin negentiende eeuw – aan het codificatiestreven voor velen mede de gedachte ten grondslag dat de rechter bij een ‘alomvattende’ regeling van het burgerlijk recht en het strafrecht zou kunnen volstaan met ‘eenvoudige wetstoepassing’ bij de beslissing van geschillen. Het is duidelijk dat dit doel nimmer is bereikt. Evenmin heeft de codificatie voor de burger de volledigheid, duidelijkheid en zekerheid gebracht die sommigen ervan verwachtten.

De wetgever heeft vanaf het begin door het stellen van open of vage normen de rechter de gelegenheid geboden om – met een grote mate van beslissingsvrijheid – de betekenis van de wet in zijn jurisprudentie vast te stellen. In de loop der jaren heeft de wetgever, naarmate de moderne samenleving complexer werd, meer en meer noodgedwongen een toevlucht gezocht in het stellen van open of vage normen.²¹ Het gevolg hiervan is dat niet de wetgever, maar de rechter op belangrijke terreinen van het recht de facto de burger uiteindelijk rechtszekerheid biedt door het scheppen van ongeschreven rechtsregels, waarin de betekenis van de wet nader wordt aangeduid. De voorbeelden hiervan zijn legio. Niet alleen op het brede terrein van het privaatrecht,²² maar ook op andere belangrijke terreinen, zoals het strafrecht en het bestuursrecht,²³ is het de rechter die vage normen vertaalt in voor de dagelijkse rechtspraktijk bruikbare rechtsregels. Bovendien schrikt de rechter er onder omstandigheden niet voor terug rechtsregels te scheppen, zonder dat deze duidelijk te herleiden zijn tot wetsuitleg. Men spreekt in dit verband wel van de rechtsvormende taak van de rechter. In de loop der jaren heeft de rechter aangaande belangrijke maatschappelijke kwesties, zoals het stakingsrecht, abortus, euthanasie en recent klimaatverandering, een dergelijke rechtsvormende taak vervuld.

20 Zie ook art. 164 Gw oud (1972). Vgl. R. Kranenburg & J.L. Kranenburg, *Het Nederlands staatsrecht*, Haarlem: H.D. Tjeenk Willink 1958, p. 278 e.v. Zie ook art. 107, tweede lid, Gw dat tegenwoordig tevens verlangt dat de wet algemene regels van bestuursrecht stelt.

21 Vgl. hierover G.J. Wiarda, *Drie typen van rechtsvinding*, bewerkt door T. Koopmans, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1999, p. 71 e.v.

22 Denk aan vage wettelijke normen als redelijkheid, billijkheid en behoorlijkheid, maar ook aan hetgeen volgens ongeschreven recht in het maatschappelijk verkeer betaamt (art. 6:162 BW).

23 Zie bijvoorbeeld de ontwikkeling van de algemene beginselen van behoorlijk bestuur.

Controlefunctie ten aanzien van bestuur en wetgever

Hiermee is het grote belang van rechtspraak als overheidsfunctie naast wetgeving en bestuur eigenlijk al gegeven. Maar daarnaast is nog te wijzen op een andere factor die ertoe heeft bijgedragen dat de rechter als een gelijkwaardige staatsmacht naast de wetgever en het bestuur te beschouwen is.

Van bijzonder belang is de vaststelling dat de rechter al lang niet meer uitsluitend tot taak heeft geschillen tussen burgers onderling te beslissen en strafbare feiten te berechten, het perspectief van rechtspraak in de tijd van Montesquieu. De onafhankelijke rechter oefent tegenwoordig ook een controlefunctie uit ten aanzien van zowel het bestuur als de wetgever.²⁴ Het voert te ver in dit inleidende hoofdstuk de ontwikkeling van deze controlefunctie – bestuursrechtspraak en constitutionele toetsing – te schetsen. In de volgende hoofdstukken komt een aantal aspecten van deze functie nader aan de orde. Hier zij volstaan met de opmerking dat de rechter thans in ruime mate bevoegd is het handelen en nalaten van het bestuur te toetsen op rechtmatigheid. Art. 112, tweede lid, Gw verankert deze rechterlijke controlefunctie. Art. 6 EVRM en art. 17 Gw geven de burger daarnaast een recht op toegang tot de rechter in bestuursrechtelijke geschillen. De Algemene wet bestuursrecht opent in beginsel voor elk besluit van een bestuursorgaan een rechtsgang bij de administratieve rechter (art. 8:1 Awb). De uitzonderingen daarop zijn beperkt.

Daarnaast oefent de civiele – gewone – rechter een deel van deze controlefunctie uit. Ook de mogelijkheden van rechterlijke toetsing ten aanzien van het handelen en nalaten van de wetgever zijn heden ten dage aanzienlijk. De toetsing van de (toepassing van de) wet aan een ieder verbindende verdragsbepalingen in de zin van art. 94 Gw en aan rechtsnormen van Europees recht stelt de rechter in het bijzonder in staat ten aanzien van besluiten van de wetgever een rechtmatigheidscontrole uit te voeren.

Al met al is het arsenaal aan rechterlijke bevoegdheden in de loop der jaren zodanig toegenomen dat de conclusie gerechtvaardigd is dat de rechter een gelijkwaardige macht is in de staat naast de wetgever en het bestuur.

De macht van de rechter

Sommigen spreken zo nu en dan zelfs hun zorg uit over de toename van de macht van de rechter. Vooral in Haagse politieke kringen wordt regelmatig gewaarschuwd voor al te ruime rechterlijke toetsingsbevoegdheden. Eind jaren negentig van de vorige eeuw sprak de regering in een notitie, getiteld '*Juridisering in het openbaar bestuur*',²⁵ hierover haar zorg uit, zij het dat naar haar opvatting niet de rechter zijn rechterlijke taak te buiten was gegaan, maar de wetgever de rechter te veel ruimte had geboden. Het evenwicht in de *trias politica* was daardoor onder druk komen te staan.²⁶

Enkele jaren later benadrukte de Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid (WRR) in een rapport, getiteld '*De toekomst van de nationale rechtsstaat*' (2002), echter dat de rechterlijke macht als staatsmacht de minst gevaarlijke is van de drie. De rechter, zo overwoog de WRR, kan zelf geen zaken aanbrengen, heeft niet de bevoegdheden om

24 Van der Pot/Elzinga, Hoogers & De Lange 2014, p. 831 e.v.; Kortmann 2021, p. 320 e.v.; R.J.N. Schlössels & S.E. Zijlstra, *Bestuursrecht in de sociale rechtsstaat. 1. Grondslagen, Begrippen, Normering, Organisatie, Wet- en regelgeving, Uitvoering en Handhaving* (Handboeken staats- en bestuursrecht), Deventer: Wolters Kluwer 2017, p. 247 e.v.

25 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 360, nr. 1.

26 *Kamerstukken II* 1998/99, 26 360, nr. 1, p. 34.

zelf uitvoering te geven aan zijn vonnissen, en kan slechts uitspraken doen in het kader van individuele zaken: “*In alles is hij afhankelijk van anderen. Wetgever en bestuur kunnen en mogen veel meer.*”²⁷

Op deze redenering van de WRR valt wel wat af te dingen. Het is waar dat de rechter pas in actie komt als een geschil aan hem wordt voorgelegd. Maar in de huidige tijd wordt praktisch elk (onopgelost) maatschappelijk vraagstuk aan zijn beslissing onderworpen. Bovendien staat de verbindende kracht van rechterlijke uitspraken niet ter discussie. Het bestuur pleegt rechterlijke uitspraken – al of niet knarsetandend – (meestal) getrouw uit te voeren. En ook de wetgever accepteert dat de rechter onder omstandigheden²⁸ het laatste woord heeft. Ten slotte gaat de opmerking van de WRR, dat de rechter ‘slechts’ individuele gevallen beslist, voorbij aan de omstandigheid dat, zoals gezegd, de rechter ongeschreven rechtsregels formuleert die buiten de beslissing van het concrete geschil werking hebben. Deze ongeschreven regels zijn weliswaar rehtens niet gelijk te stellen met algemene (burgers bindende) regels, afkomstig van de wetgever, maar de werking ervan is in de rechtspraktijk in meerdere opzichten vergelijkbaar. Kortom, de bovengenoemde relativering van de macht van de rechter door de WRR kan van kritische kanttekeningen worden voorzien. De rechter beschikt over ruime toetsingsbevoegdheden. Als staatsmacht doet hij in veel opzichten niet onder voor de beide andere staatsmachten.

Recente rechterlijke beslissingen met grote maatschappelijke gevolgen

Dat de rechter onder omstandigheden tot rechterlijke beslissingen komt met grote maatschappelijke gevolgen, bleek eens te meer uit de uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State over het Programma Aanpak Stikstof (PAS) die tot ingrijpende wijzigingen van onder meer het landbouwbeleid nopen.²⁹ Daarnaast heeft het *Urgenda*-arrest van de Hoge Raad uit 2019 over klimaatverandering en de noodzaak van CO₂-reductie een grote maatschappelijke impact.³⁰

In de nasleep van het *Urgenda*-arrest waarschuwde Forum voor Democratie-leider Thierry Baudet in 2020 voor de sluipende machtsgreep die de rechterlijke macht in Nederland zou ondernemen. De democratie werd zijns inziens steeds verder ondermijnd. Een heerschappij van rechters (‘dikastocratie’) zou in toenemende mate de achilleshiel van de rechtsstaat vormen. In reactie hierop betoogde De Werd dat de vrees voor een ‘*gouvernement des juges*’ (rechterlijk activisme) geen reële angst was, want rechters hanteren anders dan politici geen beleidsmatige vergezichten. “*Zij denken niet in termen van macht, maar zoeken, binnen de grenzen van het recht, naar oplossingen van rechtsvragen in individuele zaken*”, zo stelde De Werd in zijn opiniestuk.³¹

Dat de rechter macht uitoefent, staat, anders dan De Werd betoogt, buiten twijfel. In de rechtsstaat heeft de rechter tot taak geschillen te beslissen en strafbare feiten te berechten, daarbij het handelen van het bestuur en de wetgever te controleren, en daarover een bindend oordeel te vellen. Dat hij daarbij geen beleidsmatige vergezichten presenteert,

27 Wetenschappelijke Raad voor het Regeringsbeleid, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Sdu Uitgevers: Den Haag 2002, p. 182-183.

28 Denk aan de rechterlijke toetsing ex art. 94 Gw.

29 ABRvS 29 mei 2019, ECLI:NL:RVS:2019:1603, AB 2019/309, m.nt. Ch.W. Backes (PAS).

30 HR 20 december 2019, ECLI:NL:HR:2019:2006, NJ 2020/41, m.nt. J. Spier (*Urgenda*). Zie hierover verder hoofdstuk 11.

31 M. de Werd, ‘Framing van rechters bedreigt onze rechtsstaat’, *de Volkskrant* 3 februari 2020.

doet niet af aan het gegeven dat de rechter een van de drie belangrijkste overheidsfuncties in de staat vervult en derhalve staatsmacht uitoefent. Die staatsmacht is tegenwoordig bovendien van grote betekenis gelet op de rechtsvormende taak van de rechter in de staat.

Onder omstandigheden kan, zoals ook bij de andere twee staatsmachten het geval kan zijn, de vraag opkomen of de rechter een onjuist gebruik maakt van die machtspositie en zijn bevoegdheid overschrijdt. Of dat dan meteen leidt tot een machtsgreep, is natuurlijk een vraag van een andere orde. Hierna wordt in hoofdstuk 11 nader aandacht besteed aan deze kwestie.

1.4 Machtenscheiding

Hiervoor was sprake van '*het trias-evenwicht*', dat onder druk zou zijn komen te staan door bepaalde ontwikkelingen in de rechtspraak. De vraag rijst in dit verband hoe de plaats van de rechter in het staatsbestel vanuit de *trias* – of beter: het machtenscheidingsprincipe – rechtens en normatief het beste te beoordelen is.

De doctrine grijpt bij het omschrijven van het machtenscheidingsprincipe veelal terug op de leer van de *trias politica* van Montesquieu. Uitgangspunt bij dergelijke beschouwingen is niet zelden de stelling dat de aan Montesquieu toegeschreven strikte scheiding van een wetgevende, een uitvoerende en een rechterlijke macht – zowel in functionele als in organisatorische zin – in de Nederlandse constitutie niet gerealiseerd is. Niet zelden ligt de nadruk daarbij op een analyse van de wijze waarop de constitutie van het strakke *trias*-schema afwijkt.³²

Los van de vraag of Montesquieu daadwerkelijk een strikte scheiding van overheids-machten voor ogen had in zijn geschriften,³³ heeft een vergelijking van dit staatstheoretische concept van de machtenscheiding uit de achttiende eeuw met de machtenscheiding in de moderne westerse democratische rechtsstaat – afgezien van de rechtshistorische betekenis ervan – betrekkelijk weinig waarde. Het is zinvoller de kern en uitwerking van het beginsel van de machtenscheiding te analyseren, zoals deze in het huidige positieve, Nederlandse constitutionele recht gestalte krijgt. Daarbij is in het bijzonder de vraag relevant in hoeverre het machtenscheidingsprincipe in een constitutioneel rechtssysteem waarborgen schept voor en grenzen stelt aan de wijze van inrichting van de staatsorganisatie. Het machtenscheidingsprincipe kan als organisatieprincipe in algemene termen doeleinden formuleren, die bij het vaststellen van de betekenis van constitutionele normen – of de wijziging ervan – in het oog gehouden moeten worden. Vanuit deze benadering stellen wij het machtenscheidingsprincipe in deze beschouwing over rechterlijke organisatie en rechtspraak aan de orde.

De machtenscheiding als rechtsbeginsel

Sommigen in de doctrine verdedigen de opvatting dat het machtenscheidingsprincipe nimmer een principieel uitgangspunt is geweest in de Nederlandse Grondwet sinds 1814. Het principe wordt immers nergens in de Grondwet expliciet genoemd. Weliswaar zijn elementen van de theorie aan te wijzen, maar deze zijn onvoldoende om een eenduidig

32 W.J. Witteveen, *Evenwicht van machten* (oratie Tilburg), Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1991, p. 53 e.v.

33 Witteveen 1991, p. 33 e.v.

theoretisch fundament aan te nemen.³⁴ Deze opvatting doet onvoldoende recht aan de betekenis van het machtenscheidingsprincipe in onze constitutionele rechtsorde. Dat het principe nergens expliciet genoemd wordt, zegt op zich niets. In westerse constituties, zoals de Nederlandse, pleegt men dit principe nu eenmaal niet als zodanig in de tekst ervan te noemen, maar in een grondstructuur min of meer concreet te verwoorden.

Dat geldt bijvoorbeeld voor de Amerikaanse Constitutie, bij uitstek opgesteld volgens het machtenscheidingsprincipe,³⁵ voor de Duitse grondwet,³⁶ maar niet minder ook voor de Nederlandse Grondwet. De Nederlandse constitutie ruimt van oudsher een belangrijke plaats in voor het machtenscheidingsprincipe. Tot de algehele grondwetsherziening van 1983 bezigde de Grondwet de begrippen 'wetgevende', 'uitvoerende' en 'rechterlijke macht', waarbij deze begrippen een betekenis hadden zowel in functionele als in organisatorische zin.³⁷ De Grondwet van 1983 vermeldt de drie hoofdfuncties in de staat: wetgeving en bestuur (hfdst. 5), alsmede rechtspraak (hfdst. 6).³⁸ Zij positieert nog altijd, zij het minder pregnant dan de eerdere teksten, de machtenscheiding. Dat geldt niet alleen voor de functionele, maar ook voor de organisatorische machtenscheiding. De drie hoofdfuncties in de staat – wetgeving, bestuur en rechtspraak – kent de Grondwet toe aan de Staten-Generaal, de regering en de rechterlijke macht.³⁹ In de Grondwet is de machtenscheiding nog altijd een belangrijk constitutioneel uitgangspunt. Men zou kunnen zeggen dat zij een van de dragende rechtsbeginselen is.⁴⁰

Blijkens de toelichting bij de nieuwe algemene bepaling van de Grondwet, die verklaart dat de Grondwet de grondrechten en de democratische rechtsstaat waarborgt, is de machtenscheiding een van de vier kernelementen van de rechtsstaat. *“De drie categorieën van overheidsmacht, te weten wetgeving, uitvoering en rechtspraak worden uitgeoefend door drie te onderscheiden machten. Deze machtenscheiding heeft in Nederland in het bijzonder gestalte gekregen in een stelsel van elkaar wederzijds controlerende, in evenwicht houdende organen (checks and balances)”*, aldus de regering in de memorie van toelichting.⁴¹

Uitwerking van de machtenscheiding voor de rechtspraak

Het constitutionele rechtsbeginsel van de machtenscheiding vindt in de Grondwet in tal van bepalingen concrete uitwerkingen van deze driedelige functionele en organisatorische machtenscheiding. Het voert te ver al deze bepalingen inzake machtenscheiding hier

34 Vgl. M.F.J.M. de Werd, 'De constitutionele taak van de rechter', in: P.P.T. Bovend'Eert, P.M. van den Eijnden & C.A.J.M. Kortmann (red.), *Grenzen aan de rechtspraak? Political question, acte de gouvernement en rechterlijk interventionisme*, Deventer: Kluwer 2004, p. 86-87.

35 Zie Article I (legislative power), Article II (executive power), Article III (judicial power) US Constitution.

36 Zie art. 20, tweede lid, Grundgesetz: *“Alle Staatsgewalt geht vom Volke aus. Sie wird vom Volke in Wahlen und Abstimmungen und durch besondere Organe der Gesetzgebung, der Vollziehende Gewalt und der Rechtsprechung ausgeübt.”*

37 Zie hierover P.J. Oud, *Het Constitutioneel Recht van het Koninkrijk der Nederlanden*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1970, p. 90.

38 Zie ook art. 92 Gw.

39 Zie ook art. 112, tweede lid, Gw inzake de gerechten die niet behoren tot de rechterlijke macht. Zie verder *Kamerstukken II 2015/16*, 34 516, nr. 3, p. 6.

40 Koekkoek 2000, p. 24; Vgl. ook L.J.H. Adams, 'De scheiding der machten tussen feit en fictie', *NJB 2010/227*, afl. 5, p. 280 e.v.

41 *Kamerstukken II 2015/16*, 34 516, nr. 3, p. 6.