

Onrechtmatige rechtspraak en de rechtsstaat

O&A 2017/30

Het staatsrecht wordt traditioneel in stelling gebracht tegen de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak. Vandaag de dag wordt echter vooral in het staatsrecht zelf regelmatig gepleit voor omarming van het leerstuk. In deze bijdrage wordt bezien in hoeverre rechtsstatelijke beginselen als kader gebruikt kunnen worden voor het debat over verruiming van de mogelijkheden tot aansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak. Betoogd wordt dat een ruimer aansprakelijkheidsregime voortvloeit uit het rechtsstatelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming. Vervolgens wordt ingegaan op drie mogelijke staatsrechtelijke bezwaren: vrees voor ondermijning van de rechterlijke onafhankelijkheid; het gezag van de rechter; en de machtenscheiding. Bij dat laatste valt zowel te denken aan implicaties voor de horizontale machtenscheiding, als om de institutionele verhouding tussen lagere en hogere rechters, en rechters uit diverse kolommen. Geconcludeerd wordt dat overheidsaansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak in staatsrechtelijk perspectief een afweging vereist tussen verschillende rechtsstatelijke belangen, specifiek tussen effectieve rechtsbescherming en machtenspreiding.

1. Inleiding

Eerst een volstrekt onwetenschappelijke observatie. Tegen het bestuursrecht steekt het Nederlandse staatsrecht conservatief af. Bestuursrecht staat tegenwoordig voor pragmatisme, innovatie en snelheid. Het staatsrecht daarentegen meet zichzelf graag de rol van een soort Eerste Kamer aan: het waarschuwt tegen de waan van de dag. Daardoor lijkt het weleens alsof het staatsrecht vooral een rem op rechtsontwikkeling is. De discussie over mogelijke verruiming van de overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak, bevestigt dit beeld op het eerste gezicht. Traditioneel wordt het staatsrecht in stelling gebracht om een restrictieve koers te bepleiten.² Wie echter beter kijkt ziet dat de staatsrechtelijke argumenten vooral door civilisten worden ingebracht.³ Vanuit het staatsrecht worden ruimere mogelijkheden voor aansprakelijkheid juist geregeld be-

pleit.⁴ Wat is hier aan de hand? En wat valt er vanuit staatsrechtelijk perspectief aan de discussie over onrechtmatige rechtspraak bij te dragen?

Die twee vragen staan centraal in deze bijdrage. Ons kader daarvoor wordt gevormd door de rechtsstaat. Nu is die rechtsstaat een tamelijk abstract gegeven. Relatief onomstreden is echter dat legaliteit, machtenscheiding en machtsevenwicht, onafhankelijke en effectieve rechtsbescherming en de verzekering van grondrechten er deel van uitmaken.⁵ Die elementen vormen voor ons de randvoorwaarden van het debat. Onze stelling is dat beantwoording van de vraag óf de criteria voor overheidsaansprakelijkheid uit onrechtmatige rechtspraak verruimd moeten worden, afweging van verschillende rechtsstatelijke beginselen vergt, met name tussen effectieve rechtsbescherming en machtsevenwicht. In dat verband bezien we eerst of het staatsrecht ook iets positiefs bij te dragen heeft aan het debat over onrechtmatige rechtspraak. We bepleiten dat verruiming van de aansprakelijkheidscriteria onder omstandigheden kan volgen uit het rechtsstatelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming. Vervolgens bespreken we de belangrijkste rechtsstatelijke bezwaren tegen een dergelijke verruiming. Omwille van expertise en de lengte van deze bijdrage komen de argumenten ontleend aan het procesrecht – zoals de geslotenheid van het stelsel van rechtsmiddelen en de rechtskracht van uitspraken – slechts zijdelings aan de orde.

2. De trend richting meer aansprakelijkheid

Het Nederlandse recht kent momenteel een bijzonder restrictieve benadering van de onrechtmatige rechtspraak.⁶ Formeel is het weliswaar mogelijk voor gedupeerden van rechterlijk optreden om de Staat ex artikel 6:162 BW aansprakelijk te stellen, maar zulke acties zijn weinig kansrijk. Sinds 1971 acht de burgerlijke rechter aansprakelijkheid alleen aan de orde als voldaan is aan twee criteria. De eiser moet alle gewone of buitengewone rechtsmiddelen hebben uitgeput alvorens hij over onrechtmatige rechtspraak mag beginnen.⁷ Bovendien heeft zijn vordering uitsluitend kans van slagen wanneer bij de voorbereiding van de rechterlijke uitspraak 'zulke fundamentele rechtsbeginselen zijn veron-

1 Mr. dr. J. (Jerfi) Uzman en mr. dr. G. (Geerten) Boogaard zijn beiden als universitair docent verbonden aan de afdeling staats- en bestuursrecht, Universiteit Leiden.

2 Vgl. V.V.R. van Bogaert, *De rechter beoordeeld. Over aansprakelijkheid en verantwoording in civiel- en staatsrechtelijk perspectief* (diss. Groningen), Antwerpen: Maklu 2005, p. 325-330.

3 Vgl. bijv. E.M. Meijers, 'De onrechtmatige overheidsdaad', *WPNR* 1925, p. 224-226, 241-244; G.E. van Maanen, *De wonderbaarlijke geschiedenis van de onrechtmatige overheidsdaad in de 19^{de} en 20^{de} eeuw*, Nijmegen: Ars Aequi Libri 1996, p. 73-75; G. Snijders, 'Onrechtmatige rechtspraak', in: A.G. Castermans e.a. (red.), *De landsadvocaat, voor deze – Opstellen voor J.L. de Wijkerslooth*, Den Haag: Bju 1999, p. 145-152.

4 Van Bogaert 2005; Zie overigens reeds C.A.J.M. Kortmann, 'De aansprakelijkheid van de Staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken', in: W. Aerts (red.), *Rechtspleging*, Deventer: Kluwer 1974, p. 95-112.

5 Zie o.a. het rapport van de WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu 2002, p. 45, 173. Tevens: F. van Ommeren, 'De rechtsstaat als toetsingskader', in: F. van Ommeren & S.E. Zijlstra (red.), *De rechtsstaat als toetsingskader*, Den Haag: Bju 2003, p. 7-22; C. Zoethout, 'Wat is de rechtsstaat?', *ibid.*, p. 55-77.

6 Dat laat onverlet dat het EU-recht en het EVRM gaten slaan in de nationale terughoudendheid. Zie de overige bijdragen in dit nummer.

7 HR 3 december 1971, NJ 1972/137, m.nt. Scholten; HR 17 maart 1978, NJ 1979/204, m.nt. MS. Nader: T. Barkhuysen & M.L. van Emmerik, 'Onrechtmatige rechtspraak na 100 Noordwijkerhout/Guldemond', in: R.J.N. Schlössels e.a. (red.), *De burgerlijke rechter in het publiekrecht*, Deventer: Kluwer 2015, p. 179-199.

achtzaamd, dat van een eerlijke en onpartijdige behandeling niet meer gesproken kan worden'. Mogelijk is deze lijn in 2009 enkele centimeters verschoven, toen de Hoge Raad zich liet ontvallen dat hij het moeilijk te verkroppen vindt als een 'kennelijke grove miskennen van hetgeen een behoorlijke rechtspleging taakvervulling meebrengt' niet tot aansprakelijkheid zou leiden.⁸ Daarmee leek aansprakelijkheid ook op *inhoudelijke* gronden mogelijk te worden. Onomstreden is die conclusie echter allerm minst.⁹ Deze restrictieve benadering is in de internationale context niet ongewoon. Hoewel de trend op veel plaatsen in de richting van een ruimhartiger aansprakelijkheidsregime gaat, is onrechtmatige rechtspraak in de meeste landen nog altijd een vreemde eend in de bijt van de overheidsaansprakelijkheid. De doorbraak-arresten van het Belgische Hof van Cassatie en recent het Grondwettelijk Hof, zijn eerder uitzondering dan regel.¹⁰ Wel is de kritiek op deze rechterlijke terughoudendheid toegenomen.¹¹

De kritiek lijkt het gevolg van vier ontwikkelingen. Ten eerste betreft dat een toenemend rechtsbeschermingsdenken – een ontwikkeling die gedeeltelijk, maar ook weer niet helemaal, kan worden toegeschreven aan de Europese jurisprudentie. De bescherming van individuele rechten, en daarmee van de rechtsbescherming, is langzamerhand paradigmatisch geworden voor het Westerse rechtsdenken.¹² En dus wordt geregeld bepleit dat verruiming van de restrictieve aansprakelijkheidsjurisprudentie tegemoetkomt 'aaneen serieuze behoefte om onrechtvaardige situaties die door toedoen van de staat ontstaan, recht te zetten'.¹³ Een ontwikkeling die daar enigszins mee samenhangt, betreft de individualisering van de samenleving. Individualisering is staatsrechtelijk relevant waar zij kan worden begrepen als een vorm van de-institutionalisering: afzwakking van traditionele bindingen, onder andere aan de gemeenschap

en haar instituties.¹⁴ Waarom zou het individu dat de dupe werd van een rechterlijke misslag de rekening betalen voor staatsrechtelijke arrangementen die zich tegen aansprakelijkheid zouden verzetten, zoals de onafhankelijkheid en het gezag van de rechtspraak? De bloei van het overheidsaansprakelijkheidsrecht op aanpalende terreinen, zoals de onrechtmatige wetgeving, past naadloos in die trend.¹⁵ In de derde plaats zijn de inzichten over rechterlijke interpretatie en de rol van 'de wet' in het proces van de rechtsvinding veranderd.¹⁶ Wie aanneemt dat de rechter het recht 'vindt' door eenvoudigweg de wet toe te passen, kan dogmatisch moeilijk tot *onrechtmatige* rechtspraak concluderen. Alles wat de rechter doet, is rechtmatig.¹⁷ Bij evident onjuiste rechtstoepassing is, aldus de *hardliners*, geen sprake meer van interpretatie volgens de regelen der kunst en dus ook niet meer van rechtspraak.¹⁸ Die opvattingen zijn inmiddels verlaten. De vierde ontwikkeling hangt daarmee samen. Het gaat dan over de gegroeide aandacht voor de rechter als invloedrijke actor in de Trias. De rechter is een machtsfactor geworden die net als bestuur en wetgever, verantwoording moet afleggen.¹⁹ Sommige auteurs bepleiten dat persoonlijke of staatsaansprakelijkheid daarvoor het aangewezen voertuig is.²⁰ Twee van deze ontwikkelingen laten zich vertalen in rechtsstatelijke argumenten die voor verruiming van de mogelijkheden tot aansprakelijkheid leiden. Het gaat dan om de behoefte aan (meer) rechtsbescherming en het afleggen van verantwoording door de rechter. Dan rijst de vraag of het, in het licht van de rechtsstaat, ook goede argumenten zijn.

2.1 Aansprakelijkheid, verantwoordelijkheid en machtspreiding

Van Bogaert bepleitte in 2005 ruimhartige aanvaarding van aansprakelijkheid voor rechterlijk optreden. Ze schuwde zelfs de persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter niet principieel.²¹ De grondslag voor dat opmerkelijke pleidooi was het rechtsstatelijke vereiste van machtsverevenwicht. Volgens Van Bogaert is de traditionele gebondenheid van de rechter aan de wet tegenwoordig weggevallen en vervangen door een visioen van de rechter als *partner in the business of law*.²² Deze ontwikkeling, gecombineerd met de rechterlijke onafhankelijkheid, zet de machtsverdeling onder druk. Controle is nodig. Enerzijds door de gronden voor ontslag van rechters door regering en parlement te verruimen, en anderzijds door een stevig aansprakelijkheidsre-

8 HR 4 december 2009, NJ 2011/131, m.nt. J.B.M. Vranken (*Greenworld/Arbiters*), r.o. 3.6.

9 R. Meijer, 'Naar een ruimere aansprakelijkheid van rechters en arbiters?' *MvV* 2010, p. 111-114; T. Barkhuysen, M.L. van Emmerik & R. van der Hulle, 'Onrechtmatige rechtspraak in Nederland: coulanter compenseren?', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Coulant compenseren – Over overheidsaansprakelijkheid en rechtspolitiek*, Deventer: Kluwer 2012, p. 235-254, op p. 238.

10 Vgl. S.C.J.J. Kortmann, 'Wie betaalt de rekening? Enige rechtsvergelijkende kanttekeningen naar aanleiding van het *Anca*-arrest', *NJB* 1993/25, p. 921-926; R. Orlé, 'De aansprakelijkheid van de Staat voor fouten van de rechter – Rechtsvergelijkende opmerking naar aanleiding van het *Schaarbeek*-arrest', *NJB* 2016/1038, p. 1491-1494. Zie ook de bijdrage van Carton en Lierman (*O&A* 2017/33).

11 Zie voor Duitsland: M. Breuer, *Staatshaftung für judikatives Unrecht*, Tübingen: Mohr Siebeck 2011; A. Voßkuhle, *Rechtsschutz gegen den Richter* (diss. München), München: C.H. Beck 1993. Een betrekkelijk willekeurige greep uit de Nederlandse lit.: Van Bogaert 2005; Barkhuysen, Van Emmerik & Van der Hulle 2012; J.E.M. Polak, 'De klassieke onrechtmatige daadsvordering als instrument van effectieve uitvoering van EG-recht', in: T. Barkhuysen e.a. (red.), *Europees recht effectueren*, Alphen aan den Rijn: Kluwer 2007, p. 257-282, op p. 278.

12 Vgl. A. von Bogdandy, 'The past and promise of doctrinal constructivism: A strategy for responding to the challenges facing constitutional scholarship in Europe', *J-CON* 2009, p. 364-400, op p. 381-383.

13 T. Barkhuysen, 'Vooraf – Onrechtmatige rechtspraak', *NJB* 2012/1466, p. 1777.

14 A. Felling, J. Peters & P. Scheepers (red.), *Individualisering in Nederland aan het eind van de twintigste eeuw – Empirisch onderzoek naar omstreden hypothesen*, Assen: Van Gorcum 2000, p. 41-42.

15 Vgl. bijv. HR 18 september 2015, AB 2016/30, m.nt. Widdershoven, *O&A* 2015/90, m.nt. Uzman.

16 Zie G. Boogaard & J. Uzman, 'Tussen Montesquieu en Judge Dredd: over rechter, politiek en rechtsvorming', *Ars Aequi* 2015, pp. 61-67.

17 Breuer 2011, p. 6.

18 Van Bogaert 2005, p. 345.

19 Vgl. o.a. R. Hirschl, *Towards Juristocracy – The Origins and Consequences of the New Constitutionalism*, Cambridge (Mass.): Harvard University Press 2004.

20 Van Bogaert 2005, p. 479-487; J.F.M. Janssen, 'De persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter', *NJB* 2008/963, p. 1212-1218.

21 Van Bogaert 2005, p. 439.

22 Vgl. Van Bogaert 2005, p. 480-481.

gime voor onrechtmatige rechtspraak.²³ Dat ontslag is aan de orde bij ernstig persoonlijk falen van de rechter, overheidsaansprakelijkheid reeds wanneer de rechter anders handelde dan wat van een 'rechterlijke maatman' mocht worden verwacht.²⁴

Het pleidooi van Van Bogaert is niet zonder problemen. Dat komt door haar compromisloze conclusie dat de binding van de rechter aan de wet geheel is weggefallen. Het klopt weliswaar dat de opvattingen over de rechterlijke taak in de loop der tijd zijn verschoven. Van een volstrekt losgebroken rechter kan echter bepaald niet worden gesproken.²⁵ Weliswaar is de rechter voortdurend betrokken bij het proces van de rechtsvinding, maar dat gebeurt dan wel binnen de kaders van het positieve recht. Slechts een enkele visionair knipt de noodzakelijke band tussen het geschreven recht en de rechtsvinding helemaal door.²⁶ Van Bogaert verabsoluteert dan ook de tendens in de literatuur om de absolute binding van de rechter aan de wet te relativeren. De vrijere rechtsvinding die de rechter zich kan veroorloven volgt eerder uit een verschuiving van de traditionele binding aan de wet, naar een binding aan het positieve recht. Meestal gaat het daarbij om het geschreven recht van nationale of internationale origine. Ontegenzeggelijk staat de rechter daarbij voor keuzes. Zijn rol in het proces van rechtsvinding is daarmee echter niet onbegrensd.²⁷ Evenmin zijn die grenzen onbewaakt. Bij de naleving ervan spelen allerhande actoren, zoals de media, rechters in andere gremia, en de politieke actoren een rol.²⁸ De nogal digitale benadering van Van Bogaert levert dan ook een weinig solide rechtsstatelijke basis op, om de aansprakelijkheid van de Staat, laat staan die van de rechter zelf, voor onrechtmatige uitspraken op te funderen. Het probleem is – vooralsnog – eenvoudig minder groot dan zij suggereert.

2.2 Effectieve rechtsbescherming en de rechtsstaat

Voor veel auteurs is het argument voor verruiming van de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak, de vrees voor een gat in het stelsel van rechtsbescherming. Dat argument heeft herkenbaar rechtsstatelijke wortels. Rechtsbescherming wordt immers algemeen beschouwd als een essentiële pijler van de rechtsstaat.²⁹ Daar komt bij dat het verband tussen rechtsbescherming en aansprakelijkheid diep geworteld is in het denken over de rechts-

staat.³⁰ Het rechtsbeschermingsargument heeft een zekere overtuigingskracht omdat het de bewijslast verschuift naar diegenen die blokkades tegen staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak bepleiten. Aansprakelijkheid wordt zo de norm, rechterlijke immuniteit de uitzondering die moet worden gerechtvaardigd.³¹ Tegelijkertijd roept zo'n benadering vragen op. Zo is het primaat van de rechtsbescherming niet vanzelfsprekend. Het behoeft onderbouwing, zeker in de context van onrechtmatige rechtspraak. De rechtmatigheid van rechterlijke oordelen is immers het uitgangspunt. Daarnaast kan men zich afvragen of de rechtsstatelijke eis van rechtsbescherming niet te weinig concreet is om er een pleidooi voor meer aansprakelijkheid op te kunnen bouwen. Een derde vraag is of verruiming van de aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak het stelsel van rechtsbescherming als geheel niet juist onder druk zet.

Het ligt voor de hand de roep om het primaat van de rechtsbescherming te onderbouwen met een beroep op het beginsel van effectieve rechtsbescherming zoals we dat kennen van het Unierecht en artikel 13 EVRM.³² In beide gevallen wordt direct verband gelegd tussen effectieve rechtsbescherming en staatsaansprakelijkheid.³³ Het is duidelijk dat de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak in het kader van schendingen van het Unierecht en het EVRM daarop kan worden gebaseerd.³⁴ De vraag is of zo'n beroep op effectieve rechtsbescherming ook in zuiver nationale kwesties kan worden gedaan. Wij menen van wel. Toegegeven, een dergelijk beginsel is (nog) nooit expliciet omarmd. Tegelijkertijd valt de werking van de effectieve rechtsbescherming in het Nederlandse recht vandaag de dag eigenlijk nauwelijks nog te ontkennen. Varianten van het beginsel (effectieve geschilbeslechting, effectieve bestuursrechtsspraak, beginselen van (behoorlijke) rechtspraak) figuren regelmatig in de wetsgeschiedenis, de rechtspraak en literatuur.³⁵ Meer dan eens gebeurt dat buiten de context van het Unierecht of het EVRM. Het zou dan ook geforceerd aandoen om vol te houden dat het beginsel van effectieve

23 *Ibid.*, p. 424.

24 *Ibid.*, p. 426-433.

25 Vgl. P.P.T. Bovend'Eert, 'Wetgever, rechter en rechtsvorming – 'Partners in the business of law'', *RMThemis* 2009, p. 145-153.

26 J.M. Barendrecht, 'Rechtsvorming naar behoefte', *NJB* 2000/13, p. 690-686; J.B.M. Vranken, *Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht – Algemeen deel* (***), Deventer: Kluwer 2005, p. 9-11, 85.

27 Vgl. Boogaard & Uzman 2015, p. 66-67.

28 Soortgelijke kritiek: J. Soeharno in *R&R* 2007, p. 80-85.

29 A. Frändberg, *From Rechtsstaat to Universal Law-State – An Essay in Philosophical Jurisprudence*, Heidelberg: Springer 2014, p. 6; M. Scheltema, 'De rechtsstaat', in: J.W.M. Engels e.a. (red.), *De rechtsstaat herdacht*, Zwolle: W.E.J. Tjeenk Willink 1989, p. 11-25; Van Ommeren 2003, p. 19-20; Zoethout 2003, p. 55-77; WRR, *De toekomst van de nationale rechtsstaat*, Den Haag: Sdu 2002, p. 45, 173; Zie ook K. Stern, *Das Staatsrecht der Bundesrepublik Deutschland, Band I*, München: C.H. Beck 1984, p. 855.

30 Zo bijv. B.W. Pfeiffer, *Practische Ausführungen aus allen Theilen der Rechtswissenschaft* (Band II), Hannover: 1928, p. 369. Verdere auteurs bij: Breuer 2011, p. 146-149.

31 Vgl. bijv. S.C.C. J. Kortmann, J.S. Kortmann & L.P. Kortmann, 'Nogmaals de aansprakelijkheid van de staat voor schade voortvloeiende uit rechterlijke uitspraken', in: P.P.T. Bovend'Eert e.a. (red.), *Grensverleggend staatsrecht*, Deventer: Kluwer 2001, p. 207-231, op p. 208-209; 228-230.

32 Vgl. art. 47 HvGEU en HvJ EG 10 april 1984, Zaak 14/83 (*Von Colson & Kamann*), en HvJ EG 15 mei 1986, Zaak 222/84 (*Johnston*). Nader: J. Uzman, *Constitutionele remedies bij schending van grondrechten* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2013, hfst. 6-7.

33 Zie o.a. HvJ EG 19 november 1991, C-6/90 (*Francovich*); HvJ EG 30 september 2003, C-224/01 (*Köbler*); HvJ EG 13 juni 2006, C-173/03 (*Traghetti*); Ch. Görisch, 'Effective legal protection in the European legal order', in: Z. Szente & K. Lachmayer (eds.), *The principle of effective legal protection in Administrative Law*, Londen: Routledge 2017, p. 39.

34 Vgl. o.a. ABRvS 4 juni 2008, AB 2008/229, m.nt. Widdershoven; HR 28 maart 2014, AB 2014/190, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik.

35 Vgl. bijv. J.E.M. Polak, *Effectieve bestuursrechtsspraak* (oratie Leiden), Leiden: 2000, p. 10; A. Gerbrandy, *Convergentie in het mededingingsrecht* (diss. Utrecht), Den Haag: Bju 2009, p. 40-52.

rechtsbescherming zuiver in de Europese context speelt.³⁶ Het feit dat het beginsel zo onlosmakelijk met de rechtsstaat verbonden is, onderstreept dat.

Lastiger is het om te beoordelen of aan zo'n rechtsstatelijk beginsel van effectieve rechtsbescherming ook een concreet recht op ruimere aansprakelijkheid kan worden ontleend. Is het daarvoor niet te onbepaald?³⁷ Misschien, toch valt er wel een betoog op te bouwen. Het helpt in dat verband om twee 'lagen' van het beginsel te onderscheiden. Op metaniveau houdt het de plicht in voor de (grond)wetgever om zorg te dragen voor een functionerend stelsel van rechtsbescherming, *'adequate to keep government generally within the bounds of the law'*.³⁸ Deze eis is absoluut. Op individueel niveau omvat het beginsel een optimaliseringsgebod voor de rechter, om in individuele gevallen zo mogelijk voor rechtsherstel te zorgen.³⁹ Op dit niveau vindt afweging plaats tegen andere belangen. Tussen beide niveaus is sprake van wisselwerking: de plicht om in individuele gevallen rechtsbescherming te verlenen kan het in uitzonderlijke gevallen afleggen tegen andere belangen, maar de gevolgen daarvan mogen niet zodanig structureel zijn dat zij het systeem van rechtsbescherming als zodanig ondermijnen.

Zo opgevat is een beroep op rechtsbescherming geen beslissend argument voor ruimere aansprakelijkheid. Méér rechtsbescherming is niet altijd effectievere rechtsbescherming. Zo heeft de mogelijkheid voor partijen om, na gebruikmaking van het stelsel van rechtsmiddelen opnieuw over de kwestie te beginnen, tot gevolg dat het systeem van rechtsbescherming als geheel (het metaniveau) onder druk komt te staan. Wel biedt effectieve rechtsbescherming een afwegingskader om het belang van gedupeerden van onrechtmatige rechtspraak af te wegen tegen het algemeen belang dat is gemoeid met een restrictieve benadering van het leerstuk. Het belang van gedupeerden wordt daarbij groter, naarmate aansprakelijkheid voor hen echt de enige mogelijkheid is om rechtsherstel te krijgen. Waar de grens precies ligt, is dus niet in *abstracto* te bepalen.

3. Staatsrechtelijke bedenkingen

De rechtsstaat kan op twee manieren in stelling worden gebracht om een ruimhartige(r) benadering van de onrechtmatige rechtspraak te bepleiten. Het pleidooi om staatsaansprakelijkheid in te zetten om het herstel van *checks & balances* binnen de Trias te bewerkstelligen, overtuigt niet. We zagen meer in pleidooien die zijn gebaseerd op het rechtsstatelijke beginsel van effectieve rechtsbescherming. Daarmee is niet gezegd dat effectieve rechtsbescherming

de discussie over onrechtmatige rechtspraak, doodslaat. Integendeel, het beginsel vergt afweging met fundamentele staats- en procesrechtelijke bezwaren. Die bezwaren moeten dan wel rechtsstatelijk noodzakelijk zijn, niet verdergaan dan strikt noodzakelijk en evenredig aan de te dienen belangen. In deze paragraaf gaan we op het rechtsstatelijk gewicht van de bezwaren in. Aangezien de meeste bedenkingen tegen aansprakelijkheid reeds uitvoerig zijn besproken in diverse proefschriften en commentaren, beperken we ons tot drie rechtsstatelijke argumenten: rechterlijke onafhankelijkheid, machtenscheiding en het gezag van de rechtspraak.⁴⁰

3.1 Soevereiniteit en het gezag van de rechter

Het oudste argument, zeker in internationaal verband, betreft de soevereiniteit van het staatsgezag die in de weg zou staan aan de aansprakelijkheid van de Staat of ambtsdragers persoonlijk.⁴¹ Dat geldt ook voor de rechterlijke functie. Rechtspraak behoort, in de negentiende eeuwse opvatting, tot de wezenskenmerken van soeverein staatsgezag. Afgezien van de rechtsmiddelen waarin het formele procesrecht voorziet, kan de uitkomst van het rechterlijk proces niet in rechte ter discussie worden gesteld.⁴² Naoorlogse auteurs wijzen het argument unaniem af, meestal omdat het uitgaat van verouderde noties. Overtuigend is het echter nooit echt geweest. Geen van de staatsmachten is in Nederland ooit 'soverein' verklaard. Hoewel niet onomstreden, berechtte de rechter bovendien al in de Republiek der Verenigde Nederlanden onrechtmatige overheidsdaden.⁴³ Volgens Van Bogaert gaat soevereiniteit ook niet om de hoogste macht in de Staat, maar om het soort mystieke 'macht' waarmee de rechtsorde wordt gemaakt of gebroken.⁴⁴ Met de – al dan niet onrechtmatige – uitoefening van bevoegdheden heeft soevereiniteit in elk geval niets van doen. Bovendien staat buiten kijf dat belangrijke functies van het staatsgezag, zoals de wetgevende, aan het aansprakelijkheidsregime onderhevig zijn.⁴⁵ De restrictieve koers ten aanzien van onrechtmatige rechtspraak is dus eerder uitzondering dan regel.

Moderne varianten van hetzelfde argument baseren zich op het gezag van de rechter.⁴⁶ Het soevereiniteitsargument

36 Vgl. ook de wijze waarop de bestuursrechter de Straatsburgse redelijke-termijnjurisprudentie, zonder verdragsrechtelijke basis, als Nederlands ongeschreven recht van toepassing verklaarde op vreemdelingenzaken (ABRvS 3 december 2008, AB 2009/70, m.nt. Barkhuysen & Van Emmerik). Zie verder de bijdrage van Barkhuysen en Van Emmerik O&A 2017/34.

37 D. Röder, *Die Haftungsfunktion der Grundrechte*, Berlin: Duncker & Humblot 2002, p. 276; A.M. Bos, *Geregeld recht: een rechtspositivistische analyse van de rechtsstaat* (diss. UvA), Nijmegen: Ars Aequi Libri 2001, p. 3–6.

38 R. Fallon & D. Meltzer, 'New Law, Non-Retroactivity, and Constitutional Remedies', *Harvard Law Rev.* 1991, p. 1731–1833, op p. 1778–1779.

39 *Ibid.*

40 Vgl.: Kortmann 1974; A. van Oevelen, *De overheidsaansprakelijkheid voor het optreden van de rechterlijke macht* (diss. Antwerpen), Antwerpen: Maklu 1987, p. 742–774; Chr. van Dijk & C. Drion, 'De rechter moet het rechter maken', *A&V* 1997, p. 25–38; V. van den Brink, 'Aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak', *NJB* 2000/15, p. 789–795; Van Bogaert 2005, p. 303–332; Barkhuysen, Van Emmerik & Van der Hulle 2012; R. Ortlepp, 'Het arrest Traghetti en een geharmoniseerd criterium voor staatsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak', *NTer* 2006, p. 227–230.

41 Vgl. J.W.H. Blomkwist, 'Over onrechtmatige rechtspraak', *Ars Aequi* 1972, p. 281–288, op. 282; Van Oevelen 1987, p. 760–762.

42 Vgl. G. Debeyre, *La responsabilité de la puissance publique en France et en Belgique*, Parijs: Sirey 1936, p. 241.

43 Vgl. J.V. Rypperda Wierdsma, *Politie en Justitie. Een studie over Hollandse staatsbouw tijdens de Republiek* (diss. Leiden), Zwolle: Tijl 1937, p. 173. Zie tevens: J. Uzman & G. Boogaard, 'Commentaar bij artikel 112 Grondwet', in: E.M.H. Hirsch Ballin & G. Leenknicht, *Artikelsgewijs commentaar op de Grondwet* (www.nederlandrechtsstaat.nl).

44 Van Bogaert 2005, p. 327.

45 Vgl. HR 18 september 2015, AB 2016/30, m.nt. Widdershoven, O&A 2015/90, m.nt. Uzman.

46 Daarover: Breuer 2011, p. 193–201.

dient immers deels de wens om het staatsgezag te beschermen. Denkbaar is, te beargumenteren dat het aanzien van de rechterlijke macht beschadigd raakt als rechters elkaar, onparlementair uitgedrukt, 'in de haren vliegen'.⁴⁷ Vooral de Duitse rechtsgeschiedenis illustreert dat een al te ruime hartige regeling van rechtersaansprakelijkheid in sommige gevallen problematisch kan zijn, al gaat het daarbij om zeer oude gevallen waarin van een stelsel van hoger beroep nog geen sprake was.⁴⁸ Desalniettemin komt deze gedachte verouderd over, in de zin dat transparantie over gemaakte fouten tegenwoordig eerder geacht wordt bij te dragen aan legitimatie, dan de fictie dat de rechterlijke macht geen fouten maakt.⁴⁹ In de huidige samenleving, waarin de ivoren toren van de rechtspraak geregeld onder vuur ligt, zijn bijzondere privileges voor rechters nauwelijks populair. Men kan zich dan ook afvragen of de legitimatie van het recht er niet eerder onder te lijden heeft wanneer het niet in staat is om onrechtmatig handelen, in dit geval door de rechter, te corrigeren en zoveel mogelijk te herstellen.⁵⁰ Daar komt bij dat het gezagsargument dan óók een rol zou moeten spelen bij het uitsluiten van aansprakelijkheid voor onrechtmatige wetgeving en, in mindere mate, onrechtmatig bestuurshandelen, en dat is niet het geval.

Een bijzondere, maar minder bekende vorm van gezagsverlies is aan de orde als de Rechtbank Den Haag zich buigt over de aansprakelijkheid van de Staat omdat de Hoge Raad of de hoogste bestuursrechters het Unierecht onjuist zouden hebben uitgelegd. De rechtspraak van de hoogste rechter komt dan direct onder vuur te liggen. Dat geldt misschien nog wel meer voor de toetsing aan het EVRM, waar de rechtbank het vooralsnog zal moeten stellen zonder de mogelijkheid om althans een prejudiciële vraag te stellen.⁵¹ In het geval van de hoogste bestuursrechters komt daar nog een dimensie bij: hun koers is, hoewel indirect en marginaal, onderworpen aan toetsing door de burgerlijke rechter.⁵² Het oordeel dat de Staat aansprakelijk is omdat de bestuursrechter volgens de (eerstelijns) civiele rechter het Europese recht verkeerd heeft uitgelegd kan zowel tot spanningen binnen het rechterlijk apparaat, als tot gezichtsverlies leiden. Vanuit het perspectief van het Unierecht is dat niet problematisch. Betoogd is wel, dat het Hof van Justitie de *Köbler*-aansprakelijkheid mede in het leven heeft geroepen om de eigen positie ten opzichte van de nationale hoogste rechters, met inschakeling van de lagere rechtspraak, te verstevigen.⁵³ Vanuit het per-

spectief van de Hoge Raad en de hoogste bestuursrechters is dat vooruitzicht minder aantrekkelijk. Zeker in een tijd waarin de legitimatie van het Unierecht onder druk staat en waarin veel nadruk wordt gelegd op pluralisme en dialoog tussen de Europese Hoven en de nationale hoogste rechters, lijkt het aangewezen de eigenstandige rol van die laatste in het proces van de (Europese) rechtsvinding zoveel mogelijk te respecteren. De mogelijkheid om subtiële pogingen tot bijsturing door de hoogste nationale rechter, te bestempelen tot onrechtmatige rechtspraak is dan niet productief. Aan dit bezwaar wordt in elk geval deels tegemoetgekomen door de eis van de gekwalificeerde schendingen. Daarnaast valt te overwegen om, zoals Widdershoven en Ortlep een slordige tien jaar geleden voorstelden (en herhalen in hun bijdrage aan dit themanummer (*O&A* 2017/35)), een aparte voorziening, in de vorm van een gezamenlijke kamer van de Hoge Raad en de Afdeling, in het leven te roepen voor de behandeling van deze vorm van aansprakelijkheid. Hoe dan ook, deze vorm van institutioneel gezagsverlies verdient, in tegenstelling tot de eerder geopperde bezwaren daarover, wel nadere doordenking.

3.2 Rechterlijke onafhankelijkheid

Een ander rechtsstatelijk argument tegen het aanvaarden van aansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak betreft de rechterlijke onafhankelijkheid. Die onafhankelijkheid wordt geregeld in één adem genoemd of zelfs verzeeld met het argument van de machtscheiding.⁵⁴ Machtscheiding en onafhankelijkheid hangen dan ook met elkaar samen: beiden vloeien voort uit de rechtsstaatsgedachte. De één veronderstelt de ander.⁵⁵ Toch gaat het om twee afzonderlijke argumenten. Machtscheiding ziet op de functionele, organisatorische en personele scheiding van de rechtspraak ten opzichte van de andere staatsmachten. Het zwaartepunt daarbij ligt niet bij de individuele rechter, maar bij de rechtspraak als zodanig. Voor individuele zaken geldt dat het beginsel van machtscheiding zich ertegen verzet dat rechterlijke beslissingen kunnen worden vernietigd of teruggedraaid. De onafhankelijkheidseis heeft betrekking op de mate waarin rechterlijke beslissingen beschermd zijn tegen beïnvloeding door de andere staatsmachten. Het gaat dan om de formele onmogelijkheid van de wetgever en bestuur om de rechter specifieke instructies in individuele zaken te geven, om de rechter – anders dan via de wet – beleid voor te schrijven en om rechtspositionele waarborgen die ervoor moeten zorgen dat dit ook niet via een achterdeur gebeurt.

In de context van de aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak, is de onafhankelijkheid van de rechterlijke macht in het geding als daardoor de mogelijkheid zou ontstaan voor de beide andere staatsmachten om individuele rechters in hun oordeelsvorming te beïnvloeden. Daarbij valt voor een restrictieve en een ruime benadering van

47 Vgl. K. Fischer, *Die Richterhaftung* (diss. Keulen), Keulen 1973, p. 77.

48 Zie: E.M. Livonius, § 839 Abs. 2 BGB – *Vorstellungen des Gesetzgebers und heutige Praxis der Staatshaftung und des staatlichen Rückgriffs* (diss. Berlin), Verlag Schön 1968, p. 73.

49 Vgl. H. Toner, 'Thinking the Unthinkable? State Liability for Judicial Acts after Factortame III?', *Yearbook of European Law* 1997, p. 165-189, op p. 175. Breuer 2011, p. 195.

50 Daar komt mogelijk verandering in wanneer Protocol 16 bij het EVRM in werking treedt. Dit protocol voorziet in een niet-bindende prejudiciële procedure bij het EHRM.

51 Zie reeds: R. Widdershoven & R. Ortlep, 'Schendingen van EG-recht door rechters', *O&A* 2004/18, p. 34-48; Polak 2007, p. 278.

52 J. Komárek, 'Federal elements in the Community judicial system: building coherence in the Community legal order', *CMLR* 2005, p. 9-34. Zie over de *Köbler*-aansprakelijkheid verder de bijdrage van Ortlep en Widdershoven (*O&A* 2017/35).

54 Zo bijv. Kortmann 1974, p. 96.

55 P.M. van den Eijnden, *De onafhankelijkheid van de rechter in constitutioneel perspectief* (diss. Nijmegen), Deventer: Kluwer 2011, p. 397.

onafhankelijkheid te kiezen. Volgens de restrictieve benadering is de onafhankelijkheid pas in het geding als de andere staatsmachten een formele bevoegdheid hebben om de individuele rechter te vertellen wat hem te doen staat.⁵⁶ Daarvan is in het geval van aansprakelijkheid geen sprake.⁵⁷ Aansprakelijkheid tast immers de bevoegdheid van de rechter om naar eigen inzicht uitspraak te doen niet aan. Deze benadering is echter, terecht, als te dogmatisch van de hand gewezen.⁵⁸ Kiezen we voor de ruime benadering, dan liggen de zaken moeilijker. Dan speelt ook de onbevangenheid van de rechter. Zeker in het geval van persoonlijke aansprakelijkheid van de rechter is goed voorstelbaar dat deze, als hij nog rechter wil worden, zich minder vrij voelt wanneer hij te vrezen heeft voor schadeclaims die zijn eigen portemonnee raken.⁵⁹ De vraag is of die redenering ook opgaat voor de situatie dat niet de rechter, maar de Staat betaalt. Het Hof van Justitie vond in *Köbler* dat het dan wel meeviel, en dat standpunt wordt inmiddels vrijwel unaniem onderschreven.⁶⁰ Daarbij spelen twee overwegingen een rol.

In de eerste plaats heeft staatsaansprakelijkheid het belangrijke voordeel dat de portemonnee van de rechter zelf gespaard blijft. Eventuele materiële nadelen van een dergelijk stelsel liggen eerder in de wetenschap van de rechter dat hij voor de overheid een 'dure collega' is, en dat zijn kansen op bevordering mogelijk afnemen. Zulke overwegingen leggen echter weinig gewicht in de schaal als men ze afzet tegen het alternatief: afwenteling van het financiële risico op de burger. In dat verband speelt mee dat soms nu eenmaal van de rechter gevraagd wordt dat hij, voor de overheid, impopulaire beslissingen neemt en dat het loopbaanelement ook een rol speelt in een stelsel van hoger beroep.⁶¹ Voorts wordt geregeld beslissend geacht dat de beslissing over aansprakelijkheid binnen de rechterlijke kolom blijft.⁶² Hoewel het bestuur betaalt, is het de rechter die bepaalt. De aangesproken rechter is dus slechts verantwoording schuldig binnen het raam van de rechterlijke organisatie zelf.⁶³ Dat lijkt ook ons de belangrijkste reden om het bezwaar van de rechterlijke onafhankelijkheid terzijde te stellen.

Toch moet een kanttekening worden gemaakt. Vraag is namelijk of ook hier niet een te beperkte opvatting van de rechterlijke onafhankelijkheid wordt gebezigd. De focus ligt eenzijdig op de klassieke horizontale werking van het beginsel. In toenemende mate is er echter ook aandacht voor

de (interne) onafhankelijkheid van rechters ten opzichte van elkaar.⁶⁴ Vooral nog zijn de opvattingen daarover nog sterk in beweging.⁶⁵ Men kan zich echter de vraag stellen of een lagere rechter zich nog vrij voelt vrijmoedig bij te dragen aan de rechtsontwikkeling als zijn oordeel door de hogere rechter niet alleen vernietigd, maar ook tot onrechtmatige daad bestempeld kan worden, dan wel dat daarvan een *chilling effect* uitgaat. Men komt dan weer op het eerdere punt, dat de risico's van de rechter persoonlijk beperkt, en in elk geval van een erg indirecte aard zijn. We komen echter bij de kwestie terug in het kader van de relatie tussen aansprakelijkheid en (verticale) machtscheiding.

3.3 Machtscheiding

Rechtsstatelijke overwegingen van machtscheiding spelen traditioneel weliswaar een rol in discussies over onrechtmatige rechtspraak, maar dat gebeurt doorgaans in één adem met de rechterlijke onafhankelijkheid. De machtscheiding in haar zuivere vorm zou in het geding zijn als bijvoorbeeld het bestuur het eindoordeel over de rechtmatigheid van een rechterlijke uitspraak zou toekomen, of als het deze zou mogen terugdraaien. Het huidige debat wordt echter gekenmerkt door twee constanten: de rechtskracht van de rechterlijke uitspraak wordt in het kader van de aansprakelijkheidsprocedure niet aangetast, en de toetsing van die uitspraak geschiedt binnen de rechtspraak zelf, niet door een andere staatsmacht. Van enig bezwaar voortvloeiend uit de Trias Politica lijkt geen sprake.

De situatie wordt anders als we de Trias aanvullen met *checks & balances* en het daarmee gepaard gaande machts-evenwicht.⁶⁶ Daaronder wordt ook de *verticale* machts-spreiding begrepen, in de context van de rechtspraak niet onbelangrijk. Dat heeft te maken met de (in paragraaf 2 gesignaleerde) toegenomen aandacht voor de rechterlijke bijdrage aan de rechtsvorming. Hoewel niet kan worden volgehouden dat de Nederlandse rechter volstrekt los van het wettelijk stelsel opereert, is zijn aandeel in de rechtsontwikkeling de afgelopen decennia onmiskenbaar aanzienlijk vergroot. In dat verband wordt steeds nadrukkelijker de vraag gesteld naar de grenzen van de rechterlijke functie en, daarmee verbonden, de rechterlijke invloed op de koers van het recht. De machtscheiding speelt in die discussies tot dusver de rol van prominente lege huls.⁶⁷ Beruchte zaken als de Klimaatzaak van *Urgenda* en de SGP-zaak van *Clara Wichmann* laten zien dat het steeds moeilijker wordt om het politieke domein van het juridische af te bakenen. Dat noodzaakt tot het inbouwen van nieuwe, en herwaarderden van bestaande *checks* om te zorgen dat die rechterlijke rol

56 Breuer 2011, p. 174.

57 Aldus bijv. Van Bogaert 2005, p. 328-330; Van den Eijnden 2011, p. 372-377.

58 Breuer 2011, p. 176. Eveneens in deze zin: BVerfG 24 januari 1961, BVerfGE 12, 81, waarin de Duitse constitutionele rechter elke vermijdbare invloed op de rechterlijke oordeelsvorming uitsluit.

59 Vgl. Van den Brink 2000, p. 792; Brandsma 2014, p. 117. Het omgekeerde is overigens ook betoogd: de angst voor schadeclaims bewerkstelligt 'alleen maar' extra zorgvuldigheid van de kant van de rechter. Vgl. A. Ohlenburg, *Die Haftung für Fehlverhalten von Richtern und Staatsanwälten im deutschen, englischen und französischen Recht*, Osnabrück: Rasch 2000, p. 34.

60 HvJ EG 30 september 2003, C-224/01, r.o. 42. Zie voorts: Van Bogaert 2005, p. 329.

61 Breuer 2011, p. 181.

62 Zo bijv. Kortmann 1974, p. 96; Van den Eijnden 2011, p. 373.

63 Van Oevelen 1987, p. 762-766.

64 Vgl. K. Teuben, *Rechtersregelingen in het (burgerlijk) procesrecht* (diss. Leiden), Deventer: Kluwer 2004, p. 29; Breuer 2011, p. 176-177. De tendens is internationaal zichtbaar in diverse uitspraken (vgl. bijv. BVerfG 24 mei 1995, 2 BvF 1/92) en *soft law* (zie: *Opinion 1* (2001) van de Consultative Council of European Judges (CCJE)).

65 L.F.M. Verhey, *De onafhankelijkheid van de rechter naar Nederlands recht* (preadvies VvSRB&N), Deventer: Tjeenk Willink 2001, p. 56; Van den Eijnden 2011, p. 112-113, 247-248.

66 Vgl. WRR 2002, p. 40.

67 Vgl. G. Boogaard, 'Urgenda en de rol van de rechter – Over de ondraaglijke lichtheid van de trias politica', *Ars Aequi* 2016, p. 26-33.

binnen de grenzen van het aanvaardbare blijft. Traditioneel is de aanvaardbaarheid van die rol immers gezocht in het adagium dat de rechter de *'least dangerous branch'* is, die de beide anderen in toom heeft te houden.⁶⁸ Opvallend genoeg was de toegenomen erkenning van de rechtsvormende taak van de rechter voor de rechtspraak vooral aanleiding om de positie van de hoogste rechters in het proces van de rechtsvorming te verstevigen.⁶⁹

Bij die sterkere rol van de Hoge Raad en de Afdeling zijn echter ook constitutionele vraagtekens te plaatsen. Het staatsrecht – zeker het Nederlandse – is traditioneel wars van een al te grote concentratie van bevoegdheden in één hand. Het grillige stelsel van rechtspraak, met een onderverdeling in verschillende kolommen en niveaus is in dat verband in zekere zin te beschouwen als een geluk bij een ongeluk. Twee elementen, de traditionele afwezigheid van een stelsel van *precedent* en de scheiding tussen bestuursrechter en civiele rechter, trekken in dat verband bijzondere aandacht.

Om met het ontbreken van een precedentenstelsel te beginnen. Lagere rechters zijn in Nederland niet strikt gebonden aan elkaanders rechtsoordelen, ook niet als het om hogere rechters gaat.⁷⁰ Daarmee wordt bewerkstelligd dat de rechterlijke rechtsvorming een gedeelde taak wordt van lagere en hogere rechters.⁷¹ Die gedeelde verantwoordelijkheid voor de rechtsontwikkeling heeft twee kanten: enerzijds faciliteert ze (beperkt) experimenteren door de lagere rechter, anderzijds maakt ze het ook mogelijk dat de lagere rechters het beleid van de Hoge Raad of de Afdeling subtiel trachten bij te sturen door de ingeslagen weg massaal niet te volgen. Daaraan doet niet af dat de hogere rechter de beslissing van de lagere rechter uiteraard kan vernietigen of casseren. De afwezigheid van precedent werkt dus als een mitigerende factor op een al te grote invloed van de hoogste rechter.⁷² Zij bevordert bovendien nog eens extra, dat de hoogste rechters aan de overtuigingskracht van hun uitspraken werken. Iets soortgelijks in verhouding tussen de hoogste bestuursrechters onderling, en tussen de bestuursrechtelijke kolom en de Hoge Raad. De mogelijkheid van divergentie doet zich daar nog sterker voor omdat er zelfs geen gevaar van vernietiging bestaat.

Het verruimen van de criteria voor overheidsaansprakelijkheid wegens onrechtmatige rechtspraak kan gevolgen hebben voor die balans. Zoals we al signaleerden, doet zich dat in de eerste plaats voor in de relatie tussen de burgerlijke rechter en bestuursrechter, waar het de toepassing van Europees recht betreft. Daarnaast wordt het psychologisch

lastiger voor lagere rechters om een afwijkende koers van de hoogste rechter uit te zetten. Een dergelijke koers zou niet langer een rechtsstatelijk gewenste vorm van deliberatie en machtspreiding zijn, maar een onrechtmatige daad in de zin van artikel 6:162 BW. Dat is toch iets anders dan de vernietiging van een vonnis omdat de hogere rechter er een andere rechtsopvatting op na houdt. In dat laatste is in wezen sprake van uitsprakenpluralisme: de hogere en de lagere rechter denken verschillend over het recht, en de zienswijze van de hogere rechter prevaleert in het concrete geval. Een oordeel over de verwijtbaarheid van het handelen van de lagere rechter is daarmee niet gegeven. Het is een schrale troost dat de rechter de daaraan verbonden schadevergoeding niet uit eigen zak hoeft te betalen.

Daarmee is overigens niet gezegd dat de verticale machtspreiding zich tegen verruiming van staatsaansprakelijkheid op dit punt zou verzetten. Men kan zich terecht afvragen hoe die gedeeldheid van de rechtsvorming zich verhoudt tot de rechtszekerheid, en of de kosten ervan voor rekening van een teleurgestelde burger moeten komen. Wel noopt zij tot nadenken over de vormgeving en de reikwijdte van de aansprakelijkheid. Zo valt wel wat te zeggen voor het uitgangspunt bij veel voorstellen tot verruiming van de mogelijkheden tot aansprakelijkheid, dat de primaire rechtsmiddelen (hoger beroep) eerst volledig dienen te worden uitgeput. Het machtspreidingsargument pleit bovendien voor strikte handhaving van een kennelijkheids criterium, zoals bekend uit de rechtspraak van het HvJ EU. Tot slot illustreert ook dit argument de wenselijkheid van het, eerdergenoemde introduceren van een gezamenlijke kamer van de Hoge Raad en de Afdeling bestuursrechtspraak.

4. Uitgeleide

Afsluitend: wat kan de rechtsstaat bijdragen aan het debat over aansprakelijkheid voor onrechtmatige rechtspraak? Het antwoord op die vraag is bescheiden: de rechtsstaat geeft geen duidelijke richting aan. Het is geen argument voor verruiming van het aansprakelijkheidsregime, maar evenmin een overtuigende dam ertegen. Wel kunnen de verschillende beginselen van de rechtsstaat behulpzaam zijn bij het bepalen van de randvoorwaarden van het debat. Die beginnen bij de vraag op wiens speelhelft de wedstrijd gespeeld wordt. Gaat het vervolgens over de contouren van een aansprakelijkheidsregime, dan valt op dat het staatsrecht daartegen nauwelijks fundamentele bezwaren (meer) opwerpt. Soevereiniteit, gezag, machtscheiding en de onafhankelijke rechter: ze werpen geen van allen een dam op. Wel nopen ze tot differentiatie en afweging.

Ten behoeve daarvan nog twee slotopmerkingen. Zien we het goed, dan kan met betrekking tot de aansprakelijkheid voor onrechtmatige uitspraken – over bedrijfsfouten hadden we het hier niet – verschil worden gemaakt tussen schade die voortvloeit uit, respectievelijk, een inhoudelijk onjuist oordeel, de schending van procedurele normen en een overschrijding van de redelijke termijn door de rechter. Het gezag van de rechter, noch de rechterlijke onafhankelijkheid of de machtscheiding zijn in de laatste twee geval-

68 *Federalist paper no. 78*; A.M. Bickel, *The Least Dangerous Branch*, New Haven: Yale University Press 1986.

69 Zie bijv. het rapport van de Commissie normstellende rol Hoge Raad, *Vesterking van de cassatierechtspraak*, Den Haag 2008, en de bijdrage van G.J.M. Corstens, 'De veranderende constitutionele rol van de rechter', in: M. Diamant e.a. (red.) *The Powers that Be* (Staatsrechtconferentie 2012), Nijmegen: Wolf 2013, par. 4.

70 O.A. Haazen, 'Precedent in the Netherlands', *Electr. J. of Comp. Law* 2007/11.1, p. 6; O. van Loon, *Binding van rechters aan elkaars uitspraken, in bestuursrechtelijk perspectief* (diss. Leiden), Bju 2014, p. 17-20.

71 J.B.M. Vranken, *Mr. C. Asser's Handleiding tot de beoefening van het Nederlands burgerlijk recht – Algemeen deel* (***), Deventer: Kluwer 1995, nr. 186.

72 Zie voor een soortgelijke benadering: J. Komárek, 'Precedent and Judicial Lawmaking in Supreme Courts', *Cambridge Yearbook of European Legal Studies* 2009, p. 399-433.

len serieus in het geding. Moeilijker ligt het bij inhoudelijk 'onjuiste' beslissingen. Ook dan valt echter te differentiëren: de enkele onjuiste, maar verdedigbare toepassing, zal in de regel niet tot aansprakelijkheid van de Staat (behoren te) leiden. Dat volgt dan uit het idee dat de lagere rechter de ruimte moet houden om de dialoog met de hogere rechter aan te gaan. De zaken liggen anders als de gevolgen voor de justitiabele bijzonder groot zijn en die gevolgen niet via het primaire stelsel van rechtsbescherming op te heffen zijn (bijvoorbeeld in het geval van reeds uitgezeten detentie). Verdedigbaar is dat overwegingen van (verticale) machtspreiding en gezag dan moeten wijken voor het belang van de rechtsbescherming. Daarnaast is mogelijk dat een rechter het recht zodanig verkeerd uitlegt dat geen sprake meer is van behoorlijke rechtspraak. Aansprakelijkheid van de Staat voor een dergelijk optreden ligt dan voor de hand. Gaat het om de gevallen waarin aansprakelijkheid aan de orde kan zijn, dan zijn de pijnpunten institutioneel van aard. Daarbij gaat het vooral om de relatie tussen lagere en hogere rechter en tussen civiele en bestuursrechter. Daarmee komen we op onze tweede (procedurele) opmerking. De huidige regeling op het terrein van de onrechtmatige rechtspraak is grotendeels rechtersrecht. Het is, de gegroeide rechtsvormende taak van de rechter indachtig, verleidelijk voor de rechter om zélf creatief aan de slag te gaan, zeker als de wetgever passief blijft. Het ontwerpen van een aansprakelijkheidsregeling lijkt ook niet materie die de buitengrenzen van de rechtsvormende taak te buiten gaat.⁷³ In dit geval dient een nieuw criterium, wat ons betreft, echter gepaard te gaan met institutionele waarborgen, zoals het instellen van een apart college of een rechtseenheidskamer, om de speelruimte en het gezag van de bestuursrechtspraak te waarborgen. Zulke rechtsvorming is echter aan de wetgever. Nog altijd geldt voor de rechter: er zijn grenzen. Ook als overschrijding nog niet tot aansprakelijkheid kan leiden.

73 Vgl. Boogaard & Uzman 2015, p. 66.