



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Het vereiste van rechterlijke onpartijdigheid en de voorgestelde nieuwe Wet op de Raad van State: mag het een onsje meer zijn?

Barkhuysen, T.

Citation

Barkhuysen, T. (2007). Het vereiste van rechterlijke onpartijdigheid en de voorgestelde nieuwe Wet op de Raad van State: mag het een onsje meer zijn? *Regelmaat: Kwartaalblad Voor Wetgevingsvraagstukken*, 2007(3), 119-127. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/12650>

Version: Not Applicable (or Unknown)

License: [Leiden University Non-exclusive license](#)

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/12650>

Note: To cite this publication please use the final published version (if applicable).

Het vereiste van rechterlijke onpartijdigheid en de voorgestelde nieuwe Wet op de Raad van State: mag het een onsje meer zijn?

1. Inleiding

Naar aanleiding van het bij de Tweede Kamer ingediende voorstel tot wijziging van de Wet op de Raad van State in verband met de herstructurering van de Raad is mij gevraagd kritisch te bezien of het vereiste van rechterlijke onpartijdigheid, zoals onder meer gewaarborgd in artikel 6 EVRM, daarin wat betreft de Afdeling bestuursrechtspraak voldoende bescherming geniet.¹ Deze opdracht heb ik graag aangenomen, temeer omdat deze goed aansluit bij mijn eerdere betrokkenheid bij deze kwestie als advocaat van de klagers in de zaak van *Kleyn e.a. t. Nederland*, die juist betrekking heeft op de vraag of de huidige Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State kan worden beschouwd als een onafhankelijke en onpartijdige rechter in de zin van artikel 6 EVRM.² Tegelijkertijd betekent mijn betrokkenheid als advocaat in deze zaak dat ik hier strikt genomen geen oordeel kan geven als objectieve, zo u wilt, onpartijdige, wetenschapper, maar het wetsvoorstel kritisch bezie vanuit deze eerdere betrokkenheid.

De dag waarop het symposium plaatsvond in welk kader ik de lezing gaf – waarvan

deze bijdrage een uitwerking is – was de dag van de Tweede Kamerverkiezingen van november 2006 en de vaste vergaderdag van de Volle Raad (van State). Dat was enerzijds ongelukkig en anderzijds gelukkig te noemen. Ongelukkig omdat de verkiezingen de aandacht van het zeer belangrijke onderwerp van dit symposium enigszins afleidde en ook de afwezigheid van de leden van de Volle Raad was te betreuren nu zij daardoor niet aan de discussie konden deelnemen. De gunstige kant was dat hun afwezigheid de mogelijkheid bood om nog vrijer te spreken. Verder leverden de verkiezingen nieuwe parlementaire verhoudingen op, in welk kader wellicht nog het een en ander zal worden gewijzigd in het thans voorliggende wijzigingsvoorstel van de Wet op de Raad van State. En dat laatste is, om maar meteen met de deur in huis te vallen, naar mijn oordeel nodig.

Wat betreft de waarborging van de rechterlijke onpartijdigheid – toch een van de al dan niet bijkomende doelstellingen van het wetsvoorstel – is het huidige wetsvoorstel namelijk weliswaar een stap in de goede richting, maar gaat het nog niet ver genoeg.

* Prof. mr. T. Barkhuysen is hoogleraar staats- en bestuursrecht aan de Universiteit Leiden en advocaat te Amsterdam. Deze bijdrage is een uitwerking van een lezing gegeven op 22 november 2006 tijdens een symposium van de Vereniging voor Wetgeving en Wetgevingsbeleid, de Academie voor Wetgeving en het Kenniscentrum Wetgeving over wetgevingsadvisering in het licht van de nieuwe Wet op de Raad van State en is afgerond op 21 maart 2007. Zie ook de bijdrage van J.M. Polak naar aanleiding van het symposium, 'De wetgevingsadvisering door de Raad van State', *NJB* 2007, p. 281-282.

1. Het gaat om het op 6 juni 2006 ingediende wetsvoorstel (*Kamerstukken II* 2005/06, 30 585, nr. 1-3 met daarbij gevoegd als nr. 4 het advies van de Raad van State over het wetsvoorstel).
2. EHRM 6 mei 2003, *Kleyn e.a. t. Nederland*, *AB* 2003, 211 m.nt. Verhey & De Waard, *JB* 2003, 119, m.nt. Heringa, *EHRC* 2003, 54 m.nt. Gerards, *M&R* 2003, 74 m.nt. AF, *NJCM-Bulletin* 2004, p. 723 e.v. m.nt. Reestman en Van der Vlies.

Positief is dat het wetsvoorstel er – mede naar aanleiding van de niet-onkritische uitspraak van het EHRM in de zaak *Kleyn* – in voorziet dat er naast de Afdeling bestuursrechtspraak nu ook een aparte Afdeling wetgeving komt en dat het ook de bedoeling is om, meer dan thans het geval is, te komen tot concentratie van werkzaamheden van de leden van de Raad van State in hetzij de ene, hetzij de andere afdeling. Voorts is positief dat het nu nog alleen als beleidsregel geldende zittingsverbod voor staatsraden die in een functie van adviseur betrokken zijn geweest bij de advisering over wetsvoorstellen waarbij rechtsvragen aan de orde komen die terugkomen in een voorliggende zaak voor de Afdeling bestuursrechtspraak, volgens het voorstel ook expliciet in de wet wordt opgenomen. Artikel 42 lid 4 van het wetsvoorstel bepaalt dat een lid van de Afdeling bestuursrechtspraak die betrokken is geweest bij de totstandkoming van een advies van de Raad, niet aan de behandeling van een geschil deelneemt als het gaat om ‘een zaak waarop het advies betrekking had’. Uit de memorie van toelichting en de reactie van de regering op het advies van de Raad van State over het wetsvoorstel blijkt dat daarbij met ‘zaak’ wordt bedoeld ‘rechtsvraag’ en verder dat om uit te maken of daarvan sprake is en aldus het zittingsverbod wordt geactiveerd, het criterium ‘dezelfde zaak’/– ‘dezelfde beslissing’ c.q. ‘same case’/‘same decision’ uit de EHRM-uitspraak *Kleyn* moet worden gehanteerd.³

Kritiek verdient echter het feit dat het wetsvoorstel nadrukkelijk in de mogelijkheid voorziet – of beter: blijft voorzien – tot het gelijktijdig door één persoon vervullen van de adviserende en de rechtsprekende functie. Naar mijn oordeel had moeten worden gekozen voor een volledige personele scheiding met een expliciete verschoningsregeling voor staatsraden die volgtijdelijk overstappen van de ene naar de andere afdeling (een mogelijkheid waarin het onderhavige wetsvoorstel ook voorziet). Een en ander in navolging van

België, dat een dergelijke scheiding reeds vele jaren kent en die daar naar tevredenheid functioneert. Een nog beter voorbeeld zou zijn Luxemburg, dat in vervolg op de *Procola*-uitspraak van het EHRM ervoor heeft gekozen de rechtsprekende functie geheel weg te halen bij de Raad van State en onder te brengen in een apart hoogste bestuursrechtelijk college.⁴

Deze kritiek wordt ook niet weggenomen door het feit dat het wetsvoorstel, onder verantwoordelijkheid van Hirsch Ballin als nieuwe minister van Justitie (na het aftreden van Donner) door een nota van wijziging is aangepast, in die zin dat het maximumaantal leden van de grondwettelijke Raad van State is verlaagd naar tien, waar dat eerst twintig was (buiten de Koning als voorzitter, overige koninklijke leden en de vice-president). Zij zullen volgens het gewijzigde voorstel worden aangeduid als ‘lid van de Raad van State’. De leden van de afdelingen van de Raad die niet tevens lid zijn van deze grondwettelijke Raad, worden ‘staatsraad’ genoemd. Daarmee komt de aanduiding ‘staatsraad in buitengewone dienst’ – die kennelijk als minder passend wordt ervaren – te vervallen voor de staatsraden die slechts één taak uitoefenen, hetgeen een belangrijke reden vormde voor de wijziging van het wetsvoorstel (deze aanduiding wordt nog slechts gebruikt voor staatsraden zonder ‘vaste deeltaak’).⁵ De wijziging zou volgens de toelichting los van de voorgaande redenen ook het gevolg zijn van de kritische ontvangst van het originele voorstel in de Tweede Kamer. Dat laatste is bij lezing ervan echter veel minder evident, nu deze kritiek veelal juist verband hield met de uiterlijke schijn van onpartijdigheid, maar de wijziging van de functiebenamingen daaraan niets verandert.

Het gewijzigde voorstel brengt blijkens het voorgaande dus geen verandering in de principiële mogelijkheid van dubbelfuncties, waarmee mijn kritiek blijft staan. Kritiek die overigens ook in de Kamer door diverse fracties is geuit. Het wetsvoorstel

3. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 585, nr. 3, p. 6–7 en nr. 4, p. 4.

4. Vgl. A.J. Bok, ‘Procola – ook elders in Europa een probleem?’, *NTB* 2002, p. 261–272.

5. *Kamerstukken II* 2005/06, 30 585, nr. 7 (d.d. 22 december 2006). Met deze nota van wijziging is eveneens de mogelijkheid geschrapt om in ‘bijzondere gevallen’ af te wijken van de regel dat alleen juridisch geschoolde leden van de Raad van State deelnemen aan de rechtsprekende taak.

zoals dat nu luidt, lijkt ruimte te laten voor dubbelfuncties voor zowel 'leden van de Raad van State' als 'staatsraden'. Daarmee is het aantal personen met een dubbelfunctie bovendien (nog steeds) niet expliciet gemaximeerd, hoewel de toelichting wel uitgaat van een 'concentratie' van het aantal personen dat (ook) is belast met advisering. Wat onder dat laatste moet worden verstaan, is echter niet duidelijk, hetgeen meteen al een nader punt van kritiek impliceert.

Mijn oordeel over het wetsvoorstel zal ik hierna puntsgewijs toelichten en van argumenten voorzien. Uitgangspunt daarbij zal zijn het zo veel mogelijk wegnemen van twijfel over de onpartijdigheid van de Afdeling bestuursrechtspraak conform de eisen van artikel 6 EVRM, waarbij vooropstaat dat deze eisen slechts Europese minimumgrenzen aangeven en dat zo nodig op nationaal niveau meer bescherming kan worden geboden dan strikt (juridisch) noodzakelijk is op grond van dit verdragsartikel.⁶ Vooropgemerkt zij nog dat het hier gaat om een uitwerking van een tekst van een lezing die vooral is bedoeld discussie over het onderwerp uit te lokken. Afgezien is van uitvoerige bronvermeldingen.⁷

2. Criterium 'dezelfde zaak' c.q. 'beslissing': principieel niet geschikt als advies- en rechtspraakcumulatie

In navolging van de opvatting van de meerderheid van de rechters in de zaak *Kleyn* is er in het wetsvoorstel voor gekozen persoonlijke functiecombinaties van advies en rechtspraak mogelijk te blijven maken, maar een persoonlijk zittingsverbod op te nemen voor staatsraden die rechtspreeken in zaken waar 'dezelfde zaak' of 'dezelfde beslissing' speelt als in de ad-

viesfase. Naar mijn oordeel is dit criterium echter principieel niet geschikt als het gaat om advies- en rechtspraakcumulatie. Zoals ook blijkt uit de *dissenting opinion* van Thomassen in de zaak *Kleyn*, werd dit criterium in het verleden alleen gebruikt om de geoorloofdheid van opeenvolgende *rechterlijke* betrokkenheid bij een zaak te beoordelen. Daarin was het hof relatief ruimhartig (voor de Staat): alleen als het ging om daadwerkelijk dezelfde zaak of dezelfde beslissing, werd opeenvolgende betrokkenheid van dezelfde rechter onder artikel 6 EVRM niet toegestaan, waarbij het criterium ook nog eens beperkt werd uitgelegd. Er was, met andere woorden, niet snel sprake van eenzelfde zaak of eenzelfde beslissing. Naar mijn oordeel is opeenvolgende betrokkenheid bij een zaak voor iemand met louter een rechterlijke functie iets anders dan opeenvolgende betrokkenheid in eerst een adviserende en daarna een rechtspreekende functie. Dit geldt temeer wanneer dit wordt benaderd vanuit het perspectief van de rechtzoekende: onder artikel 6 EVRM gaat het om het voorkomen van objectief gerechtvaardigde twijfel aan de onpartijdigheid van een bij een geschil betrokken rechter. Als adviseurs staan staatsraden in een andere verhouding tot de wetgever en de uitvoerende macht dan de rechter. Vergelijk in dit opzicht bijvoorbeeld artikel 22 van de huidige Wet op de Raad van State, waarin de algemene mogelijkheid is voorzien tot overleg van de Raad met een betrokken minister. Een dergelijke bepaling treffen we niet aan ten aanzien van rechters. Daar komt nog eens bij dat staatsraden in hun adviesfunctie ook meer politiek-beleidsmatige aspecten belichten, hetgeen in hun rechterlijke functie niet aan de orde is. De Raad van State kan in zijn functie als wetgevingsadviseur dus niet worden vergeleken met een onafhan-

6. Vergelijkbare kritiek is te vinden in het na afronding van het genoemde symposium verschenen artikel van A.J. Bok, 'De Raad van State gereorganiseerd', *NJB* 2007, p. 266-272, waarin bovendien het wetsvoorstel in bredere zin wordt geanalyseerd.

7. Zie met nadere verwijzingen o.m. de bijdragen van Brenninkmeijer, Drupsteen, Lawson en Zijlstra naar aanleiding van de *Kleyn*-uitspraak in *NTB* 2003, nr. 10; L.F.M. Verhey, 'De toekomst van de Raad van State: het einde van de Procola-krimp?', in: A.W. Heringa e.a. (red.), *Het bestuursrecht beschermd (Stroink-bundel)*, Den Haag: Sdu Uitgevers 2006, p. 17-32; T. Barkhuysen, 'Verschaft de Bailiff van Guernsey duidelijkheid over de betekenis van het Procola-arrest?', *NJCM-Bulletin* 2000, p. 977-988. Zie in algemene zin over art. 6 EVRM en rechterlijke onpartijdigheid: M. Kuijer, *The Blindfold of Lady Justice* (diss. Leiden), Leiden: Nijmegen: Wolf Legal Publishers 2004.

kelijke, onpartijdige instantie als bedoeld in artikel 6 EVRM, hetgeen te meer geldt als daarbij wordt betrokken dat volle staatsraden mede op basis van hun politieke achtergrond worden geselecteerd. Daaraan doet niet af het feit dat de Raad van State op onafhankelijke basis adviseert. Thomassen wijst er daarbij in haar reeds genoemde *dissenting opinion* terecht op dat als het criterium van 'dezelfde zaak'/'dezelfde beslissing' al gehanteerd zou mogen worden ten aanzien van een cumulatie van advies en rechtspraak, er ten minste een zeer strenge toets moet plaatsvinden en sneller dan in het verleden in de jurisprudentie over opeenvolgende rechterlijke betrokkenheid moet worden aangenomen dat het gaat om dezelfde zaak of dezelfde beslissing.

Ik zou zelfs nog een stap verder willen gaan met de stelling dat het criterium eigenlijk in het geheel niet geschikt is ter voorkoming van het ontstaan van de objectief gerechtvaardigde schijn van partijdigheid in geval van cumulatie van advies en rechtspraak door één persoon. Daarmee komen we bij mijn meer fundamentele kritiek op de meerderheidsuitspraak in de zaak *Kleyn* en mijn reden om ervoor te pleiten dat de Nederlandse wetgever de daarin gekozen lijn niet zonder meer zou moeten volgen. Onder artikel 6 EVRM moet worden uitgesloten dat de rechtzoekende op redelijke, objectief gerechtvaardigde gronden kan twijfelen aan de onpartijdigheid van de bij beslechting van een geschil betrokken rechter. Naar mijn oordeel geeft een institutionele combinatie van taken als bij de huidige Raad van State en als ook nog voorzien in het thans voorliggende wetsvoorstel, aanleiding voor een dergelijke twijfel. Corstens gaf dit probleem in het *Nederlands Juristenblad* ongeveer als volgt weer: welke indruk krijgt een bij een geschil betrokken justitiabele wanneer hij van de beslechting voor zijn geschil met de overheid uiteindelijk in laatste instantie terecht komt bij een instantie die tevens de belangrijkste adviseur is van diezelfde overheid?⁸ Naar mijn oordeel is het vanuit de perceptie van de rechtzoekende ter zake van de objectieve onpartijdigheid al lastig twijfels te voorkomen als gevolg

van de institutionele vermenging van taken binnen de Raad van State, nog lastiger is het om twijfels te voorkomen wanneer binnen die Raad ook persoonlijke functievermenging als uitgangspunt is toegestaan met als uitzondering kwesties waarin het gaat om 'dezelfde zaak' of 'dezelfde beslissing'. Vanuit de perceptie van de rechtzoekende is dit verschil gekunsteld en de op dit verschil gebaseerde norm kan ook niet voldoende precies worden geformuleerd, waarmee de rechtszekerheid in het geding is. Mijn voorkeur zou daarom uitgaan naar de meer principiële benadering die kan worden gevonden in de *dissenting opinions* in de zaak *Kleyn*, en die resulteert in een persoonlijke en liefst ook institutionele functiescheiding. Het gaat daarbij namelijk om het vertrouwen in de rechter en dat is essentieel in een rechtsstaat.

3. Criterium 'dezelfde zaak' c.q. 'beslissing': praktisch moeilijk implementeerbaar

Het thans in het wetsvoorstel gehanteerde verschoningscriterium zal in de praktijk ook leiden tot vele lastige interpretatievragen en daarmee tot veel nadere nationale jurisprudentie en mogelijk ook procedures in Straatsburg over de vraag wanneer er nu daadwerkelijk sprake is van dezelfde zaak of dezelfde beslissing. De zaak *Kleyn* bewijst dat eigenlijk al. In deze zaak waren klagers van mening dat sprake was van dezelfde zaak en zij stelden dat de Raad van State in de adviesfase met betrekking tot de Tracéwet eigenlijk al (impliciet) een instemmend oordeel had gegeven over de aanleg van de Betuweroute. Dit leidden zij af uit het geheel van de advisering. In de toelichting bij het wetsvoorstel inzake de Tracéwet werd de Betuweroute genoemd als van groot nationaal belang en de Raad van State adviseerde positief over de invoering van het wetsvoorstel en over het feit dat de wet terugwerkende kracht zou hebben, zodat de aanleg van de Betuweroute op basis daarvan zou kunnen worden versneld. Dit terwijl de klagers juist daartegen waren gekant. In deze stelling worden ze gevolgd door EHRM-rechter Thomassen en de andere *dissenters*. Maar de meerder-

heid van het hof is het daarmee niet eens en stelt dat het gaat om verschillende zaken en om verschillende beslissingen. Volgens de meerderheid is de Tracéwet een wet met louter procedurele regelingen en wordt pas in een Tracébesluit het precieze tracé vastgelegd. Rechter Ress constateert in zijn *concurring opinion* dat het door de meerderheid gehanteerde criterium nog verheldering behoeft, en doet een poging deze te bieden, maar slaagt daarin ook niet echt.

Daar komt nog bij dat het in de praktijk uiterst moeilijk is om de vele bij de Afdeling bestuursrechtspraak binnenkomende zaken op een adequate wijze te toetsen, zelfs wanneer het criterium wel helder zou zijn. Zeker niet uitgesloten kan worden dat daarbij fouten worden gemaakt. Dit blijkt ook wel uit de praktijk bij de Raad van State, en de gang van zaken rond, bijvoorbeeld, de zaak *Woonbron*, waarin het ging om de zogenoemde Bruteringswet.⁹ Op grond van deze wet werden langlopende subsidies aan woningcorporaties in één keer afgekocht, waarbij naar hun oordeel de betrokken corporaties een financieel nadeel zouden lijden. Om deze reden dienden de corporaties ten tijde van de advisering over het wetsvoorstel bij de Raad van State een rekest in en stelden zich daar op het standpunt dat wanneer het wetsvoorstel van kracht zou worden, daarmee een onrechtmatige inbreuk op hun eigendomsrecht van artikel 1 van het Eerste Protocol bij het EVRM zou worden gemaakt. De Raad van State adviseerde – desalniettemin – positief, waarna de wet in werking trad. Vervolgens werden er op basis van deze wet bruteringsbeschikkingen genomen, die uiteindelijk in hoogste instantie door de betrokken corporaties bij de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State werden aangevochten. Op dat moment gold, naar eigen zeggen van de Raad van State, reeds het beleid om *Procola*-risico's uit te sluiten en zaken waarin dezelfde vragen aan de orde zouden zijn, zowel in de rechtspraakfase als in de adviesfase, over te laten aan niet bij het advies betrokken staatsraden. Desalniettemin kan in de zaak *Woonbron* worden geconstateerd

dat daar twee staatsraden zitting namen in de betrokken kamer van de Afdeling bestuursrechtspraak, die nadrukkelijk wel betrokken waren bij de advisering over het wetsvoorstel. Dergelijke fouten zijn ook te verwachten wanneer het – destijds reeds als beleid geldende – zittingsverbod in de toekomst in de nieuwe Wet op de Raad van State is opgenomen.

Om het criterium een goede toepassing te geven, moet binnen de Raad van State bij elke zaak actief onderzoek plaatsvinden naar vragen als:

- welke wetsbepalingen in de procedure aan de orde zijn;
- wanneer de Raad van State daarover heeft geadviseerd;
- welke staatsraden destijds deel uitmaakten van de Raad en betrokken waren bij het advies;
- hoe het advies destijds luidde;
- hoe zich dat verhoudt tot de voorliggende zaak.

Daarbij kunnen fouten niet worden uitgesloten, zoals reeds bleek uit het hiervoor gegeven voorbeeld van de zaak *Woonbron*. Bovendien – en dat is nog veel belangrijker – is het voor de rechtzoekende (vaak procederend zonder professionele rechtsbijstand) vrijwel onmogelijk om goed te controleren of zich een niet-toegestane persoonlijke functievermenging voordoet, temeer nu vaak pas relatief kort voor de zitting bekend wordt welke staatsraden de zaak behandelen. Het indienen van een goed onderbouwd wrakingsverzoek is gellet daarop niet eenvoudig, terwijl een praktijk van 'preventieve', weinig onderbouwde wrakingsverzoeken waartoe een en ander aanleiding zou kunnen geven, tegelijkertijd niet wenselijk lijkt.

4. De discussie zal niet ophouden

Een volgende reden om een stap verder te gaan dan de regering thans voorstelt en te voorzien in een daadwerkelijke personele functiescheiding, is dat naar mijn oordeel de kans heel groot is dat de discussie over de onpartijdigheid van de Afdeling bestuursrechtspraak niet zal stoppen, wan-

9. EHRM 18 juni 2002, *Woonbron* e.a. t. Nederland (ontv. besl.), EHRC 2002, 65 m.nt. Heringa.

neer de minimale benadering van de regering zal worden gevolgd. Dat blijkt reeds uit de argumenten die hiervoor de revue zijn gepasseerd. Er zal discussie blijven over de vraag of niet toch een principiëlere benadering zal moeten worden gekozen, en er zal discussie blijven bestaan over de implementatie van het criterium 'dezelfde zaak'/'dezelfde beslissing'. Daar komt nog eens bij – zoals Luc Verhey en Boudewijn de Waard ook aangeven in hun aangehaalde *AB*-noot bij de zaak *Kleyn* – dat de uitspraak inzake *Kleyn* ook nog ruimte biedt voor een nadere ontwikkeling en misschien toch nog geen definitieve principiële goedkeuring inhoudt van het laten voortbestaan van de personele unie. Daarbij is ook relevant dat vijf van de zeventien bij deze uitspraak betrokken rechters een afwijkend, verdergaand standpunt innamen en, onder verwijzing naar onder meer de scheiding van machten, pleitten voor institutionele dan wel op zijn minst personele scheiding van taken. Ook wat betreft deze kwestie kunnen dus nog klachten volgen in Straatsburg, met als gevolg wederom aanhoudende discussie. Vooralsnog wordt de meerderheidsuitspraak van de Grote Kamer in *Kleyn* echter gevolgd.¹⁰

Deze voortgaande discussie is problematisch juist nu het gaat om het vertrouwen in de rechtspraak en de rechter in de democratische rechtsstaat een steeds belangrijkere rol inneemt (waar burgers minder vertrouwen lijken te stellen in wetgever en bestuur). Vertrouwen – ook in de rechter – komt te voet en gaat te paard. Naar mijn oordeel moet er in dit geval dan ook gebruik worden gemaakt van de mogelijkheid om meer bescherming te bieden aan de rechterlijke onpartijdigheid dan strikt genomen op grond van artikel 6 EVRM en de uitspraak inzake *Kleyn* wellicht zou zijn vereist. Artikel 53 EVRM biedt daartoe nadrukkelijk de ruimte en de voorbeelden van België en Luxemburg zijn wat dat betreft navolgenswaardig. Juist als het gaat om vertrouwen in de rechtspraak zou een meer principiële en veilige (het zekere

voor het onzekere nemen) benadering voor de hand liggen. Daarvoor is des te meer reden, nu de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State ook los van de hele discussie rond de *Procola*-problematiek af en toe onder vuur ligt en daarbij ook het verwijt krijgt van gouvernementele rechtspraak.¹¹ Daarmee impliceer ik niet dat dit verwijt terecht is, maar constateer slechts dat het verwijt feitelijk wordt gemaakt, en ik ben van mening dat dit extra reden kan zijn om meer bescherming te bieden aan de rechterlijke onpartijdigheid dan wellicht strikt genomen op grond van de uitspraak in de zaak *Kleyn* nodig zou zijn.

5. De functiecombinatie biedt ook geen harde voordelen

Nu zou wellicht nog kunnen worden verdedigd dat de voorgenoemde nadelen van de in het thans voorliggende wetsvoorstel gekozen benadering op de koop toe moeten worden genomen, omdat daar heel duidelijk voordelen tegenover zouden staan. Hoewel door de regering wel wordt aangegeven dat de functiecombinatie deze voordelen biedt omdat er sprake zou zijn van kruisbestuiving tussen advies en rechtspraak en terugkoppeling over en weer, ben ik van mening dat deze voordelen (in ieder geval in de huidige praktijk) niet heel duidelijk aan de orde zijn. In de eerste plaats moet worden vastgesteld dat er vele rechterlijke instanties zijn die hun taken uitstekend vervullen, zonder een structurele adviesfunctie te hebben. Denk daarbij voor het bestuursrecht aan de vele sectoren bestuursrecht van de rechtbanken, de Centrale Raad van Beroep, het College van Beroep voor het bedrijfsleven en aan de Hoge Raad. Daarnaast zijn er ook vele adviesorganen, zoals de SER en de Rekenkamer, die uitstekend functioneren als adviesorgaan, zonder aan rechtspraak te doen. Uit onderzoek (en ook uit het betoog van Rob van Gestel tijdens de onderhavige studiemiddag) blijkt bovendien dat in ieder geval tot op heden in de praktijk

10. Zie t.a.v. de Franse Raad van State EHRM 9 november 2006, Sacilor-Lormines t. Frankrijk, appl. nr. 65411/01, EHRC 2007, 15 m.nt. L.F.M. Verhey (uitspraak van een Kamer).

11. Vgl. het redactionele commentaar 'Tegenwicht gevraagd', *NRC Handelsblad* 8 januari 2007, p. 7.

van de Raad van State weinig tot geen gebruik wordt gemaakt van de mogelijkheid om in het kader van de dubbele taak van advies en rechtspraak over en weer van elkaars inzichten te profiteren.¹²

Daar komt bij dat er ten aanzien van de kruisbestuiving ook een zekere spanning in het wetsvoorstel valt te bespeuren. De regering benadrukt enerzijds dat deze kruisbestuiving heel belangrijk is, en handhaaft om die reden de mogelijkheid van personele functiecombinaties, maar tegelijkertijd wordt met het wetsvoorstel juist beoogd om advisering enerzijds en rechtspraak anderzijds te concentreren bij een aantal staatsraden. Dat doet de vraag rijzen of de werkelijke reden om de functiecombinatiemogelijkheid te behouden niet van andere aard is. Zou door de regering daarvoor niet veel eerder zijn gekozen omdat zij bang is dat men anders niet de geschikte personen zou kunnen interesseren voor een lidmaatschap van de Raad van State? De gedachte daarbij zou dan zijn dat men minder kandidaten van voldoende niveau zou kunnen interesseren voor een functie als staatsraad met louter een adviserende dan wel rechtspreekende functie. Naar mijn oordeel zou een dergelijke overweging echter niet leidend mogen zijn bij het vormgeven van de bestuursrechtspraak in het kader van de Raad van State en het waarborgen van de rechterlijke onpartijdigheid van de Afdeling bestuursrechtspraak. Maar los daarvan vraag ik mij ook sterk af of de veronderstelling van de regering wel juist is. Naar mijn oordeel kunnen uitstekende wetgevingsadviseurs worden gevonden, ook wanneer zij niet aan rechtspraak zouden mogen doen. Niet iedereen is immers op voorhand gechoormeerd van, bijvoorbeeld, het beoordelen van bestemmingsplannen, milieuvergunningen, om nog maar niet te spreken van het moeten beoordelen van de vele

hoger beroepen in vreemdelingenzaken. En ook omgekeerd moet het mogelijk zijn om uitstekende rechters te selecteren, zonder dat zij tevens een adviesfunctie aangeboden krijgen. Dat bewijst reeds de huidige praktijk van de selectie van staatsraden in buitengewone dienst, die juist alleen als taak rechtspraak hebben. Daarvan kan toch niet worden gezegd dat daarvoor minder goede kandidaten zijn gevonden dan wanneer men deze personen een dubbelfunctie had kunnen aanbieden.

Terugkoppeling van inzichten uit rechtspraak naar wetgeving kan daarnaast ook anders. Belangrijk is dat rechters hun uitspraken ter zake goed motiveren en dat wetgevingsjuristen (zoals zij blijken de interventie tijdens het symposium van Tim Borman, van het ministerie van Justitie, ook reeds doen) deze uitspraken goed volgen. Bovendien biedt de praktijk van de jaarverslagen de diverse rechtelijke colleges, en ook de Afdeling bestuursrechtspraak, de mogelijkheid om grote lijnen en structurele problemen nog een keer nadrukkelijk onder de aandacht te brengen, ook van de wetgever. Daarnaast zou de Raad voor de rechtspraak een intermediaire rol kunnen vervullen, zij het dat de Afdeling bestuursrechtspraak en de Hoge Raad daarbij (nog) niet zijn aangesloten.¹³ Ik kan me dan ook wel vinden in de lijn die de President van de Hoge Raad, Davids, heeft uiteengezet in zijn lezing over de verhouding rechter-wetgever bij de opening van het lopende academisch jaar van de Academie voor Wetgeving.¹⁴ Vermeldenswaard is dat Davids daarin ook aangeeft dat het naar zijn oordeel wenselijk is dat de Hoge Raad nog terughoudender gebruik gaat maken van zijn eigen adviesmogelijkheden, juist gelet op het arrest van het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de zaak *Kleyn*.

12. De bijdrage van J.H. van Kreveld, 'Terugkoppelen vanuit de rechtspraak naar de wetgever', *RegelMaat* 2006, p. 186-196, laat ook zien dat er thans (nog) geen sprake is van een effectief terugkoppelingsproces binnen de Raad van State, zij het dat hij genoeg mogelijkheden ziet knelpunten ter zake weg te nemen en meer in het algemeen ook voorstander is van terugkoppeling.

13. Vgl. E. Bauw, 'Rechterlijke terugkoppeling door middel van wetgevingsadvisering van de Raad voor de Rechtspraak', *RegelMaat* 2006, p. 203-209.

14. W.J.M. Davids, 'Communicatie tussen wetgevende en rechterlijke macht', *NJB* 2006, p. 2237-2241. Vgl. P.J. van Amersfoort, 'Kanttekeningen bij de terugkoppeling van rechter naar wetgever', *RegelMaat* 2006, p. 197-202, die echter minder bezwaren ziet tegen terugkoppeling als het om procesrecht gaat. De discussie wordt helder samengevat door T.C. Borman, 'Terugkoppeling van rechter naar wetgever', *RegelMaat* 2006, p. 183-185.

6. Verdere discussie over derde fase herziening rechterlijke organisatie wordt geblokkeerd

Door van de beoogde Afdeling wetgeving nadrukkelijk personeel te scheiden van de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State, zou, ten slotte, niet reeds of in ieder geval minder een claim worden gelegd op de naar mijn oordeel noodzakelijke verdere discussie over de derde fase van de herziening van de rechterlijke organisatie. Daarover zijn door diverse Kamerleden bij de behandeling van het wetsvoorstel inzake de nieuwe Wet op de Raad van State ook reeds kritische vragen gesteld, waarbij is aangegeven dat voor deze Kamerleden, anders dan de minister stelde, de discussie over de derde fase nog niet is afgerond.¹⁵ In het bestuursrecht zijn thans vijf hoogste rechtscolleges werkzaam en er zijn duidelijk problemen op het terrein van de rechtseenheid, zowel wat betreft de uitleg van het algemene bestuursrecht (inclusief de Algemene wet bestuursrecht en de overheidsaansprakelijkheid) als wat betreft de implementatie van het Europese recht en het stellen van prejudiciële vragen. Deze problemen vereisen een serieuze aanpak waarbij alle hoogste rechtscolleges betrokken zijn. De optie van een rechtseenheidkamer is in dat licht onvoldoende, al was het maar omdat de Hoge Raad daarbij niet is betrokken, terwijl deze toch een belangrijke rol heeft, ook op het terrein van het algemene bestuursrecht en de overheidsaansprakelijkheid. Door te kiezen voor een duidelijke functiescheiding binnen de Raad van State kan de discussie over de derde fase in alle openheid worden gevoerd, en zou uiteindelijk – conform het voorstel van wijlen prof. P. de Haan¹⁶ – ervoor kunnen worden gekozen om de diverse bijzondere hoogste bestuursrechters onder te brengen bij de gerechtshoven (om zo een concentratie van specialistische kennis te behou-

den) en daarboven cassatieberoep bij de Hoge Raad open te stellen, waarbij dan wel een oplossing zou moeten worden gevonden om te voorkomen dat zaken te lang gaan duren (wellicht zou een verlofstelsel in de rede liggen). Een en ander zou als bijkomend voordeel hebben dat er tevens meer afstemming mogelijk is met het strafrecht en het civiele recht, op welke terreinen het Europese recht toenemende invloed heeft. Binnen dit organisationele kader zou dan een structuur kunnen worden opgezet ter nadere coördinatie van de prejudiciële verwijzingspraktijk zonder dat er hinder is van thans bestaande schotten tussen de betrokken colleges.¹⁷ Een alternatief zou kunnen zijn het instellen van één aparte hoogste bestuursrechter. In aanvulling daarop zou verder – in ieder geval voor de lagere rechters – de Raad voor de rechtspraak nog een coördinerende rol kunnen spelen.

7. Tot besluit

Uit het voorgaande volgt dat het thans voorliggende wetsvoorstel van de nieuwe Wet op de Raad van State moet aangepast, in die zin dat de wet zou moeten worden voorzien in een duidelijke personele scheiding tussen rechtspraak en advisering. Dat daarvoor aanleiding bestaat, wordt los van het voorgaande nog eens onderstreept aan de hand van het volgende geval. De Raad van State is gevraagd advies uit te brengen over het wetsvoorstel van het Tweede Kamerlid Lambrechts c.s., dat beoogt de toetsing van besluiten in het vreemdelingenrecht door de Afdeling bestuursrechtspraak van de Raad van State te intensiveren.¹⁸ Daarbij is op dit moment niet de vraag aan de orde of de Afdeling bestuursrechtspraak voldoende onpartijdig is, maar juist de vraag of de Raad van State in zijn adviesfunctie daarover voldoende onpartijdig kan oordelen. Immers het wetsvoorstel van Lam-

15. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 585, nr. 5 (verslag).

16. *NTB* 2005, p. 215–220 met grotendeels instemmende reacties uit wetenschap en praktijk in *NTB* 2005, nr. 8 (met naschrift van De Haan op p. 286–287 van deze aflevering).

17. Vgl. T. Barkhuysen, *Eenheid en coherentie van rechtsbescherming in de veellagige Europese rechtsorde* (oratie Leiden), Deventer: Kluwer 2006, p. 39, waarin dit voorstel van nadere argumenten wordt voorzien.

18. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 830, nr. 1–4 (volgens het laatstbedoelde Kamerstuk is de behandeling van het wetsvoorstel thans overgenomen door Pechtold).

brechts c.s. ziet juist toe op het functioneren van zijn eigen Afdeling bestuursrechtspraak en is daarover behoorlijk kritisch. Ook dit probleem zou zich niet voordoen wanneer mijn voorstel zou worden gevolgd voor een duidelijke personele functiescheiding.

Bij de behandeling van het hier besproken wetsvoorstel in de Tweede Kamer op 13 en 14 februari 2007 is onder meer een amendement ingediend door het Tweede Kamerlid De Wit (SP) over dubbelbenoemingen.¹⁹ Het amendement beoogt een strikte scheiding aan te brengen tussen de leden van de Afdeling advisering en de leden van de Afdeling bestuursrechtspraak, door benoeming in slechts één Afdeling voor te schrijven. Dit teneinde het recht op een onpartijdige behandeling door de rechter te garanderen en 'Procola-risico's' geheel uit te sluiten. De stemming over het wetsvoorstel is aangehouden, mede in verband met de advisering door de Raad van State over diverse andere besproken aanpassingen in het wetsvoorstel, die in deze bijdrage minder centraal staan.²⁰ Opvallend was echter dat de betrokken ministers (van Justitie en Binnenlandse Zaken en Koninkrijksrelaties) in een poging de Kamer over de streep te trekken het wetsvoorstel ongeamendeerd aan te nemen, bereid bleken toe te zeggen het aantal dubbelbenoemingen in de praktijk tot een minimum te beperken.²¹ Dat roept natuurlijk meteen de vraag op hoe belangrijk deze dubbelfuncties dan daad-

werkelijk zijn voor het goed functioneren van beide in te stellen afdelingen en biedt daarmee nadere argumenten voor hen die – zoals ik – pleiten voor een strikte scheiding. Ook is er een amendement ingediend dat ertoe strekt om in de bepaling waarin de verschoningsverplichting staat, in plaats van 'dezelfde zaak' te spreken van 'dezelfde rechtsvraag', hetgeen inderdaad beter aansluit op de (bedoeling van de) Straatsburgse jurisprudentie, maar nog steeds niet het probleem wegneemt dat het lastig is te bepalen wanneer daarvan nu sprake is.²²

Op het moment van de afsluiting van deze bijdrage hadden de stemmingen nog niet plaatsgevonden. Wel kan uit de al aangehaalde handelingen worden afgeleid dat er, behalve voor het amendement over de formulering van de verschoningsverplichting, op zich ook een meerderheid in de Tweede Kamer bestaat die voorstander is van een strikte scheiding, zij het dat sommige partijen – anders dan het amendement De Wit – daarbij reeds bestaande dubbelbenoemingen ongemoeid willen laten. Het is te hopen dat deze meerderheid voet bij stuk houdt, hetgeen niet makkelijk blijkt te zijn nu er grote politieke druk wordt gezet, omdat de inrichting van de Raad van State in het geding is. Anders kan wellicht de Eerste Kamer – die voor dergelijke druk ongevoeliger zou moeten zijn – uitkomst bieden.

19. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 585, nr. 8.

20. Daarbij gaat het om het via een nota van wijziging tegemoetkomen aan de wens van de Tweede Kamer om zelfstandig aangelegenheden voor advies aan de Afdeling wetgeving van de Raad van State te kunnen voorleggen. Zie voor deze derde nota van wijziging (die ook de mogelijkheid introduceert voor beide Kamers om voorlichting te vragen aan de genoemde Afdeling) *Kamerstukken II* 2006/07, 30 585, nr. 10. Ook ligt er een tweede nota van wijziging (*Kamerstukken II* 2006/07, 30 585, nr. 9), die wijzigingen aanbrengt in de wet die in de al aangehaalde eerste nota abusievelijk niet zouden zijn aangebracht.

21. Vgl. *Handelingen II* 2006/07, nr. 42, p. 2474-2490 en *Handelingen II* 2006/07, nr. 43, p. 2493-2512.

22. *Kamerstukken II* 2006/07, 30 585, nr. 11 (amendement van het lid Van der Staaij c.s.).