

Dilemma's van de rechtsstaat co-referaat M.A. Heldeweg 3 oktober 2006

Uit de tekst van Knigge

De rol en positie van de rechterlijke macht, meer in het bijzonder die van Hoge Raad in de rechtsstaat, een en ander toegespitst op de strafrechtspleging.

De positie van de Hoge Raad staat ter discussie en wellicht moeten ingrijpende keuzen worden gemaakt.

Kern rechtsstaat (rule of law) en betekenis van de HR daarin

Vorige week heb ik, n.a.v. Buruma, enkele opmerkingen gemaakt over de verschuiving die ik o.i.v. de verzorgingsstaatgedachte meen te zien in het denken over de rechtsstaat. Het betreft dan de verschuiving van waarborgen dat de overheid zich aan het recht houdt naar waarborgen, door de overheid, dat burgers zich aan het recht houden. In die laatste invulling (kortweg, de rechtsstaat als overheidsplicht tot rechtshandhaving) heb ik proberen aan te geven, dat als de druk op de overheid al te zeer de vorm aanneemt van individuele aanspraken en claims, we moeten vrezen dat de overheid die druk niet aan zal kunnen. Ik denk dat dit aansluit bij wat Knigge, meer specifiek voor de rechter, heeft gezegd over de verschuiving van regel- naar belangenjurisprudentie. Ik blijf er bij dat het gevaar is dat de overheid, en dan bedoel naast de rechter ook wetgever en bestuur, die druk niet aan kan en dat het systeem eigen lijk zal ontaarden, doordat:

- processen van formalisering optreden (de pv's voor snelheidsovertredingen op ongevaarlijke plaatsen of de kop-staartvonnissen, zonder echt overtuigende motivering);
- processen van omkering optreden (controle op het doen en laten van burgers wordt ten koste van privacy van burgers enorm opgeschroefd om veiligheid te kunnen waarborgen), en
- processen van privatisering, in de ruime zin van het woord, optreden (doordat sommigen, die zich het kunnen permitteren, veiligheid privé gaan inkopen, of doordat anderen via eigenrichting trachten meer veiligheid te verwerven).

Mijn voorlopige antwoord was dat we vooral langs de lijn van het politieke primaat over rechtshandhaving meer moeten investeren in mechanismen van collectieve verantwoording voor de keuze van doelen en middelen omdat anders sluipenderwijs het systeem verder ontaardt..

Knigge geeft een mooie, want Britse vertaling van de rechtsstaatidee als een staat waarin de 'rule of law' heerst. In goed Nederlands: Alleen het recht heerscht over ons. En tot 'ons' rekenen we dan zowel particulieren als overheden. Ik heb natuurlijk geen enkel bezwaar tegen die redenering, mits daarin niet het automatisme steekt dat we de overheid al te makkelijk gelijk gaan behandelen als een particulier, want de overheid is niet gelijk. Enerzijds niet omdat – ik chargeer enigszins – de overheid niets mag, tenzij het is toegestaan (terwijl wij burgers alles mogen, tenzij het ons is verboden). Anderzijds niet omdat we de overheid m.i. vooral moeten blijven aansturen en controleren op basis van collectieve verantwoording. Daarom zie ik meer heil in ministers die moeten aftreden, liefst na verantwoording te hebben afgelegd, dan in strafrechtelijke veroordeling van de overheid (waardoor eigenlijk alleen het nationaal inkomen wat anders over burgers wordt verdeeld) – iets anders zijn natuurlijk strafbare gedragingen van individuele ambtenaren en bestuurders.

Institutioneel zeg ik echter: we lopen vast als de overheid enkel iets mag als alle betrokkenen akkoord zijn, maar ook als we allemaal steeds individueel willen kunnen afrekenen over de effecten die we van overheidshandelen of het uitblijven daarvan hebben ondervonden.

Dat de Hoge Raad als hoogste nationale rechter, laat de Raad van State het niet horen – maar zo is het wel, een zeer voorname taak heeft om de 'rule of law' te verankeren is wat mij betreft zonneklaar.

Natuurlijk moet de HR en moeten met hem alle andere rechters veelvuldig ook de open plekken in de wet invullen. Het ongeschreven recht, in de vorm van rechtsbeginselen en grondrechten (want in de kern van de zaak gelden die ook zonder dat ze zijn uitgeschreven), kan daarin aanvullen. Evenzeer natuurlijk kan en moet soms ook het internationale en Europese recht daarin aanvullen, zowel in de geschreven vorm alsook in de ongeschreven vorm, want wij zijn natuurlijk nooit een eiland geweest – daargelaten of de Britse claim daarop hout snijdt – en als er conflicten zijn waarin recht moet worden gevonden, mag de

Europeesrechtelijke inspiratie best meewerken. Feitelijk gebeurt dat inmiddels natuurlijk ook al omdat Europese rechters ook kijken naar het recht dat de verdragspartners gemeen hebben.

Met een activistisch antwoord op een toenemende vraag heb ik geen probleem. Dat we om dat mogelijk te maken, juist vanwege de verzorgende rechtsstaat, ook keuzes zullen moeten maken om het ook voor de rechtspraak praktisch hanteerbaar te houden, is voor mij evenzeer duidelijk.

Wat mij betreft staan bij de spanning (of het dilemma) waarborging van de *rule of law* en praktische hanteerbaarheid, gelet op het door Knigge gestelde, een paar punten voorop, waarmee ik bij wijze van opsomming wil afsluiten:

- Daarin past wat mij betreft het **verlofstelsel**, mits zaken daarvoor wel in twee feitelijke instanties zijn beoordeeld (zeg Rechtbank en Hof). Dan zou de HR moeten kunnen besluiten dat in bepaalde gevallen van cassatieberoep niet in behandeling wordt genomen – gewoon omdat de rechtsvraag met het oog op de rechtsontwikkeling reeds voldoende is beantwoord. (Ik zwijg even over de Europeesrechtelijke complicaties van dit voorstel.) Twee instanties is minimaal, maar moet ook genoeg kunnen zijn.
- Bij een verlofstelsel zou ik wel voelen voor het introduceren van de zogenoemde **dissenting opinion**. Voor de aanvaarding van rechterlijk gezag denk ik dat het goed is dat rechters ook iets meer van hun inhoudelijke debat laten zien. Zeker als de HR in een verlofstelsel bewaker is van de rechtsontwikkeling, in een context waarbij rechtspraak een actieve vorm van rechtsvinding verlangt, lijkt mij zoiets positief. Natuurlijk biedt de conclusie van de AG ook al een blik op het debat, maar ik zou, zonder die conclusie nu weg te willen laten, dat de dissenting opinion iets kan toevoegen.
- Bij de dissenting opinion houd ik wel halt. **Jury-rechtspraak** houd ik niet voor principieel fout, maar in het licht van de debatten over fouten in de rechtspraak heb ik de indruk dat de minimaal benodigde instructie om tot goede bewijsvaststelling te komen en tot een evenwichtige bewijswaardering, veel te hoge eisen stelt en te weinig toevoegt om een investering in een jurysysteem te billijken. De rechtspraak mag zich best wat duidelijker presenteren, zoals met dissenting opinions, maar ook met een aanpak van opleiding en een systeem voor kwaliteitstoetsing, maar om de maatschappij institutioneel in de rechtspraak te plaatsen leidt m.i. eerder tot verlies van kwaliteit en van autoriteit.
- Ik heb vorige keer aangegeven dat ik de instelling van de **Commissie Buruma** niet zie als strijdig met de machtenscheiding. Natuurlijk is het wel zaak dat deze commissie zo werkt dat het niet leidt tot een media-hype. De zorgvuldigheid van de rechtspraak moet wel worden bewaakt. Dat dit zou kunnen leiden tot een herzieningsstelsel buiten de HR om zou ik niet bijvoorbaat afwijzen. Een frisse blik, dus via een onafhankelijke herbeoordeling van herzieningsvoorstellen, kan ik me overigens wel iets voorstellen mits er een goede verankering is in de rechterlijke organisatie en de waarborgen die daaraan verbonden zijn.
- Wat mij betreft wordt **toetsing aan de GW**, in elk geval hoofdstuk 1, de grondrechten mogelijk, zodat alle rechters daaraan net als wat betreft internationaal en Europees verankerde grondrechten direct toepassing kunnen geven. Er zijn wel wat verschillen tussen de nationale en bovennationale regelingen van grondrechten, maar principieel lijkt mij dat geen punt. Overigens blijf ik er wel bij dat geschreven grondrechten rusten op ongeschreven grondrechten. Als iets grondrecht wil heten, moet het eigenlijk zo krachtig zijn, dat het feit of het geschreven is niet meer uitmaakt...
- Intussen maak ik mij wel toenemend zorgen over de **Europese lus**, waarbij een zaak meestal jaren na voltooiing, na jaren, van nationale rechtspraak – waarin Europeesrechtelijke desiderata zijn meegenomen – via uitspraken van het gerecht in eerste aanleg of het Hof van justitie van de EU, dan wel via uitspraken van het EHRM, nog weer een nieuwe wending krijgt. Natuurlijk, beter laat dan nooit, maar erg handig is het allemaal niet. De radicale consequentie moet m.i. niet zijn dat we het dan voortaan maar zonder HR moeten doen, zodat sneller een Europese rechter recht kan spreken. Daarvoor is de HR mij te dierbaar in de bewaking van de nationale rechtsorde, en ik vind

het idee van Scheltema dat nationale rechters de eerstgeroepen zijn om de doorwerking van bovennationaal recht binnen staten te waarborgen daarvoor ook te belangrijk, maar we moeten wel iets. Het wordt waarschijnlijk te technisch om daarvoor allerlei procesrechtelijke variaties, zoals kort gedingachtige voorzieningen te bespreken.