

1 INLEIDING

1.1 AANLEIDING EN VRAAGSTELLING

Het is zaterdagmorgen 5 november 2022. Ik lees de weekendedities van *NRC* en *de Volkskrant* en het valt me op hoe vaak de rechter in beeld komt. Er is kritiek op het weren van complotdenker David Icke, hij mag niet op de Dam in Amsterdam zijn antisemitische complottheorieën verkondigen; juristen vinden dat besluit en de argumentatie ervoor 'niet sterk'. Zou dat besluit het houden bij de rechter? Er wordt een snelle opkomst van particuliere verpleeghuizen 'light' gesignaleerd omdat de overheid heeft geregeld dat mensen zo lang mogelijk thuis blijven wonen – verpleeghuizen zijn alleen nog voor de ernstigste gevallen en mantelzorgers moeten die zorg maar bieden. Of de verpleeghuizen bieden een algeheel zorgpakket, maar helaas is het budget dat de verzekeraars daarvoor ter beschikking stellen onvoldoende. Er zit dus een gat in de markt. De verpleeghuizen 'light' laten bejaarden in een gebouw wonen, een ruime villa, als nieuw thuis. Maar allerlei voorzieningen worden daarbij niet geboden, en ook medische verzorging is niet inbegrepen. Dus krijgen huisartsen er opeens x patiënten bij omdat die als zelfstandige bewoners in dat 'verpleeghuis' zijn gaan wonen. Mag de arts die weigeren? Dat hangt er waarschijnlijk van af, de verzekeraar moet zijn best doen maar het valt niet uit te sluiten dat het voor de rechter komt. Mantelzorgers komen ook op een andere plaats aan de orde: zij worden in beleidstaal ingezet om naasten te helpen, dat is veel gevraagd en als zij zich inzetten worden zij gestraft als zij voor hun familieleden boodschappen doen als die in de bijstand zitten. Iets voor de rechter? Zeker. Er is een onverwacht groot aantal asielzoekers naar Nederland gekomen en dat leverde de bekende problemen op, waarvan de eerste oorzaak is dat de toestanden in de wereld en internationale migratieregels de instroom moeilijk voorspelbaar maken en de tweede dat er te weinig huizen zijn. De mestproblematiek komt even voorbij en die van de stikstof (de uitspraak van de Raad van State over het onrechtmatige geitenpadje in de wetgeving dat voor de bouw zelf geen vergunning nodig is, stond de dag ervoor in de krant: ramp voor de bouw); nu is de kop dat het kabinet nog steeds niet kiest voor de natuur ondanks de *Urgenda*-zaak waarbij de rechter de overheid zich liet houden aan haar beleid in 2020 25% minder broeikasgassen uit te stoten dan in 2009 (de overheid heeft een zorgplicht); onteigenen wil de overheid niet o.a. vanwege de vele procedures die dat zou geven (een onterechte angst, aldus prof. Sluysmans). En ik lees over de standaardinstelling voor de insulinepomp welke die pomp wijd open zet voor hackers – dat zou de rechter moeten verbieden.

De Rotterdamse rechtbank oordeelt dat de Nederlandse Voedsel- en Warenautoriteit (NVWA) moet optreden tegen filtersigaretten; dat moet tot aangepast overheidsbeleid leiden. De jeugdbescherming is nog steeds problematisch, nu met de uithuisplaatsing van 'toeslagenkinderen' (*Volkskrant*-journaliste Charlotte Huisman laakt onder andere

het gebrek aan onderzoek en kennis) en het probleem van de aanvaardbare termijn voor terugplaatsing: als de – nogal korte – termijn voordat het thuis weer op orde is, wordt overschreden, beslist de rechter in de regel dat de kinderen niet meer terug naar huis kunnen. Hier voert de rechter een beleid. De Hoge Raad sprak uit dat als je geen bezwaar had gemaakt tegen de forfaitaire spaartaksheffing op vermogen, je geen recht op compensatie hebt. Maar is dat niet raar? Ja, vindt de staatssecretaris kennelijk, want misschien komt er alsnog een spaartakscompensatie voor spaarders die geen bezwaar hadden gemaakt tegen de heffing op vermogen in box 3; of hij vreest nieuwe procedures. De rechter moet ook de redelijkheid en billijkheid in acht nemen, niet alleen in het civiele recht, ook in het bestuursrecht. Wat betekent dat als de rechter die toepast op het gedrag van de overheid? Er is immers onvoldoende budget, er zijn onvoldoende verpleeghuizen, er zijn te weinig handen aan de bedden, er zijn geen opvangplaatsen en tot het onmogelijke is niemand gehouden.

Er zijn, ik volg nog steeds de krant van zaterdag 5 november 2022, ook spanningen tussen regels en die werken door in de interpretatie ervan door de rechter. Maxim Februari schrijft in *NRC* over de kwestie ‘vrouw van’ (een IS-strijder) of ‘moeder van’ (een kind door een IS-strijder verwekt). Als vrouw die is meegegaan met een strijder is zij zelfstandige verdachte (en wordt zij hierheen gehaald omdat de strafrechter anders haar zaak niet behandelt en de zaak verjaart). Kun je nog twisten over de rol van huisvrouw, de rechter vond dat die rol ondersteunend is. Als in die geest de overheid een ‘echtgenote van’ als ongewenst vreemdeling wil beschouwen, vindt de Raad van State echter dat de belangen van het kind moeten worden meegewogen en ziet hij haar als ‘moeder van’.¹ Maar open is nog of Europese staten verantwoordelijk zijn voor het waarborgen van de kinderen van Europese ouders daar. Het Europees Hof vindt van niet. Tot zover Februari. Wat de rechter ook besliste, en de verschillen zijn flink, het was immer een beslissing met grote beleidsmatige (en politieke) gevolgen. De macht van de rechter lijkt wel behoorlijk groot.

En dan is er Folkert Jensma. In zijn rubriek ‘Recht & Onrecht’ in *NRC* (een rubriek die ik met plezier en veelal met instemming lees) gaat hij in op het gedrag van de staat: die komt regelmatig niet opdagen in gerechtelijke procedures en negeert dwangsommen die de rechter opzegt; die beginnen op wachtgeld voor burgers te lijken. Wat kan de bestuursrechter dan nog doen?, is zijn vraag. Het zijn procedures waarin de overheid in haar rechtsstatelijke rol vastloopt, niet meer ter zitting verschijnt, zaken verliest, de termijnen niet haalt, en soms op voorhand aan burgers al meedeelt dat een eventueel

1 Nadia Ismaili (N. Ismaili, *Who ares for the child? Regulating custody and access in family and migration law in the Netherlands, the European Union and the Council of Europe* (diss. Amsterdam VU), 2019) zag als resultaat van haar onderzoek dat rechters, het EHRM én nationale rechters, in gewone familiezaken het belang van het kind voorop stellen maar in familiale migratiezaken juist het belang van de staat; verslag K. Geertsema, Stichting Migratierecht Nederland 2019.

vonnis van de rechter niet zal worden uitgevoerd. Hij geeft er een aantal cijfers bij. Daarnaar gevraagd denkt de rechter dat hij weinig kan doen aan die houding van de overheid. In ons systeem toetst de rechter slechts, hij mag niet zelf beslissingen nemen. Hier lijkt de macht van de rechter toch weer minder groot.

Achter deze voorbeelden uit de krant van een dag verschijnt een spanning tussen de overheid als wetgever, de overheid als uitvoerder en de overheid als rechter. Het is het spanningsveld van de drie hoofdrolspelers van de democratische rechtsstaat, het zijn de verhoudingen binnen de trias politica. Zoals in elke driehoek bestaan er spanningen tussen de drie betrokkenen. In het geval van deze driehoek zit de spanning bijvoorbeeld hierin dat de wetgever vooruit kijkt, de uitvoerder of bestuurder naar het nu en de komende twee jaar kijkt, en de rechter terugkijkt. Dat zijn drie heel verschillende perspectieven, los van alle beleidsmatige en financiële aspecten. De drie zitten elkaar in de weg en tegelijkertijd hebben ze elkaar nodig. De rechter heeft de wetgever nodig voor de regels, de uitvoerder heeft de wetgever nodig voor zijn bevoegdheden, de wetgever heeft de uitvoerder nodig om de regels die hij maakt uit te voeren en toe te passen, de wetgever en de bestuurder hebben de rechter nodig om conflicten over of rond die regels te beslechten en zo de maatschappelijke rust te bewaren. Die wettelijke regels zijn er, kortweg, voor wat volgens de wetgever in het algemeen belang is maar het probleem van regeren en dus wetgeven is dat de wetgever problemen die zich voordoen of mogelijke problemen goed moet kunnen duiden én vooruit móet zien, per definitie. Dat is een oud adagium en dat is lastig genoeg want vooruitzien is maar mondjesmaat mogelijk. Ik vermoed wel dat sprake is van een wetgever die te veel wil en te veel denkt te kunnen, een overheid die het gunstigste scenario als beleidstheorie kiest, ministers die te veel beloven. Dat heeft te maken met het wetgevingsproces, het kabinet moet zijn wetsvoorstellen door het parlement loodsen, en dat met onze politieke cultuur van grote woorden, grote beloften, ingaan op alle geluiden vanuit de samenleving; niet afwegen maar optellen. Dat levert, zoals bekend, de nodige spanning op met de uitvoering van die regels. Die uitvoering kan bij schaarste lang niet altijd leveren. Het bestuur heeft ook last van de rechter, die wordt soms een hinderpaal gevonden; zo zag de commissie-Van Kemenade het destijds al. En jaren daarvoor was het Kamerlid Thierry Baudet al heel uitgesproken over de verhoudingen binnen de trias: in Nederland was sprake van een dikastocratie.² De rechter kan op zijn beurt ook met de spanning worden geconfronteerd, wordt daarmee geconfronteerd, zoals al bleek.

Henk Naves, voorzitter van de Raad voor de rechtspraak, keek naar andere betrokkenen: de wetgever stelde onmogelijke eisen aan de rechter, de overheid

2 Ik schreef in mijn *Denken en denkers over wetgeving* dat de term ‘dikaïocratie’ beter zou zijn (noot 281). Dat was taalkundig onjuist omdat in het Grieks de rechter de *dikastès* is, en *dikaïos* voor de gerechtigheid staat. Bij deze hersteld.

gaf onvoldoende middelen voor een behoorlijke rechtspraak, de burger was strijdlustiger geworden.³ Zo althans viel te lezen in een interview met hem in NRC van 17 januari 2023, overigens wel na 5 november 2022.

In november 2022 was het nog nieuwsgierigheid die mij ertoe bracht studie te maken van de positie van de rechter. In november 2023 kreeg die nieuwsgierigheid een andere lading. Op 22 november 2023 won Geert Wilders met zijn PVV de verkiezingen, ruim. Velen vreesden de risico's daarvan voor de rechtsstaat. Ik hoorde en hoor daartoe en dacht aan wat hij over de Islam en Islamieten zegt, over de pers; ik denk aan de buitenlandse vrienden van Wilders: Poetin en Orban en hun vriend Jaroslaw Kaczynski en wat hun regeringen betekenden voor de positie van de rechterlijke macht. En ik denk aan de minachting waarmee hij de rechterlijke macht als een D66-bolwerk kwalificeerde – zelfs als het empirisch juist zou zijn,⁴ is het suggestief –, aan zijn uitspraak dat het terecht is als miljoenen Nederlanders geen vertrouwen meer in de rechtspraak hebben als hij veroordeeld zou worden wegens haat zaaien en aanzetten tot discriminatie.⁵ Ik raakte die maand november 2023 in een, om zo te zeggen, soort intellectuele crisis: hoe moest ik nu denken over de macht van de rechter en de rechterlijke macht? Moest ik mijn aarzelingen bij de macht van de rechter delen met Baudet en Wilders? Wat betekent een PVV-beleid voor de positie van de rechter, moest (en kon) die de rechtsstaat gaan beschermen bij gebrek aan een inclusieve en empathische wetgever? Dat was een reden temeer om door te gaan met dit onderwerp. Drie vragen stonden daarbij centraal:

- a. hoe heeft de rechtspraak zich in de loop der jaren ontwikkeld ofwel: wat valt van de macht van de rechter te zeggen vanuit een historisch perspectief, niet alleen de macht in individuele zaken maar ook die als overheidsfunctie?
- b. Hoe staat het met de macht van de rechter en de rechtspraak in deze tijd, is die inderdaad zo groot als wordt beweerd?
- c. Wat is de wenselijke positie van de rechter en de rechtspraak in deze tijd?

Dit boek is het verslag van dat onderzoek.

3 Er zijn meer driehoeken mogelijk: wetgever-bestuurder-rechter, maar bijvoorbeeld ook bestuurder-burger-rechter.

4 Dat was het resultaat van een enquête van het toen nog weekblad *Vrij Nederland* (1991). In een *NJB*-onderzoek tien jaar later bleek dat rechters voor het merendeel gematigd links stemden, maar het D66-aandeel was inmiddels al sterk verminderd (Huls 2004, p. 22). Overigens constateerde De Groot-van Leeuwen (1991, p. 112) dat er *relatief* veel rechters stemden op VVD (33% tegen 15% van de bevolking) en D66 (18% tegen 5%), en relatief weinig op de PvdA (18% tegen 28%). Als geheel zag zij de rechterlijke macht als een vrij behoudend bolwerk. In 2008 waren D66 en de PvdA weer de voorkeurspartijen (Husken & Lensink 2014, p. 19).

5 Hij werd in 2020 veroordeeld wegens groepsbelediging, een arrest dat in cassatie in stand bleef (HR 6 juli 2021, ECLI:NL:HR:2021:1036).

1.2 METHODOLOGISCHE OPMERKINGEN

a. *Bias*

Laat ik beginnen met een bekentenis zodat de lezer mijn bias kent: ik was nooit zo onder de indruk van de rechterlijke macht als zodanig. Ik ergerde me aan rechters die uitspraken dat zij geen politieke uitspraken deden – dat doen zij natuurlijk wel. Zij bevestigen een maatschappelijke toestand, hun uitspraken hebben politieke gevolgen of kunnen die gemakkelijk hebben. Dat is niet erg, maar zie het ten minste onder ogen. Ik ergerde me aan de diversiteit in de uitspraken. Het kan niet anders, maar in de literatuur was ik toch wel erg opmerkelijke verschillen in interpretatie van de wet tegengekomen. Joachimus Fockema Andreae had daar begin van de twintigste eeuw al op geattendeerd. En ook hadden rechters toen, zoals H.L. Drucker⁶ bijvoorbeeld liet zien, Romeinsrechtelijke regels als grond voor hun beslissing gegeven terwijl die regels nooit in het Romeins recht hadden bestaan en het Romeinse recht hier al lang niet meer gold. Misschien is de oplossing eenvoudig: ze moesten een knoop doorhakken en voor de geloofwaardigheid wordt dan iets aangevoerd dat deftig lijkt en moeilijk controleerbaar is. En mijn ervaringen met het optreden van de rechterlijke macht in twee zaken die ik van nabij meemaakte, hebben niet bijgedragen aan bewondering van althans die rechters. Wat niet wegneemt dat ik in de loop der tijd met de nodige rechters heb gesproken, vaak tot genoegen.

‘Wereldvreemd, arrogant, onzichtbaar. Maar ook gewetensvol, vertrouwen-wekkend, maatschappelijk betrokken. En kwetsbaar.’ Dat waren typering van ‘de rechterlijke macht’ die Miek Smilde (2023, p. 11) optekende uit de monden van bestuurders, wetenschappers, advocaten, of journalisten. Het zijn typering die ik alle herken en die alle wel enige grond zullen hebben als het om individuele rechters gaat: er waren en zijn er veel en elke rechter kan bij tijden verschillende attitudes hebben; de rechterlijke macht als zodanig is echter een abstractie.

Een andere bias kan voortkomen uit mijn werkzame verleden. Ik was als rijksambtenaar en wetenschapper betrokken bij onderzoek naar ‘de rechtspleging’, bij het ontwikkelen van ‘beleid’ en vooral bij wetgevingsvraagstukken. Ik ken de partijen van de trias

6 In ‘Latijnsche rechtsregels in de Nederlandsche rechtspraak’, R.M. 1902. Hendrik Lodewijk Drucker (1857-1917) was een vooraanstaande rechtsgeleerde, van 1882 tot 1894 hoogleraar Romeins recht, eerst in Groningen en later in Leiden; hij werd daarna fractievoorzitter van de Vrijzinnig Democratische Bond in de Tweede Kamer, maar bleef rechtsgeleerde artikelen schrijven. Ik schreef een biografie van hem en hij zal (dus) af en toe opduiken in dit boek.