



Universiteit
Leiden
The Netherlands

Regeling van de redelijke termijn: afgestemde rechtspraak en conclusies als nieuwe vorm van pseudowetgeving

Barkhuysen, T.; Emmerik, M.L. van; Lubberdink, H.G.; Schueler, B.J.; Bosma, M.; Loon, O. van; ... ; Poorter, J.C.A. de

Citation

Barkhuysen, T., & Emmerik, M. L. van. (2017). Regeling van de redelijke termijn: afgestemde rechtspraak en conclusies als nieuwe vorm van pseudowetgeving. In H. G. Lubberdink, B. J. Schueler, M. Bosma, O. van Loon, B. J. van Ettekoven, & J. C. A. de Poorter (Eds.), *De conclusie voorbij: Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak* (pp. 119-135). Nijmegen: Ars Aequi Libri. Retrieved from <https://hdl.handle.net/1887/58018>

Version: Not Applicable (or Unknown)

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

Downloaded from: <https://hdl.handle.net/1887/58018>

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

Regeling van de redelijke termijn: afgestemde rechtspraak en conclusies als nieuwe vorm van pseudowetgeving

Tom Barkhuysen en Michiel van Emmerik¹

1. Inleiding

De regeling van de (compensatie bij schending van de) redelijke termijn moet de Afdeling bestuursrechtspraak, en daarmee haar afzwaaiende voorzitter, Jaap Polak, de afgelopen jaren de nodige hoofdbrekens hebben gekost. In 2000 creëerde het Europese Hof voor de Rechten van de Mens in de fameuze *Kudla*-uitspraak de noodzaak voor een nationale compensatiemogelijkheid bij schending van de redelijke termijn.² Maar anders dan in menige andere bij het EVRM aangesloten staten,³ ondernam de wetgever in Nederland geen actie, hoewel er in 2005 wel – maar alleen in beperkte kring – een voorontwerp van wet circuleerde. Met als gevolg dat de kwestie op het bord van de rechtspraak bleef liggen. Na enig talmen kwam de bestuursrechter in actie waarbij Jaap Polak veel *credits* geeft aan zijn voorganger, Pieter van Dijk, die als een wegbereider zou hebben gefungeerd.⁴ In een artikel over de menselijke factor bij de rechtsontwikkeling door rechters verwoordt Jaap Polak dat zo:

‘Waar het hier om gaat is dat het zeker niet zo is dat Van Dijk die rechtspraak in zijn eentje realiseerde (zowel binnen de Afdeling als met de andere hoogste bestuursrechters is daarover heel veel overleg geweest), maar dat het bij samenspel van omstandigheden als het uitblijven van de vereiste wetgeving en de noodzaak om dit probleem als rechter aan te pakken, bepaald van belang was dat Van Dijk met zijn grote kennis en gezag op het terrein van het EVRM aangaf dat de bestuursrechter zelf adequate rechtsbescherming moest bieden. Dat droeg er erg aan bij dat de verantwoordelijke zittingskamers, geconfronteerd met klachten over overschrijding van de redelijke termijn, de ruimte voelden om hier de leemte die was ontstaan doordat de wetgever

- 1 Delen van deze bijdrage zijn ontleend aan onze bespreking van de redelijke termijnjurisprudentie in *AB Klassiek* 2016/26.
- 2 EHRM van 26 oktober 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1026JUD003021096, *AB* 2001/275, m.nt. L.F.M. Verhey, *NJ* 2001/594, m.nt. E.A. Alkema, *EHRC* 2000/89, m.nt. J. van der Velde, *NJCM-Bulletin* 2001, p. 71 e.v., m.nt. T. Barkhuysen.
- 3 Vergelijk: European Commission for Democracy through Law (Venetië-Commissie), *Can excessive length of proceedings be remedied?*, Doc. CDL-STD(2007)044.
- 4 Vergelijk ook S.K. Martens (oud-president van de Hoge Raad en oud-EHRM-rechter), *NJB* 2000, p. 2042.

DE CONCLUSIE VOORBIJ

naliet hierover algemene regels op te stellen, op te vullen en daarover in goede dialoog met andere bestuursrechters in feite tot een stuk wetgeving te komen.⁵

Uit dit citaat blijkt al dat de regeling van de redelijke termijn bij uitstek een casus biedt om de verhouding tussen rechter en wetgever te illustreren en analyseren en daarbij in te gaan op de mogelijke grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter. Tevens biedt deze casus een mooi inkijkje in de rol van conclusies daarbij alsmede afstemmingsvragen tussen de betrokken hoogste rechters. En daarmee zijn we bij de rode draad van dit vriendenboek.

Hierna zal in dat verband daarom eerst de ontwikkeling van de redelijke termijnjurisprudentie op hoofdlijnen worden behandeld (paragraaf 2). Daarna wordt de rechtsvorming op dat terrein geplaatst in een breder verband. Hoe verhoudt deze zich tot de algemene jurisprudentiële spelregels over de verhouding van de rechter tot de wetgever en de grenzen aan de rechtsvormende taak van de rechter (paragraaf 3). Ten slotte wordt – hoeveel waardering wij ook hebben voor het optreden van de rechter ten aanzien van de redelijke termijn – een lans gebroken voor een andere aanpak in de toekomst van problemen die ontstaan wanneer de wetgever ten onrechte stilzit (paragraaf 4).

2. Rechtsvorming door de rechter en advocaat-generaal ten aanzien van de redelijke termijn

Hoewel er niet is stilgezeten sinds de *Kudla*-uitspraak, kan niet worden gezegd dat daaraan voortvarend tegemoet is gekomen in Nederland, zeker niet door de wetgever maar ook niet door de rechter. Ondanks oproepen daartoe gebeurde er op het zichtbare wetgevingsfront niets noemenswaardigs tot begin 2009 plannen breder bekend werden voor een mogelijke wettelijke regeling in het bestuursrecht en het civiele recht.⁶ Daarmee bleef de kwestie op het bord van de rechter liggen. De verschillende bestuursrechters hebben de afgelopen jaren – voor zover mogelijk binnen het wettelijke kader – en sinds kortere tijd ook de burgerlijke rechter gezocht naar moge-

5 J.E.M. Polak, 'De menselijke factor bij rechtsontwikkeling door rechters', *NJB* 2016/298.

6 Vergelijk echter EHRM van 3 maart 2009, ECLI:CE:ECHR:2009:0303DEC002869206 (*Voorhuis tegen Nederland*), appl. nr. 28692/06 (ontv. besl.) waarin het Hof een klacht van de rol schrapt nadat Nederland de schending van de redelijke termijn van artikel 6 van het EVRM alsmede het ontbreken van een effectief nationaal rechtsmiddel daartegen erkent onder aanbieding van een passende schadevergoeding en met de aankondiging dat door de Minister van Justitie een regeling wordt voorbereid om in de toekomst te voorzien in effectief rechtsmiddel terzake.

lijkh
of m

Besti
Wat
ges'
goed
kan

Best
Ten
stuv
al te
mae
effe
ters
voo
best
imm
bijz
and

Bij l
len
Ber
trae
ver
Da:
ling
de

7

8

9

lijkheden om aan de *Kudla*-eisen tegemoet te komen.⁷ Dat komt hierna min of meer chronologisch aan de orde.

Bestuurlijke en rechterlijke traagheid bij criminal charge

Wat betreft bestuurlijke en rechterlijke traagheid in zaken die '*criminal charges*' (onder meer strafzaken en bestuurlijke boetes) betreffen wordt al snel goed aan de *Kudla*-eisen voldaan. Overschrijding van de redelijke termijn kan hier leiden tot straf- en boetevermindering.⁸

Bestuurlijke en rechterlijke traagheid bij civil rights and obligations

Ten aanzien van geschillen over '*civil rights and obligations*' is in het bestuursrecht voor *bestuurlijke* traagheid (de redelijke termijn begint immers al te lopen vanaf – grof gezegd – het moment dat er bezwaar wordt gemaakt tegen een besluit) eveneens – maar pas na geruime tijd – voorzien in effectieve nationale rechtsbescherming. De diverse hoogste bestuursrechters kennen inmiddels naar Straatsburgse standaarden vergoedingen toe voor (immateriële) schade vanwege spanning en frustratie als gevolg van bestuurlijke traagheid. Daarbij wordt ook uitgegaan van de presumptie dat immateriële schade is geleden, tenzij aannemelijk wordt gemaakt dat er bijzondere omstandigheden bestaan die op het tegendeel wijzen. Een en ander wordt hierna toegelicht.

Bij het bieden van rechtsbescherming tegen *rechterlijke* traagheid in geschillen over '*civil rights and obligations*' neemt uiteindelijk de Centrale Raad van Beroep het voortouw en blijkt wel bereid om vast te stellen of rechterlijke traagheid tot een schending van artikel 6 van het EVRM leidt, maar voor het verkrijgen van schadevergoeding wordt verwezen naar de civiele rechter. Daar zou dan de staat moeten worden gedagvaard indien niet tot een regeling in der minne zou kunnen worden gekomen.⁹ Het is echter maar zeer de vraag of daarmee daadwerkelijk een effectief rechtsmiddel werd gebo-

7 Zie daarover J.C.A. de Poorter en A. Pahladsingh, 'Besluitvorming rond de redelijke termijn', *JB-plus* 2010, p. 81-102; T. Barkhuysen en B.J. van Ettehoven, 'De compensatie voor schending van de redelijke termijn van art. 6 EVRM door de bestuursrechter', *NTB* 2009, p. 129-141; A.M.L. Jansen, 'Overheidsaansprakelijkheid voor overschrijding van de redelijke termijn', *O&A* 2009, p. 60-68; T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Schadevergoeding bij schending van de redelijke termijn: op weg naar een effectief rechtsmiddel?', *NJB* 2008, p. 1579-1582; P. van Dijk, 'Een effective remedy in de zin van artikel 13 EVRM bij overschrijding van de redelijke termijn in de zin van artikel 6 EVRM – bestuursrechtelijke procedures', in: T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik en J.P. Loof (red.), *Geschakeld recht*, Kluwer: Deventer 2009, p. 115-124 en M. Schreuder-Vlasblom, 'Dertig jaar later; de redelijke termijn als uitdaging', in: Barkhuysen, Van Emmerik & Loof 2009, p. 115-124 resp. 453-474.

8 Vergelijk voor het beleid van de straf- en belastingkamer van de Hoge Raad: HR van 3 oktober 2000, ECLI:NL:HR:2000:AA7309, *NJ* 2000/721, m.nt. J. de Hullu; HR van 22 april 2005, ECLI:NL:HR:2005:AO9006, *JB* 2005/166, m.nt. D. Wenders; HR van 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD0191, *V-N* 2008, 62.7.

9 CRvB van 8 december 2004, ECLI:NL:CRVB:2004:AR7273, *AB* 2005/73, m.nt. L.J. Hijmans van den Bergh, *JB* 2005/30, m.nt. J.H. Keinemans, *USZ* 2005, 56, m.nt. T. Barkhuysen.

den. In een uitspraak van 4 juni 2008 zet de Afdeling bestuursrechtspraak een belangrijke stap voorwaarts bij het bieden van effectieve rechtsbescherming tegen rechterlijke overschrijding van de redelijke termijn in geschillen over '*civil rights and obligations*'.¹⁰ De Afdeling bestuursrechtspraak is in navolging van de Centrale Raad van Beroep bereid om op grond van de in de Straatsburgse jurisprudentie ontwikkelde criteria na te gaan of de redelijke termijn, zoals bedoeld in artikel 6 van het EVRM, is overschreden. De Afdeling bestuursrechtspraak laat doorschemeren de duur van de procedure in casu te lang te vinden. Zij stelt echter nog niet formeel vast dat artikel 6 van het EVRM om die reden is geschonden, maar concludeert dat hieraan 'het vermoeden' kan worden ontleend dat de redelijke termijn is geschonden. De Afdeling bestuursrechtspraak probeert echter ook te ontkomen aan de verwijzing naar de civiele rechter voor het bepalen van de schadevergoeding, waarvoor de Centrale Raad van Beroep nog wel koos en waarop veel kritiek mogelijk is. Daartoe bevestigt de Afdeling bestuursrechtspraak de aangevallen uitspraak (de rechtbank heeft volgens de Afdeling bestuursrechtspraak terecht geoordeeld dat de afwijzing van het verzoek tot na-deelcompensatie door de minister van Verkeer en Waterstaat rechtmatig is) maar heropent tegelijkertijd, via een verdragsconforme toepassing van artikel 8:73 (oud) van de Awb het onderzoek om in dat kader te beslissen of artikel 6 van het EVRM daadwerkelijk is geschonden en, zo ja, over de schadevergoeding wegens de rechterlijke termijnoverschrijding. Dat is bijzonder omdat artikel 8:73 (oud) van de Awb volgens de letterlijke tekst het toekennen van de schadevergoeding alleen mogelijk maakt bij gegrondverklaring van het beroep, waarvan in casu geen sprake is nu de aangevallen uitspraak en daarmee het aangevochten besluit in stand worden gelaten. Hiertoe wordt, met toepassing van artikel 8:26 van de Awb (de mogelijkheid van de bestuursrechter om belanghebbenden als partij in de gelegenheid te stellen aan het geding deel te nemen), de Staat der Nederlanden (in de persoon van de voor de rechtspleging verantwoordelijke minister van Justitie en dus niet de oorspronkelijke verweerder, de minister van Verkeer en Waterstaat) als partij in deze procedure opgeroepen. Deze wordt dan in staat gesteld het vermoeden te weerleggen dat sprake is van een schending van artikel 6 van het EVRM en zijn standpunt kenbaar te maken over de eventueel te betalen schadevergoeding. Deze laatste Afdelingslijn is daarna gevolgd door de Centrale Raad van Beroep.¹¹

Daarop volgen diverse uitspraken van de Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep die belangrijke standaarden bieden om te be-

10 ABRvS van 4 juni 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BD3121, AB 2008/229, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, JB 2008/146, m.nt. A.M.L. Jansen, USZ 2008, 211, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

11 CRvB van 11 juli 2008, ECLI:NL:CRVB:2008:BD7033, AB 2008/241, m.nt. R.J.G.M. Widdershoven, JB 2008/172, m.nt. A.M.L. Jansen, USZ 2008, 238, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

pal
pro
ovi
Be
de
roe
sta
(C
ter
vo
ge
he
aa
tal
de
he
va
de
va
fei
da
sch

Co
In
bij
ov
bij
vo
en
en
ter
m
he
pu
de
ka

12

13

14

15

palen of de redelijke termijn als bedoeld in artikel 6 van het EVRM van een procedure (zowel in de bestuurlijke als in de rechterlijke fase) al dan niet is overschreden. De Afdeling bestuursrechtspraak en de Centrale Raad van Beroep komen hier tot uiteenlopende standaardtermijnen ten aanzien van de verschillende onderdelen van de procedure (bezwaar, beroep, hoger beroep), hetgeen resulteert in een totaaltermijn voor een procedure in drie instanties van respectievelijk vijf (Afdeling bestuursrechtspraak) en vier jaar (Centrale Raad van Beroep).¹² Daarbij geldt dat deze standaard redelijke termijn moet worden verlengd, indien er op enig moment in de procedure voor één van deze instanties gerechtvaardigde redenen zijn voor een langere duur dan in beginsel per instantie is toegestaan.¹³ In een zaak waarin het College van Beroep voor het bedrijfsleven oordeelde in eerste en enige aanleg komt dit college net als de Centrale Raad van Beroep uit op een totale termijn van vier jaren, maar met sterk afwijkende deeltermijnen.¹⁴ Verder geven de drie genoemde hoogste bestuursrechters ook een model voor het bepalen van de vergoeding van immateriële schade bij overschrijding van deze termijn. Zo wordt de hoogte van de schadevergoeding, behoudens uitzonderingen, vastgesteld op € 500,00 voor elk half jaar of deel daarvan dat de redelijke termijn is overschreden, tenzij er blijkt van bijzondere feiten of omstandigheden op grond waarvan moet worden aangenomen dat geen sprake is geweest van spanning en frustratie die als immateriële schade voor vergoeding in aanmerking komt.

Compensatieregels Hoge Raad in criminal charge-zaken

In punitieve zaken gelden de compensatieregels van de Hoge Raad (waarbij ook de bestuursrechter aansluiting lijkt te zoeken): 5% reductie bij een overschrijding van de redelijke termijn van zes maanden of minder, 10% bij een overschrijding van zes tot twaalf maanden. Daarbij gelden de randvoorwaarden dat de vermindering niet meer dan € 2.500,00 kan bedragen en dat bij boetes van minder dan € 1.000,00 geen reductie wordt toegepast en wordt volstaan met de constatering van een schending van de redelijke termijn. Bij een overschrijding van de redelijke termijn van meer dan twaalf maanden wordt naar bevind van zaken gehandeld.¹⁵ De vraag komt op of het verschil dat zo ontstaat tussen compensatie in punitieve zaken en niet punitieve zaken al dan niet wenselijk is. Bij de laatste categorie zaken gelden deze randvoorwaarden immers niet, terwijl niet per definitie gezegd kan worden dat de belangen die op het spel staan voor betrokkenen in niet-

12 ABRvS van 24 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG8294, JB 2009/42, m.nt. C.L.G.F.H. Albers, en CRvB 26 januari 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BH1009, JB 2009/66, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

13 CRvB van 26 januari 2009, ECLI:NL:CRVB:2009:BH1009, JB 2009/66, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

14 CBb van 3 maart 2009, ECLI:NL:CBB:2009:BH6281.

15 HR van 19 december 2008, ECLI:NL:HR:2008:BD0191, V-N 2008, 62.7.

DE CONCLUSIE VOORBIJ

punitieve zaken groter zijn. Evenmin kan worden gezegd dat deze laatste groep meer spanning en frustratie ondervindt als gevolg van termijnoverschrijdingen. Het zou geen kwaad kunnen de boetematigingsjurisprudentie in dat verband en in het licht van de Straatsburgse jurisprudentie nog eens te heroverwegen.

Conclusie staatsraad advocaat-generaal Widdershoven en uitspraak Grote Kamer Vanwege onder meer de uiteenlopende termijnen tussen de Afdeling bestuursrechtspraak, de Centrale Raad van Beroep en het College van Beroep voor het bedrijfsleven is staatsraad advocaat-generaal Widdershoven gevraagd om een conclusie terzake die heeft geleid tot een zogenaamde Grote Kameruitspraak van de Afdeling bestuursrechtspraak.¹⁶ De Afdeling bestuursrechtspraak volgt het voorstel van Widdershoven om voor de bestuursrechters een uniforme redelijke termijn van vier jaar te hanteren in niet-punitieve zaken, die bestaan uit een bezwaarprocedure en twee rechterlijke instanties. Hierbij geldt de volgende verdeling van de termijnen per fase: voor bezwaar zes maanden, voor beroep in eerste instantie achttien maanden en voor hoger beroep 24 maanden, een onderverdeling die aansluit bij de praktijk van twee hoogste bestuursrechters (Hoge Raad-fiscaal, waarover hierna meer en Centrale Raad van Beroep). Voor zaken die in eerste en enige aanleg door de bestuursrechter worden behandeld, geldt een periode van in totaal twee jaar en zes maanden: zes maanden voor bezwaar en 24 maanden voor beroep. Daarnaast volgt de Afdeling bestuursrechtspraak het voorstel van de staatsraad advocaat-generaal om bij de beoordeling van de redelijke termijn de duur van een prejudiciële procedure bij het Hof van Justitie niet mee te tellen. Dit geldt zowel in de zaak waarin de prejudiciële vragen zijn gesteld, als in zaken die zijn aangehouden omdat in een andere zaak prejudiciële vragen zijn gesteld. In dit laatste geval – dat in casu aan de orde is – dient de aanhouding wel ‘redelijk’ te zijn, omdat die vragen gelet op de omvang van het geding (de rechtsstrijd) in de aangehouden zaak, relevant zijn voor de beoordeling van die zaak. Als dat zo is, vangt de termijn die buiten beschouwing kan worden gelaten aan op het moment waarop partijen, nadat de prejudiciële vraag is gesteld, door het aanhoudende college bij brief in kennis zijn gesteld van (de redenen voor de) aanhouding van hun zaak en eindigt die termijn op de dag van het arrest van het Hof van Justitie. Ook telt de duur van de periode van een prejudiciële procedure in Luxemburg niet mee voor de redelijke termijn, ook niet als het gaat om een prejudiciële verwijzing in een andere zaak. Dit onder de

¹⁶ ABRvS van 29 januari 2014, ECLI:NL:RVS:2014:188, AB 2014/115, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik. Deze uitspraak is inmiddels gevolgd door de andere hoogste bestuursrechters: CbB van 25 februari 2014, ECLI:NL:CBB:2014:71; CRvB van 7 maart 2014, ECLI:NL:CRVB:2014:809 en HR van 21 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:636.

voorwaarde dat deze aanhouding 'redelijk' is, omdat deze vragen ook relevant zijn voor de beoordeling van de aan de orde zijnde de zaak. Met beide keuzes kunnen wij instemmen, zij het dat een totale behandelingsduur van vier jaar, hoewel waarschijnlijk EVRM-conform, nog steeds aan de lange kant is. Voordeel is wel dat nu bestaande totaaltermijnen van vijf jaar bij Afdeling bestuursrechtspraak en het College van Beroep voor het bedrijfsleven, die waarschijnlijk ook EVRM-conform zijn, overboord worden gezet.

Voor de bepaling van de redelijke termijn sluiten de genoemde bestuursrechters zich aan bij de vaste Straatsburgse criteria waarbij belang wordt gehecht aan de ingewikkeldheid van de zaak, de wijze waarop de zaak door het bestuursorgaan en de rechter is behandeld, het processuele gedrag van de betrokkene gedurende de hele procesgang en de aard van de maatregel en het daardoor getroffen belang van betrokkene. Op basis van deze criteria is een uitgebreide en vrij casuïstische jurisprudentie ontstaan. De nu door Afdeling bestuursrechtspraak geformuleerde basistermijnen kunnen gelet daarop als gezegd in Straatsburg waarschijnlijk door de beugel, zij het dat steeds maatwerk is vereist, zeker nu een termijn van vier jaar toch terecht als erg lang ervaren kan worden.

Toepassing artikel 6 EVRM-criteria voor geschillen die niet onder artikel 6 van het EVRM vallen op basis van ongeschreven rechtsbeginselredenering

Daarnaast verdient vermelding dat de Afdeling bestuursrechtspraak haar standaardlijn in redelijke termijnzaken ook van toepassing acht in vreemdelingenzaken die zien op toelating en uitzetting. Dat is opmerkelijk omdat artikel 6 van het EVRM volgens vaste Straatsburgse jurisprudentie in dit soort geschillen niet van toepassing is.¹⁷ De Afdeling bestuursrechtspraak neemt echter aan dat op dit rechtsterrein wel van toepassing is het algemeen geldende rechtsbeginsel van de rechtszekerheid, dat aan artikel 6 van het EVRM mede ten grondslag ligt. Dit leidt er volgens de Afdeling bestuursrechtspraak toe dat ook los van deze verdragsbepaling een geschil over de toelating en uitzetting van vreemdelingen binnen redelijke termijn moet worden behandeld. Aangezien artikel 6 van het EVRM mede op het genoemde rechtsbeginsel berust, sluit de Afdeling voor de bepaling van de vergoeding voor immateriële schade aan bij de in de hiervoor genoemde jurisprudentie ontwikkelde standaarden.¹⁸ De belastingkamer van de

17 EHRM van 5 oktober 2000, ECLI:CE:ECHR:2000:1005JUD003965298, AB 2001/80, m.nt. H. Battjes, NJCM-Bulletin 2001, p. 762 e.v., m.nt. M. Kuijer (Maaouia tegen Frankrijk).

18 ABRvS van 3 december 2008, ECLI:NL:RVS:2008:BG5910, AB 2009/70, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik. Zie hierover J.E.M. Polak, 'Henk Lubberdink kanaliseerde de vernieuwing van het vreemdelingenrecht', in: M.M. Bosma, D. van Leeuwen en O. van Loon (red.), *Graag nog even bespreken, Liber amicorum Henk Lubberdink*, Raad van State: Den Haag 2016, p. 33-42. Daarin geeft Jaap Polak, altijd op de bres voor effectieve en praktische geschilbeslechting, een reactie op staatsrechtelijke bezwaren tegen de gekozen aanpak.

Hoge Raad heeft op basis van een vergelijkbare rechtsbeginselredenering het niet-punitieve belastingrecht onder de reikwijdte van de *Kudla*-bescherming gebracht.¹⁹ Inmiddels heeft de Hoge Raad in een overzichtsarrest de hoofdregels uit zijn eerdere jurisprudentie ten aanzien van de vergoeding van immateriële schade wegens overschrijding van de redelijke termijn in belastingzaken, voor zover het daarin niet om een bestuurlijke boete gaat, in kaart gebracht. Daarnaast heeft de Hoge Raad oordelen gegeven over een aantal kwesties dat zich met regelmaat in de praktijk voordoet, maar waarover hij zich nog niet heeft uitgesproken.²⁰ Overigens blijken zich na dit arrest ook weer nieuwe, nog onbeantwoorde vragen voor te doen.²¹ Ook de Centrale Raad van Beroep heeft onlangs een nieuwe loot aan de stam van de redelijke termijnjurisprudentie toegevoegd door uitzonderingen te formuleren op de ook in de rechtspraak geformuleerde regel dat betrokkenen moeten vragen om vergoeding van immateriële schade wegens overschrijding van de redelijke termijn.²²

De burgerlijke rechter

De vraag of (ook) de burgerlijke rechter aansprakelijkheid van de Staat zou moeten aanvaarden bij schending van de redelijke termijn beantwoordt het gerechtshof Den Haag als eerste bevestigend.²³ Het gerechtshof heeft geoordeeld, dat in geval van schending van de redelijke termijn artikel 6:106 van het Burgerlijk Wetboek moet worden toegepast met inachtneming van de rechtstreekse werking van de artikelen 6 en 13 van het EVRM, hetgeen volgens het hof betekent dat vergoeding van immateriële schade wegens spanning en frustratie over het uitblijven van een definitieve beslissing in een geschil over een burgerlijk recht in beginsel toewijsbaar is volgens een tarief van € 1.250,00 per jaar, dat dus uit de pas loopt met de bestuursrechtters. Het door de Hoge Raad ontwikkelde criterium waaraan wordt getoetst of sprake is van onrechtmatige rechtspraak kan in gevallen als deze geen toepassing vinden, aldus het hof. Dit betrof een zaak waarin de Staat reeds partij was in de procedure.

In zijn arrest van 28 maart 2014 maakt de Hoge Raad duidelijk dat de staat inderdaad aansprakelijk kan worden gehouden voor de overschrijding van de redelijke termijn door de civiele rechter, mede onder verwijzing naar de

19 HR van 10 juni 2011, ECLI:NL:HR:2011:BO5080, AB 2011/184, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik.

20 HR van 19 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:252, JB 2016/74, m.nt. L.J.M. Timmermans, die constateert dat het arrest eigenlijk neerkomt op een stuk wetgeving.

21 Zie bijvoorbeeld HR van 26 februari 2016, ECLI:NL:HR:2016:315, waarin het gaat om de vraag vanaf welk moment er recht bestaat op wettelijke rente over de vergoedingen van immateriële schade.

22 Zie onder meer CRvB van 6 oktober 2016, ECLI:NL:CRVB:2016:3743, AB 2016/456, m.nt. A.M.L. Jansen.

23 Gerechtshof Den Haag van 24 februari 2009, zie onder meer ECLI:NL:GHSGR:2009:BH4214; NJ 2010/55, m.nt. E.A. Alkema.

hiervoor genoemde Grote Kameruitspraak van de Afdeling bestuursrecht-spraak.²⁴ Hiermee is op dit punt sprake van een doorbreking van de sinds het standaardarrest van de Hoge Raad terzake geldende zeer restrictieve jurisprudentie.²⁵ De Hoge Raad bepaalt echter eveneens dat de claim tot vergoeding van de daardoor geleden (immateriële) schade in een aparte procedure tegen de Staat moet plaatsvinden. Dit geldt voor alle civiele procedures, ongeacht de vraag of de overheid (in welke gedaante dan ook, in casu betrof het de gemeente) hier partij in is. In het kader van de rechts-eenheid (met de genoemde bestuursrechters) valt deze uitspraak toe te jui-chen. Naast de genoemde erkenning van het aan artikel 6 van het EVRM ten grondslag liggende rechtsbeginsel dat zaken binnen redelijke termijn moeten worden afgehandeld (dus ook in zaken waarop artikel 6 van het EVRM niet van toepassing is), sluit de Hoge Raad eveneens aan bij het door de verschillende bestuursrechters gehanteerde standaardtarief van € 500,00 per half jaar overschrijding als vergoeding van de daardoor geleden im-materiële schade. Echter, anders dan de bestuursrechters, hanteert de Hoge Raad geen standaardtermijnen, nu de procedures voor de burgerlijke rech-ter qua aard, ingewikkeldheid en procesvoering uiteen lopen. Maatwerk is hier geboden. Wel overweegt de Hoge Raad terecht dat er voor de eiser geen stelplicht bestaat ten aanzien van de geleden immateriële schade. De Hoge Raad kiest – anders dan zijn bestuursrechtelijke collega's – dus voor een aparte procedure. Hierbij wijst hij onder meer op het feit dat de be-stuursrechter daartoe beter geëquipeerd zou zijn en dat het burgerlijk pro-cesrecht niet echt ruimte zou laten voor het betrekken van een derde partij als de Staat in een lopende civiele procedure.

Vóór deze benadering van de Hoge Raad pleit het argument dat de slager zijn eigen vlees niet moet keuren en dat lopende procedures (en partijen) niet belast moeten worden met verdere vertraging (dit argument geldt dus niet zozeer in een geschil waarin de Staat partij is). Een evident nadeel van een afzonderlijke procedure is echter dat daarmee ook weer tijd en kosten zijn gemoeid. Dit brengt advocaat-generaal Van Oven dan ook tot de con-clusie dat de schadevergoeding wegens overschrijding van de redelijke ter-mijn in dezelfde procedure moet plaatsvinden. Een nieuwe procedure met alle misère van dien (griffierecht, juridische bijstand, nieuwe spanning en frustratie etc.) kan in zijn visie moeilijk kwalificeren als '*effectieve remedy*' in de zin van artikel 13 van het EVRM. Deze pijn van een extra (tijdrovende) procedure wordt door de Hoge Raad overigens iets verzacht doordat daar-

24 HR van 28 maart 2014, ECLI:NL:HR:2014:736, AB 2014/190, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Em-merik; vergelijk eerder HR van 11 januari 2013, ECLI:NL:HR:2013:BX8360, AB 2013/149, m.nt. T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik betreffende een schadeclaim ten aanzien van de lange duur van een vreemdelingenrechtelijke procedure

25 HR van 3 december 1971, ECLI:NL:HR:1971:AB6788, NJ 1972/137, m.nt. G.J. Scholten.

in geen griffierecht mag worden geheven). Gezien de met de overschrijding van de redelijke termijn gemoeide bedragen zal de grens van € 25.000,00 (zie artikel 93, aanhef en onder a, van het Wetboek van Burgerlijke Rechtsvordering) niet snel worden overschreden en dit betekent dat de procedure tegen de Staat bij de kantonrechter aanhangig moet worden gemaakt en dat rechtsbijstand niet verplicht is. Al met al kunnen wij ons wel vinden in deze oplossing van de Hoge Raad, zij het dat het aparte traject bij de kantonrechter dan voortvarend ter hand moet worden genomen. De nadelen hiervan worden in ieder geval verzacht door het niet heffen van griffierecht en de niet verplichte rechtsbijstand. Verder zou een versnelde behandeling standaard moeten zijn. Voor het niet standaardiseren van de termijnen geldt inderdaad het voordeel van het kunnen bieden van maatwerk. Als nadeel geldt echter dat nu door partijen geen inschatting kan worden gemaakt of het zinvol is om naar de kantonrechter te stappen. Inmiddels heeft de Hoge Raad onder verwijzing naar zijn arrest van 28 maart 2014 bepaald dat betrokkene in de bedoelde aparte procedure eventueel wel tot een vergoeding van proceskosten kan worden veroordeeld. Onder verwijzing naar dit arrest (waarin de Hoge Raad heeft uitgemaakt dat in die procedure geen griffierecht kan worden geheven) had eiser namelijk betoogd dat een proceskostenveroordeling ertoe leidt dat partijen een effectieve '*remedy*' wordt onthouden voor het maken van een aanspraak op een vergoeding wegens rechterlijke overschrijding van de redelijke termijn. De Hoge Raad wijst er daarbij op dat hij in zijn eerdere uitspraak alleen een uitzondering voor het griffierecht heeft gemaakt en aangegeven heeft dat de procedure verder volgens de 'in het algemeen geldende regels' dient te verlopen. De Hoge Raad overweegt hierbij dat het risico van een proceskostenveroordeling bij de in Nederland voor dit soort zaken geldende tarieven geen onaanvaardbare drempel oplevert om op te komen tegen een (gestelde) schending van door het EVRM gewaarborgde rechten.²⁶

Tussenbalans

Hiervoor is gebleken hoe de diverse betrokken hoogste rechters, elkaar over en weer inspirerend, zo goed en zo kwaad als dat kan het gat hebben gevuld dat de wetgever openliet. Daarbij is vaak expliciet verwezen naar jurisprudentie van de collega-rechters. Opvallend is de belangrijke rol van de conclusie van staatsraad advocaat-generaal Widdershoven over de redelijke termijn. Mede op basis van de interne rechtsvergelijking daarin (er was immers tien jaar jurisprudentie beschikbaar sinds de eerste uitspraak van de Centrale Raad van Beroep) heeft de Afdeling bestuursrechtspraak haar jurisprudentie op onderdelen bijgesteld en nog een keer in onderling verband in een standaarduitspraak opgenomen. Deze standaarduitspraak

²⁶ HR van 2 december 2016, ECLI:NL:HR:2016:2756.

is later weer een richtpunt geworden voor de andere hoogste rechters. Hetzij om te volgen (Centrale Raad van Beroep, College van Beroep voor het bedrijfsleven en Hoge Raad-belastingkamer), hetzij om er deels van af te wijken (Hoge Raad-civiele kamer).

Daarmee is echter tegelijk een groot en alleen voor *insiders* nog echt te doorgronden jurisprudentieel bouwwerk tot stand gebracht waarin behalve de grote lijnen ook veel zeer gedetailleerde onderwerpen aan bod komen.²⁷ Van een afstand beschouwd zou zelfs van pseudowetgeving kunnen worden gesproken. In ieder geval heeft er op het terrein van de redelijke termijn de nodige rechterlijke rechtsvorming plaatsgevonden. Om de stand van zaken geheel te doorgronden moeten echter nog steeds vele uitspraken worden bestudeerd. Dat roept de vraag op hoe het staat met de kenbaarheid, ondanks het fenomeen van overzichtsarresten. Deze vraag is des te belangrijker nu in het bestuursrecht veel partijen zonder rechtsbijstand procederen en de schending van de redelijke termijn in de regel niet ambtshalve wordt getoetst. Verder is het voor de rechter lastiger een coherente regeling te creëren omdat hij in de regel steeds slechts een uitspraak kan doen naar aanleiding van de rechtsvraag die voorligt en het voor hem lastiger kan zijn alle mogelijke andere casusposities te doordenken.

3. Rechtsvormende taak in algemene zin

Het is dan ook interessant om te bezien hoe de op het terrein van de redelijke termijn door de betrokken rechters gekozen benadering zich verhoudt tot de algemene jurisprudentie over de (grenzen aan de) rechtsvormende taak van de rechter. Past die benadering daar nog binnen of is de regeling van de redelijke termijn een geval apart waarvoor de eerder getrokken grenzen niet relevant zijn? En als dat laatste het geval is: valt er wellicht ook op andere terreinen inspiratie te putten uit de actieve rechterlijke opstelling?

Algemene benadering

Over de rechterlijke rechtsvormende taak in algemene zin valt heel veel te zeggen, maar dat gaat het bestek van deze bijdrage te buiten.²⁸ Wij volstaan

27 De uitspraken die meer op de detailvragen ingaan hebben wij hier niet behandeld. Zie daarover bijvoorbeeld J.M.J.F. Jansen, 'Varianten van samenhang: eenheid of los zand', *Tijdschrift voor Formeel Belastingrecht* 2016, p. 11-17 waarin wordt ingegaan op de hoogte van de schadevergoeding bij samenhangende zaken met meerdere verzoekers. Vergelijk voor een recente loot aan de stam ABRvS van 1 februari 2017, ECLI:NL:RVS:2017:246 (over de verdeling van schadevergoedingsverplichtingen bij toepassing van een bestuurlijke lus).

28 Zie uitputtend J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013.

met een kerncitaat van het leidende arrest van de Hoge Raad in de zaak over het *Arbeidskostenforfait* wiens lijn ook door de andere hoogste rechters wordt gevolgd:

'Het tweede middel betoogt dat het Hof de grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter heeft overschreden door op grond van de geconstateerde ongelijkheid belanghebbende, nu haar werkelijk gemaakte arbeidskosten het forfait overschrijden, naast de aftrek van die kosten een extra-aftrek toe te kennen ten bedrage van de niet op fiscale gronden ingevoerde verhogingen van het forfait, door het Hof gesteld op f 1.050,00. Dit middel stelt de Hoge Raad voor de vraag of en zo ja op welke wijze de rechter, gegeven de vaststelling dat de onderhavige wettelijke regeling tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling leidt, terzake effectieve rechtsbescherming kan bieden.

In dit geval kan een dergelijke bescherming niet daarin worden gevonden dat de discriminatoire regeling – de tegemoetkoming aan werkenden door verhoging van het arbeidskostenforfait – buiten toepassing wordt gelaten. Die oplossing zou immers belanghebbende niet baten. Dat doet de vraag rijzen of de rechter de effectieve rechtsbescherming kan bieden door op andere wijze in het door de regeling veroorzaakte rechtstekort te voorzien dan wel of hij zulks vooralsnog aan de wetgever dient over te laten. In zodanige situaties dienen, met inachtneming van de aard van het rechtsgebied waar de vraag rijst, twee belangen tegen elkaar afgewogen te worden. Voor het zelf in het rechtstekort voorzien pleit dat de rechter daardoor aan de belanghebbende direct een effectieve bescherming kan bieden, maar ertegen pleit dat in de gegeven staatsrechtelijke verhoudingen de rechter bij zulk ingrijpen in een wettelijke regeling een terughoudende opstelling past.

Deze afweging zal in het algemeen ertoe leiden dat de rechter aanstonds zelf in het rechtstekort voorziet indien zich uit het stelsel van de wet, de daarin geregelde gevallen en de daaraan ten grondslag liggende beginselen, of de wetsgeschiedenis, voldoende duidelijk laat afleiden hoe zulks dient te geschieden. In gevallen echter waarin verschillende oplossingen denkbaar zijn en de keuze daaruit mede afhankelijk is van algemene overwegingen van overheidsbeleid of belangrijke keuzes van rechtspolitieke aard moeten worden gemaakt, is aangewezen dat de rechter die keuze vooralsnog aan de wetgever laat, zulks zowel in verband met de in 3.14 bedoelde staatsrechtelijk gewenste terughoudendheid van de rechter als wegens zijn beperkte mogelijkheden op dit gebied.

Niet uitgesloten is echter dat de afweging anders moet uitvallen ingeval de wetgever ermee bekend is dat een bepaalde wettelijke regeling tot een ongerechtvaardigde ongelijke behandeling in de zin van voormelde verdragsbepalingen leidt, maar nalaat zelf een regeling te treffen die de discriminatie opheft.²⁹

29 HR van 12 mei 1999, ECLI:NL:HR:1999:AA2756, NJ 2000/170, m.nt. A.R. Bloembergen, r.o. 3.13-3.15. Vergelijk S.K. Martens, 'De grenzen van de rechtsvormende taak van de rechter', *NJB* 2000, p. 747-758.

Hieruit volgt dat de rechter bij strijd van nationaal recht met een ieder verbindende verdragsbepalingen, wanneer buiten toepassing lating van het nationale recht niet leidt tot effectieve rechtsbescherming en er daarvoor meerder opties bestaan, gelet op zijn rol in de staatsrechtelijke verhoudingen terughoudend moet zijn met het zelf bieden van rechtsherstel. Daarop kan alleen een uitzondering worden aanvaard wanneer uit het stelsel van de wet, de daaraan ten grondslag liggende beginsel en of de geschiedenis daarvan een oplossingsrichting volgt. Is dat niet mogelijk dan laat de rechter het bij de constatering van strijd met het verdrag en is het aan de wetgever om een oplossing te bieden. Blijft deze – zo laat het arrest zien – te lang uit dan is er meer ruimte voor de rechter om alsnog zelf te voorzien in effectieve rechtsbescherming.

De redelijke termijnbenadering in perspectief

De redelijke termijnjurisprudentie staat minstens op gespannen voet met deze benadering van de Hoge Raad. Er is daarvoor immers geen duidelijk aanknopingspunt te vinden in nationale wetgeving of daaraan ten grondslag liggende beginselen. Op zijn minst had van de betrokken rechters een motivering kunnen worden verwacht in het licht van (de grenzen van) hun rechtsvormende taak.³⁰ Tegelijk waren er wel min of meer duidelijke Straatsburgse richtsnoeren voor een aanpak en was uit andere verdragsstaten ook de nodige inspiratie op te doen voor een regeling. Daar komt nog bij dat de wetgever ook een zeer ruime termijn – namelijk ongeveer acht jaar – is geboden om met een regeling te komen. Pas toen die zo lang uitbleef is de rechter in dat gat gesprongen. Daarbij zijn echter wel de nodige kunstgrepen toegepast om tot een omvattende regeling te komen. Om de redelijke termijnjurisprudentie ook te kunnen toepassen in het asielrecht en het niet-punitieve belastingrecht is, bijvoorbeeld, feitelijk het toetsingsverbod van artikel 120 van de Grondwet omzeild omdat daar onder verwijzing naar een rechtsbeginsel een wettelijk vereiste om tot schadevergoeding te kunnen komen buiten toepassing is gelaten.³¹

Nu moet niet de indruk ontstaan dat wij deze actieve benadering van de hoogste rechters op het terrein van de redelijke termijn afwijzen. Deze verdient, integendeel, alle steun temeer omdat de wetgever het zo lang liet en laat afweten. In een eerdere bundel voor Jaap Polak, bij wege van zijn afscheid als advocaat bij Stibbe, hebben we zelfs gepleit voor een meer op

30 Vergelijk Uzman 2013, p. 177-178.

31 Hoewel Jaap Polak daar tegengas aan geeft in zijn aangehaalde bijdrage aan het Liber voor Henk Lubberdink.

individuele rechtsbescherming gerichte benadering.³² Wat ons betreft mag dat ook buiten de casus van de redelijke termijn en liefst niet pas na acht wachtjaren. Toch was en is er misschien nog een andere, aanvullende alternatieve route denkbaar waarbij de wetgever (alsnog) aan zet is.

4. Conclusie: alsnog naar een wettelijke regeling en voor de toekomst een constitutionele lus

Tijd voor enkele conclusies en een blik vooruit.

Kanttekeningen bij de huidige regeling: de wetgever alsnog aan zet

Er kunnen namelijk de nodige kanttekeningen worden gemaakt bij de huidige jurisprudentiële regeling.³³ Om te beginnen is de thans getroffen voorziening alleen gericht op het remediëren van een reeds ontstane rechterlijke termijnoverschrijding. Idealiter zou er ook een adequaat rechtsmiddel moeten zijn om een (verdere) rechterlijke termijnoverschrijding af te wenden – een versnellingsmiddel. Daarnaast is het een nadeel dat (bestuurs)rechters een (voorlopige) beslissing moeten nemen over schadevergoeding inzake rechterlijke termijnoverschrijding die zij zelf (mede) hebben veroorzaakt. Voorts blijft de verdragsconforme interpretatie van artikel 8:73 (oud) van de Awb (thans titel 8.4 van de Awb) wat gewrongen. In ieder geval is nu een situatie ontstaan waarin de praktijk op grond van deze titel duidelijk afwijkt van de tekst daarvan, hetgeen rechtsonzekerheid met zich mee kan brengen, nog afgezien van de algemene kritiek op de kenbaarheid van de regeling. Een lastige vraag is verder hoe om te gaan met de interne compensatiemogelijkheid, met name in situaties waarin de rechtbank de totale procedure op het moment van haar uitspraak te lang oordeelt maar een en ander nog kan worden gecompenseerd door een voortvarende behandeling in een eventueel hoger beroep. En wat te doen met een procedure in meer dan drie instanties als gevolg van de vernietiging van een uitspraak van de rechtbank en terugwijzing daarnaar? Hoe om te gaan met de mogelijke *contra legem* toepassing (artikel 120 van de Grondwet) van een ongeschreven rechtsbeginsel in het geval artikel 6 van het EVRM niet geldt (artikel 8:88 van de Awb biedt immers naar de letter van de wet nog steeds geen recht op schadevergoeding bij overschrijding van de redelijke termijn, nu deze bepaling spreekt van schade ten gevolge van een onrechtmatig besluit)? En hoe te zorgen voor een betere afstemming tussen compensatie

32 T. Barkhuysen en M.L. van Emmerik, 'Advocaten voor advocaten: over ministeriële toezeggingen, vergoedingen voor de sociale advocatuur, mensenrechtenverdragen en het rechterlijke toetsingsrecht', in: J.R. van Angeren, T. Barkhuysen en N.S.J. Koeman (red.), *1000 weken bestuursrecht*, Kluwer: Deventer 2001, p. 69-81.

33 Vergelijk Barkhuysen & Van Emmerik 2008; Barkhuysen & Van Ettekoven 2009.

bij schending van de redelijke termijn in punitieve zaken enerzijds en niet-punitieve zaken anderzijds? En verder: hoe om te gaan met vergoedingen in samenhangende zaken (waarbij meerdere verzoekers zijn betrokken)?

Voor deze kanttekeningen zou de rechtspraak mogelijk (voor een deel) oplossingen kunnen genereren. Daarbij is het van groot belang dat een werkbaar c.q. hanteerbaar systeem tot stand komt en dat snel kan worden beslist op schadevergoedingsverzoeken. Of dat de rechter gaat lukken, is gelet op de complexiteit van een en ander niet zeker, hetgeen de vraag oproept of het uiteindelijk niet beter is dat de wetgever een regeling treft. Naar ons oordeel is het in het belang van de rechtszekerheid en de kenbaarheid nodig dat de wetgever voorziet in een regeling, net zoals vele andere landen een regeling terzake hebben. Het zou hierbij kunnen gaan om een allesomvattende voorziening, maar wij kunnen ons ook voorstellen dat er een enigszins verschillende uitwerking aan wordt gegeven in het bestuursrecht en in het civiele recht, waarbij in het bestuursrecht wordt aangesloten bij de reeds ontstane praktijk. Ook op het terrein van het bestuursrecht zou het echter passen om een andere rechter de redelijkheid van de termijnen te laten beoordelen. Dat zou kunnen in de vorm van een aparte redelijke termijnkamer naar het voorbeeld van de reeds bestaande wrakingskamers. In de wettelijke regeling zou overigens ook rekening kunnen worden gehouden met detailkwesties, zoals de rol van de Raad voor de rechtspraak in deze procedure. Op deze wijze zou een apart, snel en eenvoudig toegankelijk wettelijk rechtsmiddel in het leven worden geroepen waarmee zo nodig een versnelling van een nog lopende procedure kan worden afgedwongen en waarmee voor schade als gevolg van reeds opgetreden onrechtmatige vertraging een vergoeding kan worden verkregen. We moeten afwachten of het daarvan daadwerkelijk alsnog gaat komen.

Voor de toekomst: introduceer de constitutionele lus

Hopelijk komt de wetgever dus alsnog in actie, maar de kans daarop lijkt niet heel groot. Het stilzwijgen van de wetgever verdient als hiervoor onderbouwd serieuze kritiek. Jaap Polak geeft deze ook een heel principiële invulling:

'De wetgever vindt het kennelijk nu ook niet meer nodig om hier iets te regelen, omdat de door de bestuursrechter thans over de hele linie geboden oplossingen als adequaat worden gezien. Hoezeer het ook terecht is dat de rechter het gat dat de wetgever heeft laten ontstaan heeft opgevuld om de aanspraken van burgers op grond van artikel 6 EVRM te verzekeren, meen ik dat dat niet goed is en dat de wetgever daarmee zelf zijn positie ondermijnt als degene die het primaat behoort te hebben bij de rechtsvorming als het gaat om het stellen van algemene regels. Een wetgever die daarbij eerst stilzit en daarmee laat gebeuren dat de rechter noodgedwongen de regels van het spel

DE CONCLUSIE VOORBIJ

opstelt en vervolgens aangeeft dat het niet meer nodig is om als wetgever die regels vast te leggen, draagt zelf bij aan een situatie dat hij steeds minder dat primaat heeft.³⁴

Het ontbreekt, zo laat de redelijke termijn casus nog eens zien, de Nederlandse rechter in een dergelijke krachtproef met de wetgever op dit moment aan toereikend instrumentarium. Daarom breken wij een lans om de rechter voor de toekomst uit te rusten met het door Uzman voor Nederland uitgewerkte instrument van de 'constitutionele lus'.³⁵ Deze lus, ontleend aan het Duitse en Engelse recht, stelt de rechter in staat om bij een schending van een verdragsverplichting de wetgever te dwingen om binnen een vastgestelde termijn en onder zijn regie met een oplossing daarvoor te komen. Daarna kan de zaak waar mogelijk volgens de nieuwe regeling worden afgedaan en als daar niet op kan worden gewacht, kan de rechter mogelijk voorlopig rechtsherstel bieden. De Hoge Raad kwam in de buurt van een dergelijke lus.³⁶ Een ook Jaap Polak deed als voorzieningenrechter op dit punt een (voorlopige) duit in het zakje.³⁷ Saillant is overigens dat deze 'lus-jurisprudentie' door het voormalige VVD Tweede Kamerlid Tavernier als belangrijke reden wordt genoemd om zijn (grond)wetsvoorstel dat strekt tot het onmogelijk maken van rechterlijke toetsing van formele wetten aan verdragen in te trekken. Dat is verbazingwekkend omdat met deze jurisprudentie de rechter in ieder geval niet minder ruimte neemt ten opzichte van de wetgever.³⁸

34 Polak 2016.

35 Uzman 2013.

36 Zie HR van 5 juli 2016, ECLI:NL:HR:2016:1325, NJ 2016/348, m.nt. T. Kooijmans, AA 2017, p. 119 e.v., m.nt. R.J.B. Schutgens (*herbeoordeling levenslang*). Daarin schort de Hoge Raad de behandeling van het cassatieberoep tegen een opgelegde levenslange gevangenisstraf zonder mogelijkheid van herbeoordeling op. Dit om de wetgever de kans te geven het (ontbrekende) systeem van herbeoordeling in overeenstemming te brengen met artikel 3 van het EVRM dat volgens de Hoge Raad blijkens Straatsburgse jurisprudentie wel vraagt om een mogelijkheid van herbeoordeling. Na aanpassing van de wetgeving kan de Hoge Raad dan met inachtneming daarvan beslissen op het beroep.

37 V.zr. ABRvS van 20 december 2016, ECLI:NL:RVS:2016:3350, ten aanzien van de schorsende werking van hoger beroep in zaken over de uitzetting van vreemdelingen mede naar aanleiding van EHRM 5 juli 2016, EHRC 2016/228, m.nt. J. Uzman (*A.M. tegen Nederland*). Hierin wordt overwogen dat het vooralsnog de rechtsvormende taak van de Afdeling en haar voorzieningenrechter te buiten gaat om, in afwijking van de door de wetgever gemaakte keuzes, aan het hoger beroep bij de Afdeling in asielzaken van rechtswege schorsende werking toe te kennen. De voorzieningenrechter kondigt echter wel aan dat hij in zaken met een 'arguable claim' ten aanzien van artikel 3 van het EVRM meer dan voorheen aanleiding zal zien de voorlopige voorziening te treffen dat een vreemdeling niet wordt uitgezet voordat op het door hem ingestelde hoger beroep is beslist, ook als nog geen concrete uitzettingsdatum bekend is. Wel voegt hij hier voor de goede orde aan toe dat ingrijpen van de wetgever hiermee niet overbodig is geworden, omdat niet vaststaat dat deze praktijk voldoet aan de vereisten die het EHRM in het arrest A.M. stelt (vergelijk over deze uitspraak J. Silvis, 'Ongelukkig slot van uitputtingsslag rond schorsende werking?', in: Bosma, Van Leeuwen & Van Loon (red.), *Graag nog even bespreken, Liber amicorum Henk Lubberdink*, Raad van State: Den Haag 2016, p. 213-222).

38 *Kamerstukken II* 2016/17, 33 359 (R1986), nr. 9 met motivering in nr. 8 (nota naar aanleiding van het verslag). Uit rechtsstatelijk oogpunt valt deze intrekking vanzelfsprekend toe te juichen.

REGELING VAN DE REDELIJKE TERMIJN

Hoe dit laatste ook zij, met het via een 'lus' op termijn stellen van de wetgever wordt enerzijds recht gedaan aan het belang van effectieve rechtsbescherming en het naleven van verdragsverplichtingen. Terwijl anderzijds de nadelen van rechterlijke rechtsvorming zoals de redelijke termijn-saga laat zien, worden vermeden. Een conclusie van een bestuursrechtelijke advocaat-generaal hierover zou nieuwe impulsen kunnen geven aan de jurisprudentie waarbij er ook aandacht kan zijn voor de rechtseenheid...

De conclusie voorbij

Liber amicorum aangeboden aan Jaap Polak

Onder redactie van:

Menko Bosma, Bart Jan van Ettekovén, Olaf van Loon, Henk Lubberdink,
Jurgen de Poorter en Ben Schueler

Met bijdragen van:

Tom Barkhuysen, Pieter Bas Beekman, Tim Borman,
Peter van Buuren, Eric Daalder, Piet Hein Donner,
Michiel van Emmerik, Bart Jan van Ettekovén, Maarten Feteris,
Kars de Graaf, Fred Hammerstein, Emmy de Jager,
Leen Keus, Robert Jan Koopman, Henk Lubberdink,
Bert Marseille, Lex Michiels, Frank van Ommeren,
Willemien den Ouden, Jurgen de Poorter, Bruno van Ravels,
Jan Roelfsema, Michiel Scheltema, Raymond Schlössels,
Ben Schueler, Hanna Sevenster, Dick Slump,
Wendy van der Sluijs, Rosa Uylenburg, Luc Verhey,
Rob Visser, Rob Widdershoven, Corinna Wissels,
Sylvia Wortmann, Menno van der Zijpp

Ars Aequi Libri 2017